

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2014 NR 2 (15)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2014 NO. 2 (15)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl · www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Francesco Morandi [Sassari]
Andrij Bojko [L'viv]	Stephen Riley [Utrecht]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Christian Rolfs [Köln]
Janina Czapska [Kraków]	Janusz Szwaja [Kraków]
Tomas Davulis [Vilnius]	Maria Tzanou [Keele]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Emod Veress [Cluj-Napoca]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Jan Widacki [Kraków]
Paweł Fries [Ivano-Frankivsk]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Egidijus Kuris [Vilnius]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2014

ISSN: 1689-8052

Korekta: Margerita Krasnowolska

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Oficyna Wydawnicza AFM

Kraków 2014

Sprzedaż prowadzi:

Księgarnia u Frycza

Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków

tel./faks: (12) 252 45 93

e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Tłumaczenie i korekta streszczeń: SJO KAAFM

Projekt graficzny, DTP: Joanna Sroka

Skład: Oleg Aleksejczuk

Druk i oprawa:

Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o.

Spis treści

Słowo od redakcji..... 1

Artykuły i studia

Christian Bachhiesl

doktor habilitowany, Muzeum Kryminologii im. Hansa Grossa, Uniwersytet w Grazu, Austria
*Szkola Kryminologii w Grazu – Instytut Kryminalistyczny na Uniwersytecie
w Grazu (1912–1978)* 5

Matthias Jacobs

profesor doktor, Bucerius Law School, Hamburg, Germany
*Ostatnie zmiany w orzecznictwie dotyczącym europejskiego prawa pracy
i prawa socjalnego*21

Tomasz Milej

doktor habilitowany, docent DAAD w Tanzańsko-Niemieckim Centrum Studiów
Wschodnioafrykańskich (TGCL), Uniwersytet Dar es Salaam, Tanzania
*Istota praw obywatelstwa Unii w najnowszym orzecznictwie TSUE
– potencjał i ograniczenia*41

Marcin Andreasik

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Daniel Karkut

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Jacek Mazurkiewicz

doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny, Uniwersytet Wrocławski

Bartosz Mierzwiński

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Mateusz Popielas

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Karolina Trzeciak-Wach

doktorantka, Uniwersytet Wrocławski

Maria Zaporowska

magister, prawnik, Wrocław

Zofia Zaporowska

magister, prawnik, Wrocław

Orwell w realu, czyli o systemie Echelon z perspektywy polskiego prawa55

Tamás Fézer

profesor nadzwyczajny, Uniwersytet w Debreczynie, Węgry

Rekodyfikacja prawa cywilnego na Węgrzech73

Anna Konert

adiunkt, Uczelnia Łazarskiego

Odpowiedzialność cywilna biur podróży w USA w świetle orzecznictwa93

Renata Pawlik

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Znamiona ilościowe w procesie kontrawencjonalizacji w kontekście zasady

nullum crimen sine lege – wybrane zagadnienia111

Michał Kobylarz

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Jakub Gałka

student, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Pojęcie informacji przetworzonej w kontekście dostępu do informacji publicznej ...147

Piotr Zaporowski

doktorant, Uniwersytet Wrocławski; Bangkok, Tajlandia

Wskazanie w firmie statusu przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną

oraz przedsiębiorcy będącego fundacją159

Izabela Pilarczyk

studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Poszukiwanie prawdy w procesie cywilnym169

Rafał Dubowski

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Egzaminy wstępne na aplikacje prawnicze. Uwagi de lege ferenda

w świetle ustawy deregulacyjnej181

Adam Wróbel

doktorant, Uczelnia Łazarskiego

Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika

z powodu popełnienia oczywistego przestępstwa195

Julita Kostka-Twór

doktorantka, Uczelnia Łazarskiego

Prawnofinansowe aspekty bezpieczeństwa energetycznego w Polsce i UE209

Krzysztof A. Wójcik

Prokuratura Generalna w Warszawie

Uzyskanie informacji objętych tajemnicą bankową w sprawach dotyczących

przestępstw powszechnych i skarbowych219

Cezary Wiśniewski

magister, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Karta bankowa w ujęciu art. 278 Kodeksu karnego239

Recenzje, Głosy, Sprawozdania, Varia

Renata Pawlik

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Marcin Sala-Szczypiński

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Ryszard Więckowski (1952–2014) – wspomnienie pośmiertne 251

Tommaso Edoardo Frosini

profesor, Uniwersytet w Neapolu, Włochy

Democracy, Electoral Systems and Lobbies..... 255

Paweł Janowski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Rafał Adamus, Bartosz Groele, Aleksandra Machowska, Zbigniew Miczek, Paweł**Kuglarz, Janusz Płoch, Upadłość deweloperska. Komentarz do wybranych**przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu**jednorodzinne, [Difin, Warszawa 2012, 219 s.]* 259

Márton Leó Zaccaria

adiunkt, Uniwersytet w Debreczynie, Węgry

*Commentary on the principal judicial resolution EBH 2014. M.8.**of the Curia of Hungary* 269

Łukasz Mroczyński-Szmaj

magister, Uniwersytet Rzeszowski

*Sprawozdanie z II Euroregionalnej Konferencji Naukowej „Mediacja**– między teorią a praktyką”* 279

Mateusz Mądel

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Szymon Solarski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Sprawozdanie z konferencji naukowej „50 lat Kodeksu cywilnego.**Sens i nonsens rekodyfikacji”, Kraków, 15–16 kwietnia 2014 r.* 283

Daniel Karkut

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

*Sprawozdanie z konferencji naukowej „Wirtualne światy z perspektywy prawa**polskiego, unijnego i międzynarodowego”, Wrocław, 23 maja 2014 r.* 291

Jubileusze w Krakowskiej Akademii im Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Mariusz Załucki

profesor nadzwyczajny doktor habilitowany, Krakowska Akademia

im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Sprawozdanie z konferencji naukowej Państwo demokratyczne, prawne**i socjalne – społeczeństwo, polityka, gospodarka, zorganizowanej z okazji**45-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin Profesora Zbigniewa Maciąga* 307

Anna Szuba-Boroń

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Prof. nadzw. dr hab. Zbigniew Antoni Maciąg – jubileusz 70-lecia urodzin**i 45-lecia pracy naukowej* 311*Listy gratulacyjne z okazji 45-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin**prof. dr. hab. Zbigniewa Maciąga* 315

Lech Garlicki

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet Warszawski

Klauzula demokratycznego państwa prawnego 327

Adam Jamróz

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet w Białymstoku

Charakter normatywny konstytucji V Republiki Francuskiej 333

Marian Grzybowski

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet Jagielloński

Jakie państwo – demokratyczne, prawne czy socjalne? 339

Zbigniew Maciąg

profesor nadzwyczajny doktor habilitowany, Krakowska Akademia

im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Podziękowania 341

Lista recenzentów 347

Contents

From the Editors	2
------------------------	---

Articles and Studies

Christian Bachhiesl

Habilitated Doctor, Hans Gross Kriminalmuseum, Karl-Franzens-University of Graz, Austria

The Graz School of Criminology – The Criminological Institute

at the Karl-Franzens-University of Graz (1912–1978) 5

Matthias Jacobs

Professor Dr., Bucerius Law School, Hamburg, Germany

*Recent Developments in Jurisdiction Regarding European Labour and Social Law ..*21

Tomasz Milej

Habilitated Doctor, DAAD long-term lecturer at the Tanzanian-German Centre

for East African Studies (TGCL), University Dar es Salaam, Tanzania

The „substance of the rights” of the Union citizenship in the recent case law

*of the ECJ – potential and limits of the concept.....*41

Marcin Andreasik

Doctoral Student, University of Wrocław

Daniel Karkut

Doctoral Student, University of Wrocław

Jacek Mazurkiewicz

Associate Professor, University of Wrocław

Bartosz Mierzwiński

Doctoral Student, University of Wrocław

Mateusz Popielas

Doctoral Student, University of Wrocław

Karolina Trzeciak-Wach

Doctoral Student, University of Wrocław

Maria Zaporowska

Lawyer, Wrocław

Zofia Zaporowska

Lawyer, Wrocław

*Orwell in reality i.e. Echelon system from the view of Polish law*55

Tamás Fézer

Associate Professor of Law at the University of Debrecen, Hungary

*Re-Codifying Civil Law in Hungary*73

Anna Konert

Associate Professor, Lazarski University

Civil liability of travel agencies in the USA in the light of jurisdiction93

Renata Pawlik

Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Quantitative traits in the process of contraventionalisation in the context of the principle of nullum crimen sine lege – selected issues111

Michał Kobylarz

Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Jakub Gałka

Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

The concept of processed information within the context of public information access147

Piotr Zaporowski

Doctoral Student, University of Wrocław; Bangkok, Thailand

Indication in the company of the status of an entrepreneur being a natural person and an entrepreneur being a foundation159

Izabela Pilarczyk

Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Looking for the truth in a legal civil proceeding169

Rafał Dubowski

Doctoral Student, University of Wrocław

Legal training admission examinations. De lege ferenda comments in the light of the deregulatory act181

Adam Wróbel

Doctoral Student, Lazarski University

Employment contract termination without notice due to employee's fault resulting from committing an evident offence195

Julita Kostka-Twór

Doctoral Student, Lazarski University

Legal and financial aspects of energy security in Poland and in the European Union209

Krzysztof A. Wójcik

Prosecution General, The Prosecution of Poland, Warsaw

Obtaining information covered by bank secrecy in issues connected with common and fiscal offences219

Cezary Wiśniewski

Assistant, University of Białystok

Bank card recognized under Article 278 of the Penal Code239

Book Reviews, Glosses, Reports, Varia

Renata Pawlik

Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Marcin Sala-Szczypiński

Doctor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Ryszard Więckowski (1952–2014) – in memoriam 251

Tommaso Edoardo Frosini

Professor, University of Naples, Italy

Democracy, Electoral Systems and Lobbies.....255

Paweł Janowski

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Rafał Adamus, Bartosz Groele, Aleksandra Machowska, Zbigniew Miczek, Paweł Kuglarz, Janusz Ploch, Upadłość deweloperska. Komentarz do wybranych przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, [Difin, Warszawa 2012, 219 s.]259

Márton Leó Zaccaria

University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Commentary on the principal judicial resolution EBH 2014. M.8. of the Curia of Hungary269

Łukasz Mroczynski-Szmaj

Assistant, University of Rzeszow

II Euroregionalna Konferencja Naukowa „Mediacja – między teorią a praktyką”. 279

Mateusz Mądel

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Szymon Solarski

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Sprawozdanie z konferencji naukowej „50 lat Kodeksu cywilnego. Sens i nonsens rekodyfikacji”, Kraków, 15–16 kwietnia 2014 r.283

Daniel Karkut

Doctoral Student, Krakow University of Wrocław

Sprawozdanie z konferencji naukowej „Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego”, Wrocław, 23 maja 2014 r.291

Jubilees at the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Mariusz Załucki

Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Sprawozdanie z konferencji naukowej Państwo demokratyczne, prawne i socjalne – społeczeństwo, polityka, gospodarka, zorganizowanej z okazji 45-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin Profesora Zbigniewa Maciąga.....307

Anna Szuba-Boroń

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Prof. nadzw. dr hab. Zbigniew Antoni Maciąg – jubileusz 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej.....311

Listy gratulacyjne z okazji 45-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin

prof. dr. hab. Zbigniewa Maciąga315

Lech Garlicki

Professor, University of Warsaw

Klauzula demokratycznego państwa prawnego327

Adam Jamróż

Professor, University of Białystok

Charakter normatywny konstytucji V Republiki Francuskiej333

Marian Grzybowski

Professor, Jagiellonian University

Jakie państwo – demokratyczne, prawne czy socjalne?339

Zbigniew Maciąg

Associate professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Podziękowania..... 341

Reviewers 347

Słowo od redakcji

Oddajemy do rąk Państwa kolejny numer naszego czasopisma. Numer wyjątkowo obszerny. Dzieje się tak z kilku przyczyn. Ta najważniejsza to jubileusz Profesora Zbigniewa Maciąga, naszego redaktora naczelnego: siedemdziesięciolecie urodzin i czterdziestopięciolecie pracy naukowej to znaczne rocznice. Gratulacje, wzruszenia, uściski dłoni, życzenia – wszystko co w związku z takim jubileuszem można sobie wymarzyć – to już było. 20 października odbyła się bowiem wielka uroczystość, podczas której winszowaliśmy. Mimo to, świętujemy dalej.

Dostojny Jubilacie, Czcigodny Panie Redaktorze! Przed Panem wiele wyzwań, także tych związanych z naszym czasopismem. Aby nigdy nie zabrakło Panu siły twórczej. *Ad multos annos!*

*Mariusz Załucki, zastępca redaktora naczelnego
Tadeusz Stanisław, redaktor statystyczny
Anna Szuba-Boroń, sekretarz redakcji
członkowie Rady Naukowej czasopisma*

From the Editors

We hand over to you a yet another issue of our magazine. For several reasons it is a particularly extensive one. First and foremost, it is because of the jubilee of Professor Zbigniew Maciąg, our editor-in-chief. 70th birthday and 45th anniversary of academic career is indeed a good reason to celebrate. Congratulations, expressions of emotion, handshakes, and best wishes – we have had them all. 20 October marked a grand ceremony, during which we extended our best wishes. Nevertheless, we keep celebrating.

Honourable Celebrator, Esteemed Editor-in-Chief! Numerous challenges lie ahead of you, including those related to our magazine. May the creative spirit be with you at all times: *Ad multos annos!*

Mariusz Załucki, Vice Editor
Tadeusz Stanisław, Statistics Editor
Anna Szuba-Boroń, Managing Editor

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Christian Bachhiesl

Habilitated Doctor, Hans Gross Kriminalmuseum,
Karl-Franzens-University of Graz, Austria

**The Graz School of Criminology
– The Criminological Institute
at the Karl-Franzens-University of Graz (1912–1978)¹**

The Austrian city Graz is one of the birth places of criminology as an independent branch of science; it once was one of the centres of criminology and thus a „Mecca of modern knowledge society“.² In this short essay I want to give a short overview over the development of the Graz school of criminology, starting with its foundation shortly before World War I and ending with the closing of the criminological institute in 1978. The focus lies on the main protagonists and their crucial points of criminological research; the importance of the Graz school of criminology for the Viennese branch of Austrian criminology and its effect on the development of criminology in Europe and the USA cannot be analysed in this article.³

*1. Hans Gross
– criminology in the Austro-Hungarian Monarchy*

In the year 1912 Hans Gross (1847–1915) founded the Criminological Institute at the Karl-Franzens-University Graz, thus contributing decisively to the institutionalisation of criminology at university level and so becoming a „pioneer in modern forensic science“ and a „father of modern criminal

¹ I want to thank Prof. Jan Widacki for the invitation to present the history of the Graz school of criminology in the „Studia Prawnicze“.

² P. Becker, *Kriminalmuseum, Graz: Der praktische Blick am Tatort*, [in:] *Mekkas der Moderne. Pilgerstätten der Wissensgesellschaft*, ed. H. Schmudt, M. Vec, H. Westphal, Köln et al. 2010, p. 348–353.

³ I. Burney, N. Pemberton, *Making Space for Criminalistics: Hans Gross and fin-de siècle CSI*, „Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences“ 2013, No. 44, p. 16–25.

investigations“.⁴ Gross developed an encyclopaedic concept of criminology, unifying practical investigation work and theoretical reflection under one epistemological roof. Before his academic career, which started 1898 at the University of Czernowitz (today Tchernivtsi in Ukraine), Gross had served for decades as an investigating judge, public prosecutor and criminal judge. He became famous for his „Handbook for Investigating Judges“,⁵ which was published first in 1893 and saw many editions in the following years (the 10th and final German edition was published 1977/1978) and was translated into several languages, including English and Russian. His second major work was the „Criminal Psychology“,⁶ the first edition of which appeared in 1898, and in the same year Gross started editing the „Archives of Criminal-Anthropology and Criminalistics“.⁷ This journal was an interdisciplinary platform for theoretical and practical research concerning all fields of knowledge that were relevant for criminology; it was renamed „Archives of Criminology“ in 1916, under which name it still is edited, thus being the oldest existing criminological journal.



Fig. 1. Hans Gross (1847–1915)

© Hans Gross Kriminalmuseum, Universitätsmuseen der Karl-Franzens-Universität Graz

⁴ R.M. Gardner, T. Bevel, *Practical Crime Scene Analysis and Reconstruction*, Boca Raton 2009, p. 4.

⁵ H. Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter, Polizeibeamte, Gendarmen u. s. w.*, Graz 1893.

⁶ H. Gross, *Criminalpsychologie*, Graz 1898.

⁷ Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik 1ff. (1898ff.); from 1916 on published under the title „Archiv für Kriminologie“.

Hans Gross and his concept of an encyclopaedic, aetiological criminology were very influential. Gross was a central figure in criminological science as well as in criminal literature – he was the incarnation of Sherlock Holmes, even outdoing him in criminalistic accuracy.⁸ Many aspects of his work and life would be interesting – his model role for the typical detective in criminal literature for example, or the precarious and tragic relationship between him and his only son, the psycho-analyst and anarchist Otto Gross (1877–1920).⁹ Here we will focus on some central epistemological characteristics of Gross' criminology:¹⁰

Hans Gross was convinced of the importance of natural science – only if criminology and criminal law are based on the inductive methods of the exact sciences, they can become sciences themselves. The investigation of lawful causation was the core of scientific work, and so Gross tried to apply the exact methods of classical physics in criminology. In a positivistic manner he wanted to uncover the truth not by entering a hermeneutic process but by strict empirical induction and by deductive conclusion. Humanities like history or philosophy and their ‚weak‘ or ‚uncertain‘ methodology¹¹ were only of secondary interest to him. What really counted was the discovery of hard facts, of the real things or realities („Realien“), and to find out the realities Hans Gross transferred the criminalistic method of fact finding to criminological and criminal-psychological problems. Even motives, intentions and the mental state of human beings materialized to hard realities. In general, Gross understood human beings as realities that should be examined like any given object related to a criminal case. But unlike the mere material character of any object that served as piece of evidence, the uncertainty characterizing

⁸ W.M. Johnston, *Österreichische Kultur- und Geistesgeschichte. Gesellschaft und Ideen im Donauraum 1848 bis 1938*, Wien et al. 1974, p. 107f.

⁹ *Očeva država – majčin sin / Vaterstaat – Muttersohn*, ed. G.M. Dienes, E. Dubrović, G. Kocher, Exhibition catalogue, Rijeka 2007; *Die Gesetze des Vaters. Problematische Identitätsansprüche. Hans und Otto Gross, Sigmund Freud und Franz Kafka*, ed. G.M. Dienes, R. Rother, Exhibition catalogue, Wien et al. 2003.

¹⁰ For a detailed analysis of Hans Gross' epistemology see: C. Bachhiesl, *Zwischen Indizienparadigma und Pseudowissenschaft. Wissenschaftshistorische Überlegungen zum epistemischen Status kriminalwissenschaftlicher Forschung* (= Austria: Forschung und Wissenschaft interdisziplinär, Vol. 8), Wien et al. 2012, p. 11–203; C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie. Eine wissenschaftsgeschichtliche Skizze*, „Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform“ 2008, Vol. 91, No. 2, p. 87–111, 88–93; P. Becker, *Zwischen Tradition und Neubeginn: Hans Gross und die Kriminologie und Kriminalistik der Jahrhundertwende*, [in:] *Die Gesetze des Vaters. 4. Internationaler Otto Gross Kongress*, ed. A. Götz von Olenhusen, G. Heuer, Marburg an der Lahn 2005, p. 290–309; L. Gschwend, *Justitias Griff zur Lupe. Zur Verwissenschaftlichung der Kriminalistik im 19. Jahrhundert* (= Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, vol. 60), Graz 2004.

¹¹ B. Mazlish, *The Uncertain Sciences*, New Haven–London 1998.

the manifestations of human life caused problems to exact objectification. Since the natural sciences did not offer reliable and broadly accepted methods of measuring intentions and qualia, it was exactly his confidence in the exact methods that opened Gross' epistemology for unnoticed political and ideological value judgements. From today's point of view it is clear that many of the truths Gross thought he had found were mere assertions and reflections of social values. So in some aspects Gross' epistemology does not show the path to scientific truth but to the reproduction of social and political standards given by the patriarchal and semi-feudalistic, semi-capitalistic regime of the Austro-Hungarian Monarchy. This becomes clearly visible when Gross' theories concerning gypsies – his favourite scapegoats – or female criminals are examined.¹² The aetiological and encyclopaedic criminology was not only a branch of science dedicated to the search for truth, it was also an *ancilla iuris* and an instrument for political and social control and discipline. (Which in my opinion does not mean that it completely constructed criminology or, 'the evil', as some post-modern inspired authors conclude,¹³ but it instrumentalized criminality as well as criminal science for political purposes.)

Besides physics and its exact methodological ideal, evolutionary biology was another natural-scientific discipline that was especially important for Gross' criminology. Gross was impressed by the stringent and careful argumentation of Charles Darwin, and in his „Criminal Psychology“, he extensively referred to Darwin's book „The Expressions and Emotions in Man and Animals“. ¹⁴ But even if Gross tried to elaborate his arguments as carefully and free from prejudices as Darwin did, he rather often replaced Darwinian biology by the social Darwinism prevalent in those days.¹⁵ Darwin's concept of biological evolution was mixed with the concepts of degeneration and inevitable social and genetic decline. Neither the ‚real‘ criminals nor the ‚real‘ insane perpetrators were a challenge for criminology, but the „psychopathic degenerates“ and the „simple degenerates“, like Gross named them. What should be done with people who were not insane enough for a lunatic asylum and not criminal enough for (enduring) imprisonment? – Gross was thinking about deportation to some remote islands in the Adriatic sea, where these

¹² C. Bachhiesl, *Bemerkungen zur kriminologischen Physiognomik und zu ihren antiken Wurzeln*, [in:] *Antike Lebenswelten. Konstanz – Wandel – Wirkungsmacht. Festschrift für Ingomar Weiler zum 70. Geburtstag* (= Philippika. Marburger altertumskundliche Abhandlungen, Vol. 25), ed. P. Mauritsch et al., Wiesbaden 2008, p. 829–859.

¹³ P. Strasser, *Verbrechermenschen. Zur kriminalwissenschaftlichen Erzeugung des Bösen*, Frankfurt am Main–New York ²2005.

¹⁴ H. Gross, *Criminalpsychologie...*, p. 104ff., 559ff.; C. Darwin, *The Expressions and the Emotions in Man and Animals*, London 1872.

¹⁵ T. Etzemüller, *Ein ewigwährender Untergang. Der apokalyptische Bevölkerungsdiskurs im 20. Jahrhundert*, Bielefeld 2007.

degenerates, who in his eyes were victims of an excess of culture, could find back their way to healthy nature.¹⁶ The focus on degeneration was a common place in criminology at the turn of the 19th century, although there were some differences – the Italian criminologist Cesare Lombroso for example was convinced that degeneration was not caused by a surplus of culture but by a lack of it – Lombroso advocated an atavistic theory of degeneration which culminated in the concept of the *delinquente nato* or born criminal,¹⁷ a concept that Hans Gross, who was a member of the modern school of criminology following Franz von Liszt, did not appreciate.

Gross' confidence in the capacity of the exact, empiricist methods of natural science lead him to the conclusion that it was not the formal law bound to paragraphs that formed the core of a modern law system, but the scientific physical and psychical exploration of the criminal. Therefore, Gross was convinced that the detailed knowledge of the laws of nature was more important than the knowledge of criminal law. For a distant future he even could imagine a system of criminal law without a code of penal law – the laws of nature should replace the rules of law.¹⁸ This was of course contradictory to the principle of legality, which is one of the basic rules of a modern constitutional state. But Gross did not think that the principle *nullum crimen, nulla poena sine lege* and the unequivocal administration of the law were essential for the future; to him the individualistic psychological and biological judgement by a criminal court seemed to be more important than any formal principles¹⁹ – he could not see the danger of judicial arbitrariness.

So for the development of criminology Hans Gross is an ambivalent figure: He was one of the founding fathers of this new branch of science and a pioneer of its institutionalization. His criminological theories were of enormous influence up to the 1960s, and his criminalistic tenets are still of importance today. But he was also a precursor of a way of thinking that undermined the rule of (formal) law. Of course he cannot be made responsible for developments that occurred after his death, but he delivered some of the pave-stones with which the street that should lead into totalitarianism was built. Gross believed that the exact methods of the natural sciences would make penal law and criminology more scientific; he could not see the danger of an ideological or political abuse of scientific lines of argumentation.

¹⁶ H. Gross, *Degeneration und Deportation*, [in:] H. Gross, *Gesammelte Kriminalistische Aufsätze*, Vol. 2, Leipzig 1907, p. 70–77; H. Gross, *Die Degeneration und das Strafrecht*, *ibidem*, p. 1–11; C. Bachhiesl, *Zwischen Indizienparadigma...*, p. 114–137.

¹⁷ C. Lombroso, *Der Verbrecher (homo delinquens) in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung*, In deutscher Bearbeitung von O. Fraenkel, 2 vol., Hamburg ²1894/1890.

¹⁸ H. Gross, *Antrittsvorlesung*: „Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik“ 1905, Vol. 21, No. 1–2, p. 169–183.

¹⁹ *Ibidem*, p. 176f.

2. Adolf Lenz – The First Republic and Austro-Fascism

In 1915, Hans Gross fell ill with pneumonia (his criminological institute was located in the not heated basement of the main building of the University of Graz), he died on 9th of December 1915. His successor was Adolf Lenz (1868–1959), an expert for international law and penal law born in Vienna. In contrast to Gross, Lenz was not a votary of natural science. Lenz believed in holism and intuition: Because man is not alone a rational but to a not too small extent also an irrational being, he should be analysed by irrational means. Lenz was convinced that he was able to put himself inside the mind and soul of another person by intuition, thus grasping his or her personality and detecting his or her „personality guilt“. Lenz called this form of irrational and intuitive science criminal biology.²⁰



Fig. 2. Adolf Lenz (1868–1959)

© Hans Gross Kriminalmuseum, Universitätsmuseen der Karl-Franzens-Universität Graz

²⁰ A. Lenz, *Grundriß der Kriminalbiologie. Werden und Wesen der Persönlichkeit des Täters nach Untersuchungen an Sträflingen*, Wien 1927; C. Bachhiesl, *Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit. Die Kriminalbiologie an der Karl-Franzens-Universität Graz* (=Rechtsgeschichtliche Studien, Vol. 12), Hamburg 2005, p. 41–179; C. Bachhiesl, *Der Fall Josef Streck. Ein Sträfling, sein Professor und die Erforschung der Persönlichkeit* (= Feldforschung, Vol. 1), Wien et al. 2010; C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie...*, p. 93–97. For the criminal biology in Germany see J. Simon, *Kriminalbiologie und Zwangssterilisation. Eugenischer Rassismus 1920–1945*, Münster et al. 2001; T. Kailer, *Vermessung des Verbrechers. Die Kriminalbiologische Untersuchung in Bayern, 1923–1945*, Bielefeld 2011.

Adolf Lenz tried to give criminology a holistic turn. Lenz referred to the psychological concepts of C. G. Jung (1875–1961) and Karl Jaspers (1883–1969) and to the Constitutional Biology of Ernst Kretschmer (1888–1964), but the central method of his criminal biology was irrational intuition like the philosophers Richard Müller-Freienfels (1882–1949) and Ludwig Klages (1872–1956) taught it. The roots of Lenz' thinking reached back to the holistic concepts of German romanticism – Carl Gustav Carus (1789–1869) for example was one of the scholars whose ideas contributed to criminal biology. Carus was convinced that the character and the soul of a person were mirrored in its physical appearance,²¹ and this idea was also crucial for Lenz. (Today some tendencies towards a ‚rebiologicalization‘ seem to revitalize a more sophisticated version of this idea.²²)

Lenz took part in the debate concerning the reform of penal law that had begun in the 19th century and did not come to rest even in the 1920s. The traditionally oriented jurists wanted to stick with the classical concept of guilt, whereas the supporters of the modern school of criminology (like Hans Gross) wanted to replace guilt – as it was defined by penal law – by psychology and the concept of dangerousness. Adolf Lenz did not want to give up the idea of guilt and punishment – he thought that the people would never understand and approve a ‚soul-less‘ penal law that did not know guilt and retaliation –, but he wanted to modify it: Not the guilt concerning a single criminal act of a person should be examined, but the „personality guilt“, the general guilt that emanated from the character of a person. And a criminal should be punished no more for individual criminal acts but for the amount of „personality guilt“ he carried with him.

The method Lenz used for exploring this „personality guilt“ was mere intuition or, as he called it, „inner inspection“; Lenz thought he could place himself inside the analyzed person, thus sharing his or her inner life.²³ Of course this was far away of the natural-scientific exactness and inductive empiricism Gross had had in mind, but natural science was not setting the standards for Adolf Lenz, who followed a current of thought that became noticeably important after World War I and did not appreciate natural science; the latter was recognized as a major cause for the crisis of the occidental

²¹ C.G. Carus, *Symbolik der menschlichen Gestalt. Ein Handbuch zur Menschenkenntnis*. Neu bearbeitet und erweitert von T. Lessing, Celle 1925.

²² P. Strasser, *Naturalistische Kriminologie?*, [in:] *Paradigmenwechsel im Strafverfahren! Neurobiologie auf dem Vormarsch* (= Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Vol. 30), ed. I. Rohde, H. Kammeier, M. Leipert, Berlin 2008, p. 65–80; S. Krauth, *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch. Über die Gefahren einer Neuaufgabe der biologischen Kriminologie*, Münster 2008.

²³ A. Lenz, *Grundriß der Kriminalbiologie...*, p. 19f.

culture.²⁴ With his intuitive and irrational method, Lenz tried to reach the core of the criminal personality. From today's point of view the results of his research do not seem to be very reliable and trustworthy: When, for example, examining a manslayer and burglar who had broad shoulders but narrow hips and thin legs, Lenz concluded that this physical appearance mirrored a disturbance of psychical equilibrium²⁵ – an impressing line of reasoning, indeed. For the examined person this expertise was of course not amusing at all, since it uncovered a good dose of personality guilt which, had Lenz' concept of a reform of penal law been realized, would have meant a more severe punishment.

Lenz was an internationally well respected scientist. He became president of the International Criminal-Biological Society in 1927, and his „Compendium of criminal biology“²⁶ was the first systematic presentation of this, well, branch of criminal science. But Lenz did not only push his scientific career, he also was an influential politician. Lenz was member of the „Heimwehr“, a conservative paramilitary unit in the First Austrian Republic, and after the establishment of the Austro-fascist regime he became a member of the „Federal Culture Council“ (Bundeskulturrat) and thus was a rather high representative of the Schuschnigg government 1934 to 1938. This was the reason why he had to retire when, in March 1938, Austria was occupied by Nazi Germany.²⁷ With his retirement the character of criminal biology in Graz changed.

3. Ernst Seelig – Nazi criminology

Ernst Seelig (1895–1955) had started his studies of the law in Graz, when Hans Gross still was director of the criminological institute. 1919 he served as unpaid assistant at this institute, and here he made his career. Seelig did not follow the holistic turn Lenz had carried out, he felt bound to the exact epistemology Gross had established as central characteristic of criminology. As we will see, this did not mean that Seelig was not influenced by the intuitive method, but his work was principally based on inductive empiricism.

²⁴ E. Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*. Herausgegeben, eingeleitet und mit Registern versehen von E. Ströker (= Philosophische Bibliothek, Vol. 292), Hamburg ³1996; A. Harrington, *Reenchanted Science. Holism in German Culture from Wilhelm II to Hitler*, Princeton 1996.

²⁵ A. Lenz, *Grundriß der Kriminalbiologie...*, p. 71.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ C. Bachhiesl, *Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit...*, p. 164–179.

Seelig also kept on with criminalistic analyses and produced criminalistic court expertises, an activity that did not find the attention of Adolf Lenz.²⁸



Fig. 3. Ernst Seelig (1895–1955)

© Hans Gross Kriminalmuseum, Universitätsmuseen der Karl-Franzens-Universität Graz

In the 1920s, one of Seelig's central research fields was testimony research, especially the „registration of expression“, an early form of lie detection, using a polygraph that registered the movements of the examinees legs and arms and the thoracic and abdominal breathing.²⁹ But this was just one field in which Seelig was active – his work comprised various topics of criminology and penal law, for example game of chance and its criminal implications,³⁰ the psychology of pimps³¹ and the extermination of life non worth living.³²

An important research area in criminology was typology. The categorization of criminal behaviour and personalities was a daring project, because reality showed a broad variety of criminal phenomena. This diversity made

²⁸ *Ibidem*, p. 180–222; C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie...*, p. 97–101.

²⁹ C. Bachhiesl, *The Search for Truth by „Registration of Expression“ – Polygraph Experiments in Graz in the 1920s*, „European Polygraph“ 2013, No. 7, p. 55–68; E. Seelig, *Die Registrierung unwillkürlicher Ausdrucksbewegungen als forensisch-psychodiagnostische Methode*, „Zeitschrift für angewandte Psychologie“ 1927, No. 28, p. 45–84.

³⁰ E. Seelig, *Das Glücksspielstrafrecht*, Graz 1923.

³¹ E. Seelig, *Die psychosexuelle Struktur des Zuhälters*, „Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform“ 1929, No. 3, p. 169–173.

³² E. Seelig, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, „Archiv für Kriminologie“ 1923, No. 75, p. 304–306.

it difficult to find general physical and psychical characteristics of ‚typical criminals‘, but, as the German criminologist Gustav Aschaffenburg stated, nonetheless certain homogenous types of criminals differing characterologically from ‚normal‘, non-criminal human beings could be defined.³³ Adolf Lenz was focussed on the intuitive exploration of individual persons – although he wanted to let his criminal biology end in a typology of criminals, he could not reach a level that permitted general, abstract definitions.³⁴ Ernst Seelig took up this loose end of Lenz’ work and developed a typology that conceded the existence of atypical criminals, thus paying tribute to individual particularities, but classified the majority of criminals into eight types. This typology was first published 1931,³⁵ was modified later on and re-published together with an empirical study carried out by Karl Weindler with the purpose to attest the practical usefulness of Seelig’s classification.³⁶ (Here we have to point to the fact that Seelig – like all members of the Graz school of criminology – did think that a typical criminal was a scientific abstraction of real criminal phenomena and not an anthropological reality; in contrast to the Lombroso-school the Graz school did not believe in the existence of the *homo delinquens* as a special variety of *homo sapiens*.³⁷) The eight types according to Seelig were:³⁸

- 1) the work-shy professional criminal
- 2) the criminal lacking the power to resist committing property offences
- 3) the aggressive criminal
- 4) the criminal lacking sexual self-control
- 5) the criminal due to a crisis
- 6) the primitive-reactive criminal
- 7) the criminal due to conviction
- 8) the criminal lacking social discipline

This typology was the backbone of Seelig’s concept of criminology, as can be clearly seen when regarding his manual of criminology;³⁹ it also was integrated into criminal biology. Seelig took over the criminological institute

³³ G. Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung. Einleitung in die Kriminalpsychologie für Mediziner, Juristen und Soziologen; ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung*, Heidelberg ³1923, p. 194.

³⁴ A. Lenz, *Grundriß der Kriminalbiologie...*, p. 136.

³⁵ E. Seelig, *Das Typenproblem in der Kriminalbiologie*, „Journal für Psychologie und Neurologie“ 1931, No. 42, p. 515–526.

³⁶ E. Seelig, K. Weindler, *Die Typen der Kriminellen*, Berlin–München 1949.

³⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁸ *Ibidem*, p. 2–17.

³⁹ E. Seelig, *Lehrbuch der Kriminologie*, Graz 1951, p. 40–194.

in Graz after the annexation of Austria by Germany in 1938, he became a member of the NSDAP and was appointed professor by Hitler in 1941. Seelig did not omit the irrational and intuitive criminal biology. He programmatically insisted on natural-scientific standards, but did not completely give up intuition as a method of gaining knowledge; he just didn't talk about it any more. Instead of intuition now race biology and the typology presented above became the most important elements of criminal biology. Criminology became an instrument of Nazi ideology: The criminal-biological analysis was no more only carried out with criminals but also extended to so-called „quarter-jews“ who generally were not allowed to marry – but their marriage could exceptionally be allowed if they showed sufficient racial characteristics, and these racial characteristics were detected (or not) by Ernst Seelig with the help of his modified criminal biology that was re-modelled to a general racial biology.⁴⁰

Hans Gross' abovementioned idea of a scientifically based penal law without a code of penal law was realized in a perverted form in the Nazi era, when a person could be convicted because of the offence of the so called „healthy feeling of the people“. Seelig appreciated this quasi-legal arbitrariness.⁴¹ Seelig's concept of criminology was genuinely organicistic. He thought that not the criminal individual, but criminality as a whole was a sort of cancer destroying the health of the „body of the people“ („Volkskörper“). Like a physician saves the life of a man by cutting out the cancerous ulcer, the criminologist should provide the health of the people by removing the criminals from society.⁴² After the end of World War II, Seelig was removed from office only for a short time; he was rehabilitated and went to Saarbrücken (Germany) in 1954, where he was one of the founders of the criminological institute at the University of the Saarland. In 1955 he died from lung cancer.

4. Hanns Bellavić and Gerth Neudert – criminology in the Second Austrian Republic

Hanns Bellavić (1901–1965) was director of the criminological institute in Graz from 1955 until his death in the year 1965. He had started his career in this institution in 1928. Bellavić continued the tradition of criminal biology

⁴⁰ C. Bachhiesl, *Das Jahr 1938 und die Grazer Kriminologie. Gebrochene Kontinuitäten in einer aufstrebenden Wissenschaftsdisziplin*, „Historisches Jahrbuch der Stadt Graz“ 2009, No. 38/39, p. 93–120.

⁴¹ C. Bachhiesl, *Das Verbrechen als Krankheit. Zur Pathologisierung eines strafrechtlichen Begriffs*, „Virus. Beiträge zur Sozialgeschichte der Medizin“ 2008, No. 7, p. 11–40, 30f.

⁴² C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie...*, p. 100f.

in Graz. He omitted the racial-biological focus Seelig had introduced to criminal biology; in the examination form still remained the question after the race of the examinee. This question had been part of the form since the 1920s, but after World War II, like before 1938, it was not of significant importance. Bellavić did not declare intuition a central methodological item, but because of his resuming to Adolf Lenz' criminal-biological concept the intuitive method was always a mute precondition of Bellavić' criminal biology.⁴³



Fig. 4. Hanns Bellavić (1901–1965)

© Hans Gross Kriminalmuseum, Universitätsmuseen der Karl-Franzens-Universität Graz

After World War II the discussion in Austria about replacing the classical penal law by natural-scientifically justified measures of preventive detention and *défense sociale* became less excited. A compromise between both systems became more and more probable, and the integration of committal elements into the classical penal law based on guilt and responsibility – like the Austrian reform of penal law of 1974 realized it – appeared in outlines. Bellavić here saw the chance for bringing in criminal biology which found a new focus on juvenile delinquency. Bellavić completed Seelig's typology of criminals, which still played an important role, with his own typology aimed at the degree of rehabilitation probability of juvenile perpetrators. Rehabilitation of convicted criminals was a topic of growing importance in the 1950s

⁴³ Bellavić' concept of criminology is outlined in C. Bachhiesl, *Zur Konstruktion der kriminellen Persönlichkeit...*, p. 223–233; C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie...*, p. 101–104.

and 1960s; it was increasingly emphasized by criminology that not only the criminal individual was guilty for committing a crime, but society as whole, and that with a conviction not only the guilty criminal was punished but the guilty conscience of society.⁴⁴ Bellavić presented a typology comprising five types of juvenile criminals; his final aim was to extend these types to adult criminals.⁴⁵ According to the prognosis of rehabilitation probability the kind of punishment should vary: Bellavić suggested a „conviction without punishment“, a „lesson punishment“ (for example a slap in the face), a „therapy punishment“, and preventive detention.

The prognosis of rehabilitation probability was based on a „multi-dimensional method“ using „understanding registration“ – a method not further specified, but in its core identical with Lenz' intuition which was brought into a more modern form.⁴⁶ A modern feature of this ‚new‘ criminal biology was the inclusion of women; Ellinor Reckenzaun, a collaborator of Bellavić, examined 200 female prisoners. This was the first large scale female criminological examination in Graz.⁴⁷

Bellavić had revived criminal biology in Graz, and also on international level criminal biology seemed to come back. The International Criminal-Biological Society was refounded, and Bellavić was a member of the managing committee. But the blossom of criminal biology was fading – it could not be integrated in the reform of penal law. Not criminologists as universal experts for all phenomena concerning crime and criminals in the sense of Hans Gross were the specialists who should bring in new knowledge and expertises, but psychologists and psychiatrists. (If these experts are better qualified for answering the various questions concerning a person's guilt and personal as well as social circumstances is an open question – even today we can find the opinion that these questions would better be answered by sociologically trained criminologists.⁴⁸) This development brought a decisive loss of importance of criminal biology and of the criminological branch of the Graz school of criminology.

⁴⁴ A. Mergen, *Methodik kriminalbiologischer Untersuchungen*, Stuttgart 1953, p. 7.

⁴⁵ H. Bellavić, *Soziale Prognose*, Mitteilungen aus gerichtlicher Medizin und Psychiatrie, Gerichtsmedizin und – Psychologie, „Kriminologie, Strafrecht und Strafvollzug“ 1958/1959, No. 2–4, p. 8–20, 9.

⁴⁶ H. Bellavić, *Soziale Prognose...*, p. 14ff.

⁴⁷ E. Reckenzaun, *Die Retardierung der kriminellen Frau als kriminalbiologische Erscheinung*, „Archiv für Kriminologie“ 1960, No. 126, p. 1–11.

⁴⁸ M. Bock, *Kriminologie im Strafverfahren. Über eine Lücke im Erbe von Hans Gross*, [in:] *Kriminologische Entwicklungslinien. Eine interdisziplinäre Synopsis*, ed. C. Bachhiesl, S. Bachhiesl, J. Leitner, Wien et al. 2014 (in print).

What remained was criminalistics. Hans Gross had always tried to tie theoretical criminology and practical-technical criminalistics together; the criminological institute at the University of Graz always comprised a criminalistic station in which criminalistic analyses were carried out and forensic expertises were produced. Hanns Bellavić was an acknowledged expert for handwriting and script analyses,⁴⁹ and he also worked at drill and saw traces and other physical, chemical and technical problems.⁵⁰ Bellavić died in 1965.

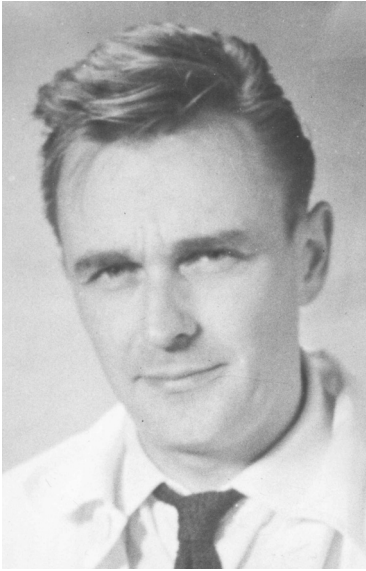


Fig. 5. Gerth Neudert (1928–2001)

© Hans Gross Kriminalmuseum, Universitätsmuseen der Karl-Franzens-Universität Graz

Criminalistics were in the focus of Gerth Neudert (1928–2001), who followed Hanns Bellavić as director of the criminological institute in 1967. Like all criminologists in Graz, Neudert was a jurist, he had started to work at the institute in 1955. Although Neudert, too, tried to continue with criminal biology – for example, he examined a 50 year old man who always did start sexual actions with minor juveniles when he had heard church bells ringing; Neudert stated a „hearing fetishism“⁵¹ – he could not change the fact that

⁴⁹ H. Bellavić, *Die Sekundären Veränderungen bei Schriftverstellung*, Graz 1948.

⁵⁰ H. Bellavić, *Identifikation von Sägespuren*, „Archiv für Kriminologie“ 1934, No. 34, p. 139–146; H. Bellavić, *Identifikation von Bohrspuren*, „Archiv für Kriminologie“ 1938, No. 102, p. 97–113.

⁵¹ G. Neudert, *Ein eigenartiger Fall von Gehörfetischismus*, „Archiv für Kriminologie“ 1960, No. 125, p. 64–71. For Neudert's criminology see C. Bachhiesl, *Die Grazer Schule der Kriminologie...*, p. 105f.

the glory days of criminal biology were over. But Neudert was a noted expert for handwriting analysis and graphology – hundreds of his expertises still fill the archive of the Hans Gross Museum of Criminology. He also carried out diverse criminalistic examinations, for example ballistic analyses or analyses of forged documents.

Neudert was the last director of the criminological institute at the University of Graz. Like its founder, Hans Gross, Neudert combined criminology and criminalistics – this combination was a constant characteristic of the Graz school of criminology. But criminology in Graz did not participate in the change of criminological paradigms that took place in the 1960s and 1970s (sociologic turn, labelling etc.), it remained basically aetiological and biological. This was one reason for its decline. In 1977/1978, the 10th and up to now last German edition of Hans Gross' famous „Handbook“ was published.⁵² In 1978, the criminological institute was closed and integrated into the institute of penal law at the University of Graz. Criminology was again just an auxiliary discipline for criminal law. Neudert continued his work until his retirement in 1993. On 8th of January 2001 with him the last director of the criminological institute died. In 2003 the Hans Gross Museum of Criminology, the old teaching collection that formed part of the criminological institute from its beginnings on, was reopened as a public museum in the main building of the University of Graz. Since 2009 it is part of the University Museums of the University of Graz. Today it is a small, but well established institution with more than 6.000 visitors per year, and it is also a place of historical-criminological and epistemological research and a platform for the cooperation of science, justice, administration and executive power.⁵³ The institute of penal law shows a re-awakened interest in criminological research and teaching. The Graz school of criminology with all its scientific merits and its epistemological weaknesses and problematic political and ethical implications is now a part of history; but the Hans Gross Museum of Criminology at the Karl-Franzens-University of Graz is a *lieu de mémoire* that tries to make visible the connections between past and present.

⁵² H. Gross, F. Geerds, *Handbuch der Kriminalistik. Wissenschaft und Praxis der Verbrechensbekämpfung*, Vol. 2, Berlin 1977–1978.

⁵³ These cooperative efforts resulted among others in three international and interdisciplinary congresses: „Criminological Theory and Praxis“ 2009, Nov. 9; „100 Years Criminology in Graz – Criminological developments in interdisciplinary perspective“ 2012, Oct. 18–20; „Measuring the Soul – Validity and Genealogies of the Quantification of Qualia“ 2013, Oct. 17–19. For the activities of the Hans Gross Museum of Criminology see: www.kriminalmuseum.uni-graz.at.

Streszczenie

Szkoła Kryminologii w Grazu – Instytut Kryminalistyczny na Uniwersytecie w Grazu (1912–1978)

Wraz z założeniem w 1912 roku Instytutu Kryminologii na Uniwersytecie w Grazu austriacki prawnik i kryminolog Hans Gross stał się jednym z twórców kryminologii jako gałęzi nauki na poziomie uniwersyteckim, uznawanym również w czasach dzisiejszych. Niezmienną cechą szkoły kryminologii w Grazu było ujednoczenie kryminalistyki praktycznej i kryminologii teoretycznej. Sporządzanie ekspertyz sądowych oraz pomoc w miejscu dokonania przestępstwa były zarówno częścią czynności kryminologów, jak i próbą przekształcenia prawa karnego w naukę ścisłą, intuicyjno-irracjonalnym badaniem przestępców z pomocą biologii kryminalnej, czy opracowaniem typologii przestępców. Szkoła kryminologii w Grazu była mocno związana z polityką, jej przedstawiciele doskonale wpasowywali się w poszczególne reżimy. Hans Gross był monarchistą patriarcalnym, Adolf Lenz był w latach 1934–1938 członkiem austrofaszystowskiego rządu, a Ernst Seelig przekształcił kryminologię w narzędzie ideologii nazistowskiej. Po II wojnie światowej szkoła w Grazu nie uczestniczyła w zmianie paradygmatów, które zachodziły w kryminologii w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych; był to jeden z powodów jej podupadania. W roku 1978 Instytut Kryminalistyczny na Uniwersytecie w Grazu został włączony do Instytutu Prawa Karnego, kryminologia ponownie stała się jedynie *ancilla iuris* sprzed czasów Hansa Grossa. Od 2003 Muzeum Kryminologii na Uniwersytecie w Grazu stanowi *lieu de mémoire* ewolucji współczesnej kryminologii oraz punkt wspólny historii nauki i rzeczywistych badań kryminologicznych.

Słowa kluczowe: Hans Gros, Adolf Lenz, Ernst Seelig, kryminologia, Uniwersytet w Grazu

Matthias Jacobs

Professor Dr., Bucerius Law School, Hamburg, Germany

Recent Developments in Jurisdiction Regarding European Labour and Social Law

Introduction

In 2012 and 2013, numerous decisions of the ECJ on labour and social law have been delivered. Therefore, these comments are restricted to a – of course very subjective – selection. The report focuses on labour law and begins with the individual labour law, which most of the decisions pertain to (e.g. conclusion, content and termination of an employment relationship). This section is followed by two judgements on international jurisdiction and international labour contract law and then by decisions on collective labour law. The conclusion finally is dedicated to the recent developments in the area of social law, followed by a few basic considerations. There is no tendency within the jurisdiction of the ECJ towards a particular development, whatsoever it is still strongly engaged with the national law of the Member States and therefore enforces changes within there. The anti-discrimination jurisdiction points some consolidation, particularly in regard to age discrimination. The ECJ also continued and expanded the jurisdiction concerning the law of holidays, which began with the verdict in *Schultz-Hoff*¹ in 2009. In contrast to the aforementioned developments, it is striking that there is nothing essentially new to report concerning the transfer of undertakings after the sensational judgment *Alemo-Herron*² in the summer of last year. In the daily press, the two decisions *Galina Meister*³ and *Kücüük*⁴ have caused quite a stir.

¹ Case C-350/06 and C-520/06 [2009], ECR 2009, p. I-179 = ECLI:EU:C:2009:18.

² Case C-426/11 [2013], ECLI:EU:C:2013:521.

³ Case C-415/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:217.

⁴ Case C-586/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:39.

Jurisdiction in the field of labour law

1. Individual labour law

a) Basics

aa) Definition of an employee under Union law

The concept of an employee is not specifically defined under German and European law. If the definition is not given in the law of the Member States⁵, as required by some union directives, it has to be derived from the deliberations of the ECJ in its judgements on the free movement of workers. Accordingly, an employee is a person who provides paid services to a third party subject to directives, if these services are customary in the employment market⁶. According to this definition, in contrast to the German understanding, officials also are employed. In the judgment *Neidel* of 3rd May 2012, the ECJ confirmed this jurisdiction and applied it on a directive⁷ that does not contain any reference to national law⁸.

bb) Arbitrary limits on the national sovereignty of definition

In Contrast such a reference is found with the Directive on the framework agreement on part-time work⁹, however, the judgement *O'Brien* from 1st March 2012¹⁰ is dealing with. The judgment sets boundaries to the national sovereignty of definition. An English law had excluded certain part-time judges from pension, if they do not receive a fixed salary but are paid on the basis of daily fees. The plaintiff relied on the fact that the national law discriminates against part-time employees. The British government has been of the opinion that they, in contrast those judges who are employed without an employment contract, are not employees within the meaning of national law and therefore did not fall within the scope of the Directive. The Court has rightly held that Member States cannot remove certain groups from the scope

⁵ E.g. Art. 1 (3) Directive 2008/94/EC on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer, Art 2 (2) Council Directive 91/533/EEC on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship and § 2 of the annex to Council Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.

⁶ Case C-94/07 [2008], ECR 2008, p. I-5939 = ECLI:EU:C:2008:425; Case C-456/02 [2004], ECR 2004, p. I-7573 = ECLI:EU:C:2004:488.

⁷ Art. 7 of the Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time.

⁸ Case C-337/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:263.

⁹ See § 2 No. 1 of the annex to Council Directive 97/81/EC concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC – Annex: Framework agreement on part-time work.

¹⁰ Case C-393/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:110.

of the Directive without any reason. A removal is only possible, if the legal relationship is significantly different in its essence of what is considered by national law as an employment relationship. The Court established criteria based on the well-known differentiation of workers and self-employed. The current demarcation criteria have recently been reconfirmed and concretized by the German Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht – BAG)¹¹. The reason for the limitation of national sovereignty of definition is found in the *effet utile*. The effective implementation of the equal treatment principle necessitates a prohibition of arbitrary action in the specific case.

b) Agreement upon the employment relationship

aa) No right to information from the anti-discrimination directive

The first judgment to mention regarding the conclusion of an employment relationship is *Master* of 19th April 2012¹². Galina Meister, according to a decision of the LAG Hamburg a “court known AGG-hopping artists”, had made¹³, amongst others, a claim against her employer to obtain information about the application documents of a successful applicant. Her own application had been rejected. With the aid of the documents she wanted to prove her being better qualified than the one who was chosen. The BAG asked the ECJ whether such a right to information results from the anti-discrimination directives or not. The directives provide for the well-known rules of evidence¹⁴: If the applicant refers to discrimination, first he has only to establish facts which suggest such. Subsequently, the employer must prove that he did not discriminate. The ECJ has rightly held that the directives explicitly refer neither a right to information, nor open up the field of interpretation. With its decision, the ECJ builds on its case-law regarding the identical predecessor regulation to the burden of proof in cases of discrimination based on sex¹⁵. Again in the *Kelly* case¹⁶, the ECJ denied a specific inquiry and insight claim of the applicant based on the directive, but did not exclude that a refusal to

¹¹ BAG, case 10 AZR 282/12 [2013], NZA 2013, p. 1348.

¹² Case C-415/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:217.

¹³ LAG Hamburg, case H 3 Sa 102/07 [2007], BeckRS 2008, No. 54040.

¹⁴ See the rules of burden of proof in Art. 8 of Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Art. 10 of Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation und Art. 19 of Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.

¹⁵ See Art. 4 of Council Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, repealed with effect of the 08/15/2009.

¹⁶ Case C-104/10 [2011], ECR 2011, p. I-6813 = ECLI:EU:C:2011:506.

supply information in individual cases could undermine the objectives of the Directive. Apart from that, the ECJ in the case *Master* raised the question of whether the denial of any information by the employer is an indication for a reversal of the burden of proof. This has been in principle affirmed by the Court. Otherwise the directive would not have been – contrary to the objective of the *effet utile* – implemented effectively. It is, however, doubtful to assume a reversal of the burden of proof in case an employer refuses to supply information on other applicants. A vacancy for instance, which is directed only at women and thus is a relevant indication of discrimination, is different in quality than the refusal to pass on personal data on other candidates. In addition, the employer is confronted with aspects of data protection legislation, which the ECJ does not mention at all. The decision is contrary to an earlier judgment, in which the ECJ admonished national courts to respect the confidentiality provisions of EU law when assessing the denial of information¹⁷. The BAG points in the same direction with its judgment of 25th April 2013, which is to implement the requirements of the ECJ¹⁸. According to the judgment, the burden of proof is not reversed just because information on the application process is denied and mere discrimination characteristics such as age, ethnicity or gender are evidenced. The reversal of the burden of proof therefore requires additional circumstances. Such a circumstance cannot be found in a sheer assertion to be the best candidate, as the BAG rightly noticed. This does in fact not exclude that the negative decision of the employer is based on other, non-discriminatory reasons. This is especially true because a private employer is not bound by the principle of “best candidates” under Article 33 (2) of the German constitution.

bb) Allocation of discriminatory statements by third parties

The somewhat older decisions *Feryn*¹⁹ and *Coleman*²⁰ concerning discrimination in recruitment are adjusted by another judgment: *Asociatia ACCEPT*²¹ of April 25th 2013. *George Becali*, who claims to be “Patron” and “financier” of a Romanian football club, stated in an interview on possible player transfers, under no circumstances to tolerate homosexual players in “his” club. This is indisputably an indication of discrimination based on sexual identity. The club itself disagreed with the attribution of a third party’s utterance. *Becali* was neither responsible for the personnel policy of the Association,

¹⁷ Case C-104/10 [2011], ECR 2011, p. I-6813 = ECLI:EU:C:2011:506.

¹⁸ BAG, case 8 AZR 287/08 [2013], BeckRS 2013, 68457, No. 55 ff., 58.

¹⁹ Case C-54/07 [2008], ECR 2008, p. I-5187 = ECLI:EU:C:2008:397.

²⁰ Case C-303/06 [2008], ECR 2008, p. I-5603 = ECLI:EU:C:2008:415.

²¹ Case C-303/06 [2008], ECR 2008, p. I-5603 = ECLI:EU:C:2008:415.

nor had he any other relevant legal powers. According to the ECJ, a third party needs not have any legal powers to trigger the reversal of the burden of proof. Especially if the person is considered by the public and the media to be a main stockholder. The employer had also not distanced itself from the statement, which is to be considered as an incriminating indication. With an overall assessment of these facts a discrimination is to be suspected. According to the national court, the relationship between the club and Mr. *Becali* is atypical²², and as such the case in total is to be estimated. The ECJ reduces the requirements for the reversal of the burden of proof by signifying that it's not about a legal attribution of utterances but rather about a relationship of particular proximity to the employer. This proximity is able to give information on a particular recruitment policy. For its analysis, the ECJ takes into account the public image and perception of the third party. In doing so, however, the ECJ is too short-sighted. The evaluation of a third party's statement should focus on the organization of the relationship between the third party and the employer, especially on how much influence the third party has on the policy of recruitment. Unfortunately, this is not taken into account by the ECJ. Following the premise of the ECJ judgment, it is logical to evaluate the association's lack of distancing as further evidence of a discriminatory act. Taking the decision of the ECJ to the fact that it requires no imputation in a legal sense, the criteria for determining the proximity between the third party and the employer are in need to be further specified and put on a high level of requirements. Only this will ensure that the employer does not virtually become liable for the statements made by third parties unless it dissociates itself sufficiently. Nevertheless, in future German employers should counter such statements, if the third party is visible to the public and arrogates influence on recruitment issues to itself.

c) Content of the employment relationship

aa) Discrimination

The judgment *Tyrolean Airways* of June 7th 2012 dealt with a collective work agreement and one requirement it laid down which needed to be fulfilled so as to rise to a certain salary grade. In particular, it was necessary to gather the needed work experience within just one and the same airline. The question arising was: is it discriminatory to attach the rise to the next salary grade just on the work experience within one airline (here: Tyrolean) so that the employer also has to take into consideration the time spent with other air-

²² Case C-81/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:275.

lines²³? The Court has denied discrimination. A difference in treatment was assumed, but it was based neither directly nor indirectly on the age of worker. Work experience acquired for another employer needs generally not be taken into account, regardless of how old the worker was at the time of entry. The fact that in some cases older workers may be disadvantaged if their previous service will not be considered is not sufficient for an indirect discrimination. Despite the classification of work experience as a neutral criterion, the judgment does not give a *carte blanche* for discrimination. It is still necessary to have a close look to the individual case, since the Court has not decided on the consideration of cross-company-acquired work experience.

bb) Expiration and transfer of leave entitlement

(1) Previous decisions

Beginning with *Schultz -Hoff*²⁴ in 2009, the ECJ thoroughly shook up the right to leave as it had never happened before in another area of labour law. Since then – in brief words – the following rules apply: the right to statutory leave only expires and also has no longer to be paid out, if the employee had the opportunity to take the leave. This is not the case, if the employee was continuously ill during the whole work period. This jurisdiction is based on the Working Time Directive²⁵. Since 2011, the ECJ also refers to the Charter of Fundamental Rights, but apparently without considering its article 31 (2) as a genuine EU fundamental right. Therefore the ECJ denotes the right to paid annual leave merely as a “particularly important principle of EU social law”. The danger of an “endless” accumulation of annual leave entitlements has been recognised by the Court in its judgment *KHS* in 2011²⁶. The court countered: to fulfil the purpose of the leave, holiday and according leave compensation claims can only exist as long as a reference to recovery is possible. Inspired by a provision in a German collective agreement²⁷, such a reference has been denied by the ECJ in case of an elapsed period of 15 months taken down in a nationally collective agreement. After the expiry of the mentioned period, the holiday or the payment in lieu of vacation can no longer be claimed. The judgment *Neidel*²⁸ of the year 2012 stated: an elapsed time

²³ Case C-132/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:329.

²⁴ Case C-350/06 and C-520/06 [2009], ECR 2009, p. I-179 = ECLI:EU:C:2009:18.

²⁵ Especially Art. 7 of the Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time.

²⁶ Case C 214/10 [2011], ECR 2011, p. I-11757 = ECLI:EU:C:2011:761.

²⁷ § 11 No. 3 “Einheitlicher Manteltarifvertrag für die Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalen” [2003].

²⁸ Case C 337/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:263.

of nine months is not enough. The discussion should not be opened again. Both judgments are underwhelming; especially the 15-month time limit is case-related and was therefore set arbitrarily. However, the jurisdiction of the ECJ has to be noted. The BAG has adapted the EU jurisdiction to the statutory minimum leave of four weeks provided by the German holiday rights in the way of directive-compliant interpretation²⁹.

No annual minimum working time as an eligibility requirement

In the judgment *Dominguez* of 24th January 2012, based on a French submission, the ECJ ruled that leave entitlement cannot be made dependent on an effective annual minimum working time³⁰. In this specific case, the plaintiff was supposed to have worked at least ten days during the reference period to acquire a holiday claim. The decision is justified by the fact that the Directive³¹ for leave entitlement does not distinguish between workers who did work, and those who were incapable of working. However, according to the ECJ the duration of the absence from work and its cause may affect the duration of the leave, if the duration of paid annual leave is definitely longer than the minimum of four weeks mentioned in Article 7 (1) of the directive. German law is not affected by the decision because §§ 1, 3 BUrlG do already not presuppose work during the leave year.

Catching up on leave in case of illness during holiday

In the case *ANGED* of 21st June 2012, based on a Spanish submission, the ECJ ruled that an employee who is incapacitated for work during his paid annual leave is entitled to catch up on the appropriate holiday later³². The reasoning by reference to the purpose of the Working Time Directive and the social principle of paid annual leave is too short-sighted though. Nevertheless, in its result the decision is right. Since who is incapacitated for work is not able to recover from work. Under German law § 9 BUrlG applies, providing that such days of incapacity must not be taken into account for the annual leave, if they are proven by a medical certificate.

²⁹ BAG, case 9 AZR 983/07 [2009], NZA 2009, p. 538.

³⁰ Case C 282/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:33.

³¹ Art. 7 of the Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time.

³² Case C-78/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:372.

Catching up on the holiday outside of a fixed reference period

The judgment *Maestre García* of 21st February 2013 shows a similar tendency. As the Court rightly noted, an employee cannot be forced to accept compensation payments for vacation which he could not take due to sick leave³³. He is allowed to make up for the failed vacation later even if free time has to be taken outside of a specified reference period set by the employer. The employer must provide the holiday even outside of such a period and cannot be counter with the argument of contrary corporate interests.

Allowance in lieu of the directive

In the aforementioned judgment *Neidel* the ECJ ruled that a right to payment in lieu of holiday also arises, if national law does not provide for that³⁴. This is relevant to the Hessian civil service law. The compensation claim arises directly from Article 7 (2) of the Directive³⁵ immediately when an official is transferred right from disease to retirement. Under European law the scope of the claim is limited to a minimum leave of four weeks.

No entitlement to leave at “short-time work zero”

Based on a German submission, in *Heimann and Toltschin* on 8th November 2012 the ECJ approved the legal implications of “short-time work zero” on leave entitlement in Germany³⁶. For “short-time work zero” the principle benefit obligations are suspended. Therefore employees concerned do not acquire a leave entitlement. Even if there might be the impression of a parallel to *Schultz-Hoff*, there is in fact none. Following the judgment *Schultz-Hoff* the holiday entitlement might actually arise. However, the Court rightly ruled, that no working due to “short-time zero” and no working due to sick leave is not comparable. For “short-time work zero” the reciprocal principal obligations are suspended. The suspension is based on a social plan in the form of a company agreement as emphasized by the ECJ. In addition, the workers concerned, in contrast to sick workers can rest as they wished or pursue leisure activities. It is still unclear how the decision affects similar situations, for example inactive employment relationships with a long-lasting sick leave. The BAG ruled in 2012 that holiday entitlements do arise during this period³⁷. If the ECJ once has to decide this question, it will – due to its

³³ Case C-194/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:102.

³⁴ Case C-337/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:263.

³⁵ Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time.

³⁶ Case C-229/11 and C-230/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:693.

³⁷ BAG, case 9 AZR 353/10 [2012], NZA 2012, p. 1216.

opinion upon “short-time work zero” and the mentioned related suspension of the principal obligations – probably come to the same conclusion for employment relationships being inactive because of illness.

*No proportional reduction of leave
in case of transition to part-time*

In the decision *Brandes*, dated 13th June 2013, the ECJ found that a reduction of weekly working days does not entail a proportional reduction of the so far untaken leave³⁸. Therefore, transition to a part-time position does not shorten proportionately the leave entitlement acquired during full-time work. This has been decided differently before by the BAG³⁹. To justify its decision, the ECJ once again refers to the Working Time Directive and the right to paid annual leave as a special principle of EU social law. The decisive factor, however, is rather that the acquired full-time leave entitlement cannot justifiably become meaningless simply because the leave is taken later on during a part-time employment. It goes without saying that in the future under German law the holiday has to be calculated according to the period it arises in.

d) Termination of employment

aa) Discrimination

(1) Previous decisions

One focus of the ECJ’s recent jurisdiction was possible age discrimination in the termination of employment when statutes or collective agreements provide for an automatic termination because of reaching a particular retirement age. In 2007 the judgment *Palacios* clarified that the prohibition of age discrimination does not preclude statutes or collective agreements from linking a statutory retirement age to an automatic termination of employment⁴⁰. Such a forced exit from working life is – formulated briefly – justified by the necessary economic “relay race” of generations. The fact that a low old-age pension basically is not able to lead towards the change of generations has been ruled by the ECJ in the judgment *Rosenbladt* in 2007 concerning a collective agreement retirement age and a pension of about € 250⁴¹.

³⁸ Case C-415/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:398.

³⁹ BAG, case 9 AZR 314/97 [1998], NZA 1999, p. 156.

⁴⁰ Case C-411/05 [2007], ECR 2007, p. I-8531 = ECLI:EU:C:2007:604.

⁴¹ Case C-45/09 [2010], ECR 2010, p. I-9391 = ECLI:EU:C:2010:601.

Age limit justified despite low pension

The aforementioned judgment is followed by the judgment *Hörnfeldt* of 5th July 2012. It concerned a statutory age limit as well⁴², in particular the Swedish “67-year rule”, which allows the termination of an employment relationship without notice as from the age of 67 years. The plaintiff took the view that an exception to this rule was required due to the circumstances of his case. In his opinion, because of part-time working and short occupation the pension was “unreasonably low”. The Court approved the legal provision with the well-known reasons, namely with its purpose to ensure higher future pensions and the access of younger people to the employment market. Thus the provision pursued legitimate objectives of labour market policy in an appropriate way. Also the lack of hardship provision did not render the law disproportionate. An age limit does not prevent an employee from pursuing a working career with another employer for financial reasons. In addition, national law provides a primary care. This finally yields that a low pension does not preclude an age limit, which is linked to the statutory retirement age.

Calculation date/time in redundancy scheme compensation

The decision *Odar* of 6th December 2012 relates to two discrimination characteristics, age and disability, and refers to a compensation claim in redundancy schemes⁴³. A formula according to which compensation payments are to be calculated on the earliest possible retirement age was ruled to be unfair by the ECJ since it indirectly discriminates against disabled employees. After all, if they were not disabled, they would regularly retire later and thus receive a higher compensation. The scheme was found to be disproportionate. It does not take into consideration that disabled workers have more difficulties to reintegrate into the employment market and that they are also financially burdened more strongly associated with their disability. However, the ECJ allows calculation methods linked to a certain age (in this case 54 years), which lead to a lower compensation than younger employees would receive. In principle such a calculation method amounts to discrimination due to age. Yet, the economic disadvantages resulting from the loss of a job can vary greatly amongst workers of different ages. With regard to their bridge-to-the-future function, redundancy schemes therefore are justified age differentiations.

⁴² Case C-141/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:421.

⁴³ Case C-152/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:772.

Both, the results yielded as well as the arguments are convincing and should henceforth be considered in the interpretation of the German AGG.

Long term illness as a disability

The judgment in *Ring and Skouboe* of 11th April 2013 relates to a notice in connection with disability discrimination⁴⁴ and complements the judgment *Chacón Navas* from the year 2006⁴⁵. Considering the EU has meanwhile fully acceded to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the ECJ clarified correctly that a disease-related restriction of long duration, which prevents a person from full participation in working life, can fulfil the term “disability”. Moreover, the ECJ stated that the reduction of working time is a preventive measure an employer has to take so as to enable people with disabilities to work. These deliberations are persuasive and should henceforward be considered in the interpretation of the German AGG. The BAG has recently decided that an asymptomatic HIV infection may be a disability in legal terms⁴⁶.

bb) Fixed-term contracts

(1) A series connection of fixed-term contracts is not fundamentally unfair

The case of *Kücüük* of 26th January 2012 dealt with so-called “repeated fixed-term contracts”⁴⁷. The plaintiff had been employed on a fixed-term basis over and over again. Almost all fixed-terms employments had been based on the objective reason of a temporary replacement. The ECJ ruled that an extension of a fixed-term contract to cover a permanent need may be justified in principle by the Directive on the framework agreement on fixed-term employment contracts. Even repeated or permanent fixed-term contracts are not per se abusive. However, an abuse of rights can arise under the circumstances of the individual case. The BAG has implemented these requirements in 2012⁴⁸ by establishing – in addition to the examination of a substantive reason – an abuse control pursuant to § 242 BGB. To this end, all circumstances of the case are to be assessed, such as the total duration of fixed-term contracts, the number and respective duration of the single contracts or the fact that the employee was always employed on the same job with the same activities. The BAG ruled that 13 fixed-term contracts in a period of eleven

⁴⁴ Case C-335/11 and C-337/11 [2013], ECLI:EU:C:2013:222.

⁴⁵ Case C-13/05 [2006], ECR 2006, p. I-6467 = ECLI:EU:C:2006:456.

⁴⁶ BAG, case 6 AZR 190/12 [2013], BeckRS 2014, No. 66665.

⁴⁷ Case C-586/10 [2012], ECLI:EU:C:2012:39.

⁴⁸ BAG, case 7 AZR 443/09 [2012], NZA 2012, p. 1351.

years indicate abuse, however, four fixed-term contracts over seven years and nine months do not⁴⁹. Nevertheless, the assumption of a so-indexed abuse of rights may conflict with circumstances of the individual case⁵⁰.

No deterioration owing to a transition to permanent employment

The ECJ judgment of 8th March 2012 in the case *Huet* refers to the conversion of a fixed-term contract into a permanent one⁵¹. The ECJ merely stated that such a conversion must not be accompanied by profound changes in the provisions of the fixed-term contract. The judgment is not of major relevance to the German law as in these cases the content of the employment relationship is usually not degraded. The legal conversion of a fixed-term employment into a permanent one according to § 15 (5) TzBfG or § 16 TzBfG is not affected by the judgment since in this case the contract remains unchanged already by virtue of law⁵².

No legal protection for temporary workers

The judgment *Della Rocca* of 11th April 2013 dealt with the applicability of the Directive on the framework agreement on fixed-term contracts⁵³ to temporary workers⁵⁴. According to the ECJ, the directive does neither apply to the fixed-term employment relationship between the lender and the temporary worker – as questioned in the Italian original case – nor to the employment relationship between the borrower and the temporary worker. The Court justified the judgment by referring to the preamble of the framework agreement under which the directive is not intended to cover temporary workers. However, interpreting the directive in this way is doubtful. This is underlined by a pointed quote of *Gregory Thüsing*: such an interpretation has *not even been claimed by the worst servant of capital*⁵⁵. The meaning of the preamble is rather that the directive is not applicable to the performance of the contract between the borrower as a “non-contractual employer” and the

⁴⁹ BAG, case 7 AZR 783/10 [2012], NZA 2012, p. 1359.

⁵⁰ BAG case 7 AZR 443/09 [2012], NZA 2012, p. 1351.

⁵¹ Case C-251/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:133.

⁵² *Bayreuther* in Beck'scher Online-Kommentar [2013], § 15 TzBfG no. 28 and § 16 TzBfG No. 1.

⁵³ §§ 2 und 5 of the annex to Council Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.

⁵⁴ Case C-290/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:235.

⁵⁵ *Thüsing* in NJW-Editorial 19/2013.

temporary worker. The decision taken does not have an impact on German law since § 14 TzBfG is also applicable to employment relationships between lenders and temporary workers and other objective reasons according to § 14 (1) TzBfG are to be considered in the context of § 10 (1) 2 AÜG.

3) Cross-border issues

aa) No limit to the choice of court by agreement on jurisdiction

On 19th July 2012, the ECJ decided the case *Mahamdia*⁵⁶. It related to questions of international jurisdiction, in particular the interpretation of the Articles 18 and 21 Brussels I regulation (EuGVVO – the Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters). The judgment was based on an action of a motorist employed at the Algerian Embassy in Germany. He possessed both the German and Algerian nationality. He filed a suit for remuneration and a declaratory action for the illegality of termination. Although the employment contract contained an agreement on the exclusive competence of the Algerian courts, the ECJ rightly interpreted the relevant Article 21 Brussels I regulation in the following way: the provision applies to all agreements on jurisdiction made before the dispute has arisen, if they extend the choice of jurisdiction given by the Brussels I regulation. The disputed agreement did not meet those requirements. Moreover, the ECJ considered an embassy as a branch establishing a jurisdiction within the meaning of Article 18 (2) Brussels I regulation, if the employee does not exercise public powers.

bb) The ratio of standard-link-rules and escape clauses on applicable law

The judgment *Schlecker/Boedeker* of 12th September 2013 concerns the interpretation of Article 6 (2) of the Rome Convention and thus the EU conflict-of-law provisions⁵⁷. The Rome Convention is still applicable to contracts concluded prior to the 17th December 2009. The applicable regulations have been transferred essentially unchanged to Article 8 (2-4) Rome I Regulation. The submitted case involved the question of whether to apply Dutch or German labour law to the employment relationship of the plaintiff. The plaintiff had steadily worked for more than eleven years in the Netherlands. The contract did not include a choice of law, thus under Article 6 (2b) Rome Convention the law of the State in which the branch is located, in that case Dutch law, applies. This is the so-called standard-link-rule⁵⁸. Nevertheless,

⁵⁶ Case C-154/11 [2012], ECLI:EU:C:2012:491.

⁵⁷ Case C-64/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:551.

⁵⁸ See already case C-29/10 [2011], ECR 2011, p. I-1595 = ECLI:EU:C:2011:151; case C-384/10 [2011], ECR 2011, p. I-13275 = ECLI:EU:C:2011:842.

according to the regulation the law of another State, here German law, might be applicable if the case is, taking into consideration the overall circumstances, manifestly more closely connected to another country. This so-called *escape clause* has been addressed for the first time by the ECJ in the case *Schlecker*. The clause is applicable even if the employment is not only *ordinarily* carried out in the same country, but also in case of a long period of time without interruption. In other words, the clause shall also apply when all other circumstances except for the location of employment point to another state. In applying the clause “all the aspects that characterize the employment relationship” are to be taken into consideration. These were, in the particular case, the employee’s residence in Germany, the payment of salary in D-Mark prior to the introduction of the Euro, the employer being a German legal entity and the contract of employment referred to mandatory rules of German law.

Collective labour law *Calculation of minimum wages*

The judgment in *Isbir* from 7th November 2013⁵⁹ specified the meaning of minimum wage-rates pursuant to Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services⁶⁰. An employee demanded remuneration in accord to the provisions of a collective agreement confirmed to the German Law concerning the posting of workers (*Arbeitnehmerentsendegesetz* – AEntG). The employer brought forth that the remuneration paid is above the minimum wage. This resulted from the already applied collective agreement, which provided two lump-sum payments in addition to the normal remuneration and furthermore capital-forming payments as well. The ECJ ruled that in addition to the hourly wage, other elements of remuneration need to be taken into account regarding the minimum wage, as long as they do not change the correlation of performance and consideration. Hence, it does not matter how particular modalities of remuneration are called by the parties, but what is the purpose of these payments. Payments outside of the normal synallagmatic contractual relation such as saving schemes are not *wages in the strict sense* and are therefore irrelevant for the calculation of the minimum wage. After all, they are not meant to remunerate the work done.

⁵⁹ Case C-522/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:711.

⁶⁰ Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

Interpretation of dynamic reference clauses

An important decision in the reporting period was taken on 18th July 2013. The judgment *Alemo-Herron*⁶¹ based on a reference made by a British court. It dealt with the question of how small dynamic reference clauses in employment contracts are to be interpreted in case of a transfer of undertakings. Such clauses refer to collective agreements of a particular industry in a temporal-dynamic way. According to the new jurisdiction of the BAG they have to be interpreted in accordance with its wording. Therefore, according to aforementioned case law, the transferee of an undertaking has to consider that by means of a dynamic reference clause the usually more costly collective agreement of the transferor applies. In 2006 the ECJ approved the interpretation of such a clause by the BAG as an agreement of equal treatment⁶². Subsequently the transferee of an undertaking was bound to the wage tariff of the transferor only on a static meaning. The ECJ now ruled against the interpretation of the clause by BAG. The court held that according to the interpretation of Article 3 of the transfer of business directive⁶³ the transferee is not bound to collective agreements which enter in force after the transfer of business and on which he did not have any influence upon. Otherwise his margin of manoeuvre regarding adaption measures and as well his freedom of contract would be significantly restricted, thereby affecting his right to freedom of enterprise. This is a surprising result. The Court disregards that the Directive distinguishes rights arising out of employment contracts and those out of collective agreements in general as well as in regard to their fate after a transfer of undertaking. This becomes evident from the fact that the ECJ in the operative part and the grounds always refers to “Art. 3” of the Directive, whereas the national court refers more precisely to “Art. 3 Section 1”. The Advocate General, in turn, fails to recognize the difference between the law of obligations and normative effects in that he refers to “Art. 3 (3)” in his remarks⁶⁴. Reference clauses stipulate rights and obligations in the nature of a contractual agreement. Thus the transfer of undertakings does not have any influence on a dynamic reference clause. The reference clause results from the employment contract itself and the transfer of undertakings does not affect the employment agreement concluded with the transferor. The situation is

⁶¹ Case C-426/11 [2013], ECLI:EU:C:2013:521.

⁶² Case C-499/04 [2006], ECR 2006, p. I-2397 = ECLI:EU:C:2006:168.

⁶³ Council Directive 2001/23/EC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.

⁶⁴ Conclusions of the Advocate General, 02/19/2013, case C-499/04, BeckRS 2013, No. 80324.

different when the collective agreement came into force by virtue of law. The provisions in the Directive are designed in accord to this distinction. But first of all, that is not what reference clauses are about. Secondly, unlike the ECJ suggested, the purpose of the transfer of business directive is not about balancing the interests of transferee and employee. Such a purpose is indicated in neither the directive itself nor its recitals. The directive is intended to protect the employee from the consequences of a transfer but not the transferee. However, under German law the judgment *Alemo-Herron* leads to the question of whether or not the BAG has to change its jurisdiction again and return to its prior jurisdiction on the interpretation of reference clauses as equal treatment agreements. The transferee would then be bound to collective agreements of the transferor on a static basis. That would probably meet the requirements set by the ECJ. The BAG, however, had given up this interpretation for good reasons. Therefore, it will probably again have to refer the question to the ECJ to confront the court with its incorrect reasoning and the differences between German and British law. Should the ECJ remain true to its chosen path, it is inconceivable the transferee to be engaged in collective agreement of an employers' association which he is not a member of and therefore is not competent collectively. Nonetheless, one might consider following the requirements of the ECJ by implementing the "necessary adjustments". This can be achieved by temporarily limiting the dynamic nature of a reference clause or even to facilitate the conditions for a notice in the purpose of a de-dynamisation.

Jurisprudence on social rights

The following four decisions affect various versions of the so-called migrant workers regulation, which coordinates the social security in the European Union.

EU foreigners as jobseekers and their claim of Harzt-IV benefits

Because of its importance it is worth mentioning the submission of the BSG (Federal social Court) to the ECJ of 12th December 2013⁶⁵ although a judgment has not been delivered yet. The case relates to a topical and both legally

⁶⁵ BSG, case B 4 AS 9/13 R [2013], BeckRS 2014, No. 66151.

and politically controversially debated issue that occupies the social jurisdiction intensively. It is about the question of whether unemployed EU nationals residing in Germany to seek work (nationwide there are currently about 130,000 people affected⁶⁶), are entitled to claim payment of basic social benefits for employable beneficiaries according to the German Social Code Part II (SGB II). This unemployment benefit is colloquially called “Hartz IV” and it aims at enabling beneficiaries to live a life in human dignity (§ 1 (1) German Social Code Part II – SGB II). The BSG believes that the plaintiff, a Swedish citizen of Bosnian origin, cannot base his claim to Hartz IV benefits on the European Convention on Social and Medical Assistance⁶⁷ since 2012, because the German federal government has declared a reservation to the Convention in 2011⁶⁸. A claim to benefits may directly result from the SGB II. However, the SGB II contains an exclusion-clause precluding EU foreigners from Hartz IV for the time of job seeking. If the exclusion-clause applied to the plaintiff, he would be barred from receiving Hartz IV. There would be a claim, if the exclusion-clause was incompatible with European law. This must be clarified by the ECJ. Due to the differentiation based on nationality the exclusion clause might violate the principle of equal treatment established by the migrant worker Regulation⁶⁹. However, it has not yet been decided whether this principle applies to so-called “special non-contributory cash benefits” as well⁷⁰. Would it be held applicable the question arises how it correlates with the Free Movement Directive, which allows Member States to exclude social assistance to job seekers who are EU citizens⁷¹. Finally, the Court must examine, if the legislation violates the free movement of workers provisions (Art. 45 TFEU/AEUV).

Social security payments without legal residency requirements

Lawyers specified in social law eagerly awaited the ECJ judgment in the matter of *Brey* finally delivered on 19th September 2013⁷². The decision has

⁶⁶ Press release of the LSG Nordrhein-Westfalen, 11/29/2013, “Harz-IV” claim for EU-Citizens from Romania.

⁶⁷ European Convention on Social and Medical Assistance SEV-No.: 014; www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/014.htm.

⁶⁸ Geschäftsanweisung SGB II No. 8 23.2.2012 – SP II 21/SP II 23 – II-1101.1.

⁶⁹ Art. 4 Regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems.

⁷⁰ Ruled in Art. 70 Regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems.

⁷¹ Art. 24 Abs. 2 Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

⁷² Case C-140/12 [2013], ECLI:EU:C:2013:565.

shaken national restrictions on benefits for EU nationals. According to the Austrian law EU, social payments – resulting from the difference between the net income and the related statutory base rate for minimum pensions – could be denied to EU-citizens who are no legal residents in Austria. A stay of more than three months was lawful only if “sufficient financial resources” could be proven. Austria introduced these regulations to prevent abuse by EU citizens moving to Austria in order to obtain higher benefits. The ECJ ruled that a benefit with welfare character cannot be linked to the requirement of legal residency so that EU foreigners are automatically excluded. In the end, each individual case has to be examined in accordance with the principle of proportionality.

Social benefits for frontier workers only at place of residence

The judgment *Jeltes, Peters and Arnold*⁷³, which makes-a-law change, addressed atypical frontier workers and their entitlement to unemployment benefits. Frontier workers within the meaning of the Migrant Workers Regulation are workers who reside in a Member State and work in another⁷⁴. So-called “real” frontier workers return every day or at least once a week to their resident city. The so-called “fake” frontier workers do not so, or at least very rarely⁷⁵. In addition, the ECJ also distinguished so-called “atypical” frontier workers. In fact, they return to their place of residence regularly, but they build personal and occupational ties in their place of work. They are called “atypical” because, due to the aforementioned link to their country of employment, in the event of unemployment they have a higher chance to find work in this particular state. In the judgment *Miethé* from the year 1986, the ECJ had interpreted the Regulation contrary to its wording⁷⁶: atypical frontier workers could claim unemployment benefits and reintegration services electively either in the country they had worked or the country of residence⁷⁷. The judgment was justified due to the higher chances of reintegration in one

⁷³ Case C-443/11 [2013], ECLI:EU:C:2013:224.

⁷⁴ Vgl. Art. 1 lit. f Regulation (EC) No. 883/2004 on the coordination of social security systems.

⁷⁵ *Leopold* in Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht [2013], 883/2004 Art. 1 No. 19.

⁷⁶ Art. 71 Abs. 1 lit. a No. ii und lit. b of Regulation (EEC) No. 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community.

⁷⁷ Case C-1/85 [1986], ECR 1986, p. 1837 = ECLI:EU:C:1986:243.

of both Member States. The regulation was amended in May 2010⁷⁸. Now the regulation explicitly offers such a choice, but only for reintegration measures. The ECJ held that the special situation of frontier workers was thus considered sufficiently. Therefore the regulation is no longer to be interpreted in line with the *Miethe judgment*. A person can only apply for unemployment benefits at the place of residence. That can be a financial disadvantage, because in the application of the residence principle for unemployment benefits, employment times in the working country are disregarded.

Pension claims at the habitual residence in two member states

What remains to mention is the judgment *Wencel* of 16th May 2013⁷⁹. The ECJ had to decide if a Polish social security institution could seek reimbursement for a pension paid to the insured because for many years he had two habitual residences in two Member States and therefore already received a pension in Germany. The Court denied the question. First, pursuant to the Migrant Workers Regulation the pension may not be reduced solely because the claimant does not live in the same country where the pension fund is set up. Moreover, the regulation authorizes a reduction under national law if the claimant receives pension benefits through two different Member States. However, the benefit payable under the law of a Member State could be reduced only by the amount of benefits due under the law of another Member State. A retrospective and complete withdrawal is not allowed.

Basic considerations

It is difficult to give a conclusion on a judicial review. Therefore these conclusions are meant to give some fundamental thoughts to consider. The working language of the ECJ is French. Is this still up-to-date? The language hinders many excellent lawyers from pursuing a career in Luxembourg. Does the ECJ need a case assignment plan structured according to responsibilities, which does not exist so far? The case reasoning given by the ECJ is often very superficial and also vulnerable. Without any doubt the ECJ is of outstanding importance. Nevertheless, should the Court take more care concerning its

⁷⁸ Amended on the 05/01/2010 Commission Regulation (EC) No 883/2005 in conjunction with Regulation (EC) No. 987/2009. The Regulation (EEC) No. 1408/71 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community remains effective under Art. 90 of the Commission Regulation (EC) No. 883/2005.

⁷⁹ Case C-589/10 [2013], ECLI:EU:C:2012:39.

reasoning? Is the ECJ under Article 267 TFEU allowed to put a page limit to submissions? And if so, is it fair not to translate the pages crossing this limit so that some parties are disadvantaged? Is there, contrary to previous practice, a need to involve judges of the Member States the respective case originates from in order to better estimate the impacts of the judgment on the national law? Besides, a systematic perusal of national literature to European law issues is not undertaken by the ECJ yet. This is a major shortcoming. And finally, would it not be useful to have European court of first instance for which the ECJ then acted as a court of appeal, which decides only on fundamental issues?

Streszczenie

Ostatnie zmiany w orzecznictwie dotyczącym europejskiego prawa pracy i prawa socjalnego

Niniejszy komentarz dotyczy wybranych istotnych orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnośnie do prawa pracy i prawa socjalnego wydanych w 2012 i 2013 roku. W swoim charakterystycznym obecnie stylu Europejski Trybunał Sprawiedliwości ponownie mocno ingerował w prawo krajowe państw członkowskich. Mimo że Trybunał zachował w zasadzie swoją ostatnią linię orzecznictwa, przegląd jego orzeczeń nie może być przeceniany.

Słowa kluczowe: prawo pracy, prawo socjalne, orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Tomasz Milej

Habilitated Doctor, DAAD long-term lecturer at the Tanzanian-German Centre for East African Studies (TGCL), University Dar es Salaam, Tanzania

**The „substance of the rights” of the Union citizenship
in the recent case law of the ECJ
– potential and limits of the concept**

The case of Ruiz Zambrano

The term „substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union“ was used by the ECJ for the first time in 2011 in the case of *Ruiz Zambrano*.¹ The judgment was based on the following facts²: The couple *Ruiz Zambrano* applied for asylum in Belgium. Both spouses had Colombian citizenship. The request was rejected, but the couple was not deported for the time being. Despite of his immigration status not being clarified and without residence permit, the husband kept on working in Belgium. During this time, his wife gave birth to two children who acquired Belgian nationality by jus soli principle. Their nationality was a so-called substitute nationality, which the children obtained due to the fact that their parents had failed to apply for Colombian citizenship at the Colombian Embassy. When the husband became unemployed, the competent Belgian authorities refused to grant him unemployment benefits: Even if he had actually paid the unemployment contributions regularly, he had reached the relevant number of working days only in violation of the provisions of the Belgian Nationality Code – so the reasoning. The husband appealed against this decision, arguing that he was entitled to the right of residence directly by virtue of the EC Treaty because he was the father of underage citizens of the Union. Since the existence of such a right of residence entitled him automatically to unem-

¹ Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011], No. 42.

² Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011], No. 14 ff.

ployment benefits, the competent Belgian labour court made the matter the subject of a question referred to the ECJ.

The Court held that the minor children of *Ruiz Zambrano* would be deprived of the benefits of the substance of the rights conferred by virtue of their status as citizens of the Union as long as their father did not receive a residence and work permit.³ Since he granted maintenance to his children, the children would be compelled to leave the territory of the Union in order to accompany their father to his home country.

If the substance of the rights is denied, the Union law applies – this is the main legal statement of the judgment. This creates a new element of Union citizenship and opens its scope of application to cases, which are independent from any cross-border element. It also includes a new feature of European citizenship: The status of citizen of the Union makes it possible to invoke European Union law, without the relevant facts having a cross-border element.⁴

The new function of Union citizenship

The verbalisation of this new feature of European citizenship by the ECJ is seen as an epic event of integration politics – as here is a quote – a „dawn of a new Union”.⁵

The reason for this can be seen in the fact that for a certain group of cases the mobility dogma is abandoned, a dogma which states that EU law is relevant only if the Union citizen's freedom of movement is exercised.⁶ From now on, the EU law is relevant even in purely domestic situations. The Union law protects the individual against his own state and that only due to the fact that he or she is a Union citizen.⁷

³ Case C-34/09 *Ruiz Zambrano* [2011], No. 44.

⁴ See also K. Hailbronner, D. Thym, *Ruiz Zambrano – Die Entwicklung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” (NVwZ) 2001, p. 2009; A. Mohay, D. Muhvic, *The legal nature of the EU citizenship: perspectives from international and EU law*, [in:] *Contemporary Legal Challenges: EU – Hungary – Croatia*, ed. T. Drinoczi, M. Zupan, Z. Ercsey, M. Vinkovic, Pecs–Osijek 2012, p. 72 f.; D. Kochenov, *The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: Beyond the cherry blossoms and the moon?*, ICLQ 2013, p. 111 ff.

⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁶ Regarding the development of the case law see D. Kochenov, R. Plender, *EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text*, E.L. Rev. 2012, p. 375 ff.

⁷ In the Case *Grzelczyk* the ECJ formulated the much cited formula that the Union citizenship is destined to „be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided”. See Case C-184/99 *Grzelczyk* [2001], No. 31.

The mobility dogma was linked to the original concept of the market citizen, as it was put forward in the 60s and 70s. According to this concept, the European Community law changed the legal status of foreign citizens of other EC Member States in any EC Member State to the extent required for the purposes of EC integration.⁸ And since these purposes were limited on the economic integration – it was about the creation of a common market – one used the term „market citizens“. In this sense, the market citizens in the EC Member States were „not as foreign as other foreigners“.⁹ However, this change in status only had a functional character, linked to the EC aims.¹⁰

Over time, the dogma of mobility as a criterion of applicability of Union law has lost its tangibility. The functional linkage of European integration to the realisation of the common market was abandoned. The current catalogue of integration objectives, which is defined in Article 3 TEU – this will be discussed later on – is far more comprehensive, as it also includes the implementation of a catalogue of values codified in Article 2 TEU. By this, the European integration goes beyond its original purpose. It is not anymore just a matter of developing international cooperation in Europe after the horrors of World War II. Insofar, the promotion of mobility of citizens in a variety of forms¹¹, which has found expression in the European fundamental freedoms, has effectively proved to be a fitting instrument. Now, there is more at stake. It is about building a community that is based on certain values¹², without necessarily being understood as one state („non-state polity“).¹³ It is therefore not surprising that the ECJ asks itself, whether this integration can be achieved, if the applicability of EU law remains dependent on cross-border movement.

⁸ H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, p. 252. This development is partly conceived as a gradual overcoming of the traditional aliens laws approach, which has its roots in police laws of the 19th century, by the European immigration law, created to promote the free movement of Europeans. See J. Bergmann, *Abschied vom deutschen Ausländerrecht? – Europarechtliche Provokationen*, ZAR 2013, p. 321; similar from a British perspective J. Shaw, N. Miller, M. Fletcher, *Getting to grips with EU citizenship: Understanding the friction between UK immigration law and EU free movement law*, Edinburgh 2013, p. 36.

⁹ H.P. Ipsen, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰ *Ibidem*, p. 251.

¹¹ See N. Nic Shuibhne, *The resilience of EU market citizenship*, CMLR 2010, p. 1608.

¹² According to Chr. Callies, the „structural features of a liberal constitutional state“ are embodied in the values and integration objectives of the TEU. See Ch. Callies, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon. Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht*, Tübingen 2010, p. 87. See also D. Kochenov, R. Plender, *op. cit.*, p. 383.

¹³ Regarding the concept of „non-state polity“ see N. Nic Shuibhne, *op. cit.*, p. 1600 ff., whereupon the author does not think that the concept of the market citizen is antiquated. See also D. Kochenov, *op. cit.*, p. 127.

Consequently, the Union citizenship introduced by the Maastricht Treaty is more than just a market citizenship. The European Union citizenship led accordingly to a much deeper change in the legal status of foreigners than a pure market citizenship. The original paradigm, that the effect of Union citizenship was limited to major or minor corrections of national provisions of immigration law of one Member State regarding citizens of other Member States, was upheld only as long as the applicability of Union law was linked to the criterion of mobility.

Since the judgment in the case of *Ruiz Zambrano*, this paradigm has been undermined. However, it had been under challenge for some time anyway.¹⁴ That was the case not only because of the profound changes, which the status of EU citizens had undergone by Union law, but also because of the fact that the requirement of a cross-border element is interpreted very widely.

The cross-border requirement is fulfilled even if a Brit – as in the case *Carpenter*¹⁵ – is selling advertising spaces from the UK in British newspapers for advertisers from other Member States, such as from Germany. It is obvious that German immigration law is not affected by this. In the case of *Garcia Avello*, even a *de facto* surrender of the criterion of a cross-border element can be observed.¹⁶ Whether the Belgian prohibition of a child to be named according to the Spanish custom of a double name has a negative effect on the mobility of this child if it has the desire to move to Spain is only speculation. Due to the continuous weakening of the criterion of „cross-border facts“ legal certainty is negatively affected: It is now difficult to apprehend, whether a situation has a cross-border nature. The cross-border element of a case – and therefore also the applicability of EU law – depends thus on contingencies.¹⁷

Since the case of *Ruiz Zambrano*, in cases, in which the substance of the status of a Union citizenship is denied to an EU citizen, the immigration law aspect of Union citizenship has vanished not only *de facto*, but also as a matter of principle.

The content of the substance of the rights according to previous case law of the ECJ

The entire post-*Ruiz Zambrano* case law, in which the concept of the substance of the rights of the EU citizen was relevant, is related to the right of resi-

¹⁴ See K. Hailbronner, D. Thym, *op. cit.*, p. 2008; D. Kochenov, R. Plender, *op. cit.*, p. 375 f.

¹⁵ See Case C-60/00 *Carpenter* [2001], No. 14 and 37. This case is cited by the case *Ruiz Zambrano* by Advocate General Sharpston, see A.G. Sharpston, 30.09.2010, No. 73.

¹⁶ See Case C-148/02 *Garcia Avello* [2003].

¹⁷ In this sense AG Sharpston, 30.09.2010, No. 84.

dence for those third-country nationals who are family members of a Union citizen. The consequence of all this case law is that the actual enjoyment of the substance of the rights resulting from Union citizenship can then be considered denied, if the Union citizen is *de facto* compelled to leave the territory of the Union. Of the seven previously decided cases, the Court has affirmed that condition only in one case – in the case of *Ruiz Zambrano*.¹⁸ Since the judgment in the case *Dereci* the Court emphasizes that it is for the national courts to determine the existence of these conditions.¹⁹ In the case of *O. and S.*, the Court requires the existence of a relationship of dependency between the citizens of the Union and the third country national, who derives his right of residence from the Union citizen status of the Union citizen.²⁰ In the same decision, the Court notes that the principles, which have been established in the case of *Ruiz Zambrano*, apply only under „exceptional circumstances”.²¹ It should be added that a case like *Ruiz Zambrano* will not occur frequently, as naturalisation under the *jus soli* principle has been restricted through a reform of immigration law, for example in Belgium and Ireland, in response to the ECJ case law.²²

As epochal as the function of the concept of „substance of the rights of a Union citizen“, as meagre, if not marginal, is its normative content. It is a paradox that an approach that poor in substance is regarded as one of the most important developments in the ECJ’s case law.

Legitimity

The concept was subject to a lot of criticism. It is put into question by referring to the derivative character of Union citizenship. The Union citizenship said to be a *ius tractum*; deriving from the national citizenship. Therefore – according to the critics – it is not correct to derive rights from the Union citizenship, if these rights are not expressly assigned to the Union citizens in other provisions of the founding treaties. Union citizenship is said to be kind

¹⁸ The following decisions were based on the approach developed in *Ruiz Zambrano*: Case C-434/09 *McCarthy* [2011]; Case C-256/11 *Dereci* [2011]; Cases C-356/11, C-357/11 *O. and S.* [2011]; Case C-40/11 *Lida* [2012]; Case C-87/12 *Ymerga* [2013] and Case C-86/12 *Alopa* [2013].

¹⁹ Case C-256/11 *Dereci* [2011], No. 74.

²⁰ Cases C-356/11, C-357/11 *O. and S.* [2011], No. 56.

²¹ Cases C-356/11, C-357/11 *O. and S.* [2011], No. 55.

²² See S. Corneloup, *Citoyenneté européenne: la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice*, Rec. Dalloz 2011, p. 1325 et seq.

of an umbrella term that gives a name to the rights, which have been conferred on the citizens of the Member States anyway.²³

This argument is not convincing.²⁴ It is correct that the possession of a national citizenship is a prerequisite for the acquisition of Union citizenship. However, the logical conclusion that the acquisition of the citizenship limits the potential of Union citizenship, needs further justification. The wording of the Treaty is not a valid argument. According to Article 20 TFEU Union citizenship shall be additional to and not replace national citizenship. This formulation suggests that European citizenship is has an autonomous character. This is even truer, since earlier wordings of the contract held that citizenship of the Union was only complementing national citizenship.²⁵ The Union citizenship appears as an autonomous concept, if approached from the historical perspective. It stands for a political programme of a Europe of the citizens targeted as early as in the 60s. The programme did not only include the extension of the right of residence, but also the social equalisation of EU citizens and nationals as well as the guarantee of political rights.²⁶ It is hard to imagine that this programme was officially realised in 1992 with the inclusion of citizenship in the texts of the treaty and that it was only about giving a name to the different elements scattered in the different parts of the treaty. In contrast, Article 25 TFEU links the reporting on the implementation of rules connected to Union citizenship to the further development of the Union. The Maastricht Treaty was certainly not the final step within the program of the „Europe of citizens“; it rather marked a beginning of its new phase. What Europe of citizens means, has to be defined continuously. In any

²³ See the similar position of S. Haack, *Staatsangehörigkeit – Unionsbürgerschaft – Völkerrechtssubjektivität*, [in:] J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band X: *Deutschland in der Staatengemeinschaft*, 3. Aufl., Heidelberg 2012, No. 28–29, see also K. Hailbronner, D. Thym, *op. cit.*, p. 2011.

²⁴ Against it also D. Kochenov, *op. cit.*, p. 106 („ius tractum nature does not mean ius tractum essence“).

²⁵ To what extent this change in the wording plays a crucial role is controversial. As here Nette-
sheim, *Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung
eines Lebensumfelds*, *Juristenzeitung (JZ)* 2011, p. 1036 f.; sceptical S. Haack, *op. cit.*, No. 24.

²⁶ See also older literature: H. Bülck, *Der Europabürger*, [in:] *Staatsrecht – Europarecht – Völker-
recht. Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zu 75. Geburtstag am 28. März 1981*, ed. I. von
Münch, Berlin–New York 1981, p. 809-810; S. Magiera, *Die Europäische Gemeinschaft auf
dem Wege zu einem Europa der Bürger*, „Die öffentliche Verwaltung“ (DÖV) 1987, p. 222. The
nationals of the Member States should therefore be seen not only as an „economic function
carrier“, but as persons with all the rights and obligations making up a democratic society
which the Member States are based upon (S. Magiera, *op. cit.*, p. 231); see now also M. Nette-
sheim, *op. cit.*, p. 1032.

case, the European citizenship is an innovation, which I intended as a boost to the development of the European Union.²⁷

From the perspective of comparative law, it can also not be confirmed that the mere coexistence of two citizenships – the one of the Member State and the union citizenship – precludes that the latter constitutes a separate „substance of the rights”. Thus, Art. 37 of the Swiss Federal Constitution defines a Swiss citizen as someone, who has the right of citizenship of a Swiss commune and a Swiss canton. Also, the citizenship of the North German Confederation was conferred to a person via his or her affiliation to a Member State of the Confederation. And since both Switzerland and the North German Confederation²⁸ were, respectively still are, sovereign subjects of international law, it cannot be said that their citizenships cannot constitute a substance of the rights.

This argument is, however, also the main difficulty arising out of the new case law of the ECJ: The European Union is not sovereign.²⁹ The sovereignty still remains with the Member States. The ECJ does not have the power to confer the attribute of statehood upon the EU. If the ECJ deviates rights from the citizenship of a non-sovereign entity, does it then act *ultra vires*?

This can be explained if one conceptually separates the citizenship from the nationality. Such a separation is not only possible in legal theory³⁰, it is also practice in several states. In British law³¹, for example, nationality means an attribution of a person to a state within the meaning of the public international law. In contrast, British law knows five categories of persons to which different citizenship rights are granted.³² Citizenship is thus seen as a label for a particular set of rights to which the possession of the nationality serves

²⁷ It was recognized early, that the introduction of EU citizenship substantially changes regarding the legal status of the Union. See S. Hobe, *Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht. Auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?*, “Der Staat” 1993, p. 264.

²⁸ See M. Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 bis 1934)*, Berlin–Heidelberg 2008, p. 1932.

²⁹ However, it should be noted that the concept of sovereignty as an explanatory model of the relationship between the Union and the Member States has been controversially discussed already for some period of time. See J. Kokott, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, “Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer” (VVDStL) Vol. 63 (2003), p. 7 et seq. and the following discussion, p. 71 et seq.

³⁰ In detail Chr. Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, Tübingen 2005, p. 22 et seq.; G.-R. de Groot, *Nationality Law*, [in:] *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, ed. J.M. Smits, Cheltenham–Northampton p. 477; A. Mohay, D. Muhvic, *op. cit.*, p. 157.

³¹ G.-R. de Groot, *op. cit.*, p. 477.

³² See British Nationality Act von 1981, Part I, British Citizenship, available under www.legislation.gov.uk.

as condition. However, the citizenship represents an autonomous concept, which needs to be distinguished from the nationality and the question of sovereignty. Hence, the Union citizenship of itself has the capacity to confer rights. In contrast to the British categorisation of civil rights, Union citizenship can be acquired on the basis of different nationalities, whereas the British nationality constitutes several citizenships.

The lived Union law emerges in a dialogue between the Member States and the ECJ. The former agree on abstract and general international treaty provisions. The Court's task is to solve practical legal issues, which are submitted to it. In doing so, it fills the provisions agreed upon by the states with tangible content. Both the free movement of the citizens of the Union and the Union citizenship itself found their legal basis in the Maastricht Treaty. By Article 8a of the EC Treaty, every citizen of the Union has been granted the right to move freely within the territory of the Member States and reside therein. Five years later, in the case *Martinez Sala*, the ECJ filled the wording of that provision with life and found that the free movement of EU citizens exists solely by virtue of EU citizenship;³³ the emergence of the right to freedom of movement does therefore not depend on the economic activity of the Union citizen.³⁴

While in the case of *Martinez Sala*, it was the intention of the Court to emphasize the new wording of the EC Treaty or to affirm it by judgment,³⁵ it now seems to be a matter of reinterpreting the citizenship of the Union in the light of the new legal nature of the European Union. The characteristics of the EU's changing legal character are to be found in Article 2 and Article 6 TFEU. The European Union is based on a set of values, in which the rule of law and the protection of human rights are mentioned. Also, the legal position of the individual is substantially strengthened, which becomes manifest in the embedment of the Charter of Fundamental Rights in the Treaty.

The presence of a cross-border element is at no point explicitly mentioned in the EU primary law as a condition for the applicability of Union law.³⁶

³³ Case C-85/96 *Martinez Sala* [1998], No. 61–63.

³⁴ Since civil rights have no absolute character and can be subject to limitations (see the wording of Art. 21 Abs. 1 TFEU, also P. Kubicki, *Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft*, *Zeitschrift Europarecht* (EuR) 2006, p. 496; S. Haack, *op. cit.*, No. 31, it is not impossible to differentiate in the area of residence law taking into account the economic activity of the Union citizen and his property. Such differentiations are also prescribed in secondary legislation, see Art. 7 of the Free Movement Directive (Directive 2004/38/EC of 29 April 2004, ABl. EU 2004 L 158/77). See also P.M. Huber, *Unionsbürgerschaft*, EuR 2013, p. 648; also A. Mohay, D. Muhvic, *op. cit.*, p. 167–168 and p. 170.

³⁵ See also D. Kochenov, R. Plender, *op. cit.*, p. 373 et seq.

³⁶ Emphatically D. Kochenov, R. Plender, *op. cit.*, p. 377.

It is an element of the case law of the ECJ, which was elaborated in order to pay due regard to the character of the EU as a union of states aiming at completion of internal market and promotion of international cooperation. If its legal character of the EU changes, it is not surprising that the condition of application of Union law – the existence of a cross-border element – is also put to the test. And since the EU by the Lisbon Reform Treaty has been clearly converted towards a polity, it is difficult to justify the need for a cross-border element if the core set of citizenship rights is affected.

The new approach in the case of *Ruiz Zambrano* is to be understood precisely in this sense. However, and at this point the critique of the judgment is entirely justified³⁷ – the ECJ has not adequately explained its new approach.

Outlook

With a view to further development, the question arises whether the citizenship inevitably leads to the emergence of a new European sovereign people, and a new European state. Do the decisions on the Union citizenship provoke a „bursting of a dam” or do they – as it is seen by some voices in the literature – constitute an unstoppable legal development, or even a revolution³⁸, which is incompatible with our legal system? Since the question of citizenship can be separated from the issue of sovereignty – as seen above – the discussions about the case *Ruiz Zambrano* should not be dramatised and should not be regarded through the prism of federalism, as some voices do.³⁹ It is true that there are some examples in history, in which the establishment of a supranational indigenats has led to statehood. Here, the North German Confederation is an example.⁴⁰ On the other hand, there is the example of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, in which the coexistence of two citizenships – that of the Republics and that of the Federation⁴¹ – ultimately led to the demise of the latter. A historical determinism cannot be seen.

³⁷ See K. Hailbronner, D. Thym, *op. cit.*, p. 2013.

³⁸ See S. Haack, *op. cit.*, No. 36.

³⁹ See K. Hailbronner, D. Thym, *op. cit.*, p. 2011; S. Haack, *op. cit.*, No. 23, No. 36, but also D. Kochenov, *op. cit.*, No. 4, p. 98.

⁴⁰ Hereto in detail S. Hobe, *op. cit.*, p. 252 ff.

⁴¹ See the Nationality Act of Yugoslavia from 1976, Sluzbeni list SFJR 58/1976. The dual citizenship was considered in the Yugoslav constitutional law doctrine as an expression of the federal state principle, see S. Popovic, *Upravno pravo, 10th edition*, Belgrade 1980, p. 325. Under international law, relevant was only the citizenship of the Federation. The loss and the acquisition of the citizenship were regulated by a federal law. The citizenship laws of the member states (the so-called Socialist Republics) referred in this regard to federal legislation, see S. D. Jovanovic, *Drzavljanstvo Socialisticke Federativne Republike Jugoslavije*, Belgrade 1977, p. 32–33.

Also, a revolution in the field of fundamental right protection is not to be expected. The assumption that the ECJ will extend the notion „the substance of the rights of a Union citizen” to a general clause is too far-fetched. Revolutionary developments are not to be feared, as the personal scope of most fundamental rights does not depend on the possession of a certain nationality. The core of the rights would be of importance especially in the range of those fundamental rights, which institute influence of the individual on the exercise of official authority.⁴² Many of them have been codified in the European Charter of Fundamental Rights under the Title V („civil rights“).

Just as little it is to be feared that Article 51 of the Charter of Fundamental Rights will be undermined. Under this provision, the Charter is applicable „only in the case of enforcement of Union law“. The scope of this phrase is highly controversial.⁴³ At first glance, the new case law of the ECJ on the „substance of the rights of a Union citizen“ is an antithesis to the cited regulation: whereas on the one hand, Article 51 of the Charter presupposes the applicability of Union law or even its enforcement, on the other hand, the interference in the core of the rights of a citizen of the Union is conceived as a trigger of the applicability of Union law.

It has to be admitted that the complex, multi-level system of protection of fundamental rights within the EU could be further complicated. However, conflicting interpretations can be avoided entirely. It must first be borne in mind that Article 51 applies only to matters governed by the Charter of Fundamental Rights.⁴⁴ Parallel to the Charter, the unwritten fundamental rights developed as general principles of Union law by the ECJ continue to exist. This parallelism is explicitly stated in primary European law, in Art. 6 para. 3 TEU.

The ruling in *Ruiz Zambrano* could be conceived as a starting point for yet another, third level of fundamental rights protection. It would include those fundamental rights, which constitute the core of the rights of a EU citizen. As compared to the Charter and to the general principles, this third level wo-

⁴² On this issue from the perspective of German constitutional law see P.M. Huber, *Unionsbürgerschaft*, EuR 2013, p. 650 ff.

⁴³ See J. Meyer, S. Magiera, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2011, Art. 51, No. 30-30a. For recent case law see Case C-617/10 *Åkerberg Fransson* [2013] and the critique of the German constitutional Court and academics in Germany see D. Thym, *Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?*, NVwZ 2013, p. 889 et seq.

⁴⁴ This question is controversial, see W. Weiß, *Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2013, p. 288. A different interpretation would not be compatible with the wording of Art. 51 of the Charta („The provisions of this Charter are addressed to...“).

uld be, of course, depicted by a wide personal scope of the rights conferred: only the status of a citizen of the Union would activate the protection under Union law. But even in this respect, it should be noted that the third-country nationals would enjoy at best only derivative protection. Moreover, the level of material protection granted on the basis of the *Ruiz Zambrano* ruling could not be compared to the level of protection granted by the Charta and the general principles. Even the choice of words – „the substance of the rights“ – illustrates this. Currently, only the right not to be compelled to leave the territory of the Union, has been accepted as belonging to this substance. It is unlikely that the Court will display particular ambitions to extend the area of the „substance of rights”. The ECJ as „motor of integration“ should not work as ambitiously in the area of citizenship as it does in other fields of law.⁴⁵ In this regard, the traditional market- or mobility- oriented approach is more efficient than the new one based on citizenship. The right of residence of a spouse of a Union citizen who has exercised the freedom of movement – just to look at the cases of *Carpenter* and *Metock*⁴⁶ – has a broader scope than the right of residence based on a Union citizenship of a person who stays in his home country, as it can be seen in the case of *McCarthy*, which is the citizenship approach judgement.⁴⁷ So far, the ECJ shows that different national regulations can be tolerated more easily in respect of „the substance of the rights“ than in the presence of the cross-border element. In fact, the functioning of the Union as a legal community does in the case of a purely national issue not depend to the same extent on the uniformity of the application and the interpretation of Union law as it does in the case of the use of freedom of movement. Therefore an important argument⁴⁸ for the dynamic development of Union law by ECJ does not apply.

The right of residence of family members of a Union citizen is also considered a classic example of the so-called „reverse discrimination“, which exists when citizens of other EU Member States are better off compared to residents for reasons of Union law. Therefore, the question arises whether the concept of „the substance of the rights of a Union citizen“ defused the problem of reverse discrimination. At first glance, the potential of the new approach cannot be neglected.⁴⁹ Since a possible violation of „the substance of the rights“

⁴⁵ For a different opinion see S. Haack, *op. cit.*, No. 23, 34.

⁴⁶ Case C-60/00 *Carpenter* [2001]; Case C-127/08 *Metock* [2008].

⁴⁷ Case C-434/09 *McCarthy* [2009].

⁴⁸ Regarding the reasons for the dynamic interpretation see R. Bieber, A. Epiney, M. Haag, *Die Europäische Union*, 10. Aufl., Baden-Baden 2013, § 9, No. 5.

⁴⁹ The ruling of *Ruiz Zambrano* is interpreted as a prohibition of the discrimination of own nationals by J. Bergmann, *op. cit.*, p. 318. See also A. Mohay, D. Muhvic, *op. cit.*, p. 171 f.

is not limited to the crossing of a frontier, the substance of the rights can be affected by purely internal situations within one Member State. Hence the status of a national can be affected without him leaving his home country if he considers himself disadvantaged compared to a EU immigrant.⁵⁰ This situation is of concern with regard to the equal treatment commandments contained in the constitutions of the Member States.

The constitutional problem imposed by European Union law discrimination is not solved by the new judgment, but at best relocated. Even if one were to assume that European citizenship demands equal treatment of all EU citizens and thus also prohibits reverse discrimination, this does not apply to all residents, but only for those who possess the citizenship of the Union. Thus, another constitutional problem would open up: the problem of disadvantage of residents without citizenship of the Union in relation to EU citizens. For example, according to the German constitution, the possession of a certain nationality alone does not justify a different treatment of foreigners – except from a few exceptions provided by the constitution itself. Differentiations need to be measured according to the general principle of equality, which is codified in Art. 3 para. 1 of the German Basic Law.⁵¹ Furthermore, not all differentiations between citizens of the Union would be covered, but only those falling under the area of “substance the rights”. The concept of “the substance of rights” would be than of no use for German breweries that do not want to brew according to the German purity law⁵² – another classic example of national discrimination – even if the brewer is a citizen of the Union. Whether the *Ruiz Zambrano* ruling applies to the case of domestic legal persons suffering from a less favourable treatment in relation to legal persons from other EU countries is doubtful, given that the wording of the provisions on citizenship relate to natural persons only; the extent to which a corresponding application of the *Zambrano* approach is possible, remains unclear.⁵³

⁵⁰ A.G. Sharpston requested a clarification by the ECJ in the case of *Ruiz Zambrano*, see A.G. Sharpston 30.09.2010, No. 143–144.

⁵¹ See T. Milej, *Verfassungsmäßigkeit der Unterscheidung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit im Bereich der gewährenden Staatsbürgerschaft*, NVwZ 2013, p. 689.

⁵² As a result of a free movement of goods, beer fabricated in violation of medieval German purity law in the EU member States other than Germany may be sold on the German market, whereas such beer fabricated in Germany may not.

⁵³ There are some TFEU provisions, which confer certain rights *expressis verbis* to both citizens of the Union as well as legal persons, such as Article 228 TFEU, which codifies the right to refer a complaint to the European Citizens’ Rights Ombudsman. It can thus be concluded that legal persons can enjoy certain civil rights only if this is expressly so provided in the Treaty. For an application of civil rights to legal persons see Ch. Callies, M. Ruffert, W. Kluth, *EUV/AEUV*, 4th edition, München 2011, Art. 20, No. 10. Sceptical J. Schwarze, U. Becker, A. Hatje, J. Schoo, *EU-Kommentar*, 3th edition, Baden-Baden 2012, Art. 20 AEUV, No. 11.

Conclusion

The fundamental problem of the new approach of the ECJ is the vagueness of the concept of the „substance of the rights“ of a Union citizen.⁵⁴ We leave the familiar and we do not know where to head for. We want more than just a market citizen, but we do not know exactly what depicts a citizen of the Union. We do not even know in which area to search for a definition of the substance of European citizenship. The enumeration of civil rights of the Union in Article 20 et seq TFEU is open and to be developed. The extensive catalogue of values and objectives of integration, which can be found in Art. 2 and 3 TEU, does hardly give any guidance, as some of the values and objectives are mutually exclusive. The same is true for the abstract ideas invoked in the literature, such as equality or freedom⁵⁵ or – here is a quote – „views about life in just (maybe even good) conditions“.⁵⁶ However, the new approach of the ECJ does not automatically lead to a supranational state. It is rather a moderate change of law and a contribution of the Court to a closer Union of the peoples of Europe, which the preambles of the founding Treaties have repeatedly since 1951 declared as the aim of European integration. It is a small step with great symbolic power. It shows that the Court understands the European Union not only as a market but also as a polity.

Streszczenie

Istota praw obywatelstwa Unii w najnowszym orzecznictwie TSUE – potencjał i ograniczenia

Orzecznictwo TSUE kontynuujące linię orzeczniczą rozpoczętą wyrokiem w sprawie Ruiz Zambrano stało się przyczynkiem do dyskusji o rozszerzeniu zakresu prawa pobytu w UE dla krewnych obywateli Unii. Orzecznictwo to nasuwa jednak także pytania bardziej zasadniczej natury: Do jakiego stopnia obywatel Unii jest kimś więcej, aniżeli tylko uczestnikiem Wspólnego Rynku? Czy sama koncepcja obywatelstwa Unii może stanowić źródło, z którego da się wywieść niepisane prawa? Czy koncepcja ta stanowi rozszerzenie zakresu ochrony praw podstawowych, czy może także sprzeczne z traktatami rozszerzenie kompetencji UE? Oraz wreszcie, jakie wnioski da się na podstawie tego orzecznictwa wyciągnąć co do charakteru prawnego samej Unii? Niniejszy tekst stanowi próbę odpowiedzi na te pytania.

Słowa kluczowe: obywatelstwo Unii, prawo pobytu, element transgraniczny, podmiotowy zakres stosowania traktatów, istota praw obywatela Unii

⁵⁴ This point of view is shared by both supporters (D. Kochenov, R. Plender, *op. cit.*, p. 390–391; D. Kochenov, *op. cit.*, p. 122) and critics (see K. Hailbronner, D. Thym, *op. cit.*, p. 2013) of the new approach.

⁵⁵ See D. Kochenov, *op. cit.*, p. 132.

⁵⁶ M. Nettesheim, *op. cit.*, p. 1032.

Marcin Andreasik

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Daniel Karkut

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Jacek Mazurkiewicz

doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny, Uniwersytet Wrocławski

Bartosz Mierzwiński

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Mateusz Popielas

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Karolina Trzeciak-Wach

doktorantka, Uniwersytet Wrocławski

Maria Zaporowska

magister, prawnik, Wrocław

Zofia Zaporowska

magister, prawnik, Wrocław

Orwell w realu, czyli o systemie Echelon z perspektywy polskiego prawa

Wprowadzenie

„Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony” – ta stanowcza i jasna deklaracja, a nie tylko prawna gwarancja, zawarta jest w art. 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Spogląda się na nią z perspektywy, którą stworzył system globalnej inwigilacji komunikacji, nie tylko elektronicznej, zwany Echelonem. Wiadomo było o nim dużo wcześniej zanim z Hongkongu dobiegł głos Edwarda Snowdena. O Echelonie rozmawiano, pisano, dyskutowano, również na poważnych forach, nie tylko w Parlamencie Europejskim. W Polsce jednak zagadnienie to nie budziło wtedy zainteresowania prawników, tak jak w ogóle nie zainteresowało posłów, senatorów, rządu, polityków. W niniejszym tekście

podjęta zostanie przypuszczalnie pierwsza próba oceny konsekwencji Echelonu z perspektywy polskiego prawa. Autorzy z rozmysłem ograniczyli się do tego, co było dla każdego dostępne przed Snowdenem. Taka optyka ma szczególną wymowę: ukazuje bowiem dramatyczną aplikację *in casu* konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego. Uświadamia, gdzie ludzie żyją i co mogą.

* * *

Gdy przed kilkudziesięciu laty kolejne tłumaczenie *Roku 1984* George'a Orwella trafiło do polskich czytelników, kontekst interpretacyjny wydawał się oczywisty. Kontrolujące ludzi państwo utożsamiane było ze Związkiem Radzieckim, z emfazą określanym w propagandzie Stanów Zjednoczonych mianem Imperium Zła.

Nie minęło wiele lat od tytułowego roku, a Związek Radziecki dostał pieriedyszki, zaczął rdzewieć, tracić kontrolę nad samym sobą i w końcu się rozpadł. W tym pozornie jednobiegunowym świecie wydawało się, że na placu boju pozostało już tylko imperium, które zawsze szczyliło się najwyższymi standardami demokracji oraz respektem dla praw człowieka. Jednak właśnie tam zrodził się, choć realizowany jest nie tylko przez to państwo koncept bynajmniej nie pisarski – totalnej kontroli prawie wszystkiego, co ludzie piszą, mówią, czego pragną, co kochają czy nienawidzą. Nie w jednym państwie, ale na całym świecie! To, co wydawało się niegdyś pomysłem *science fiction*, udało się zrealizować!

Dziś obiektem owej kontroli są wszyscy, autorzy i czytelnicy tego artykułu również. Wtedy, gdy rozmawiają przez komórkę, telefon stacjonarny, wysyłają e-mail lub faks, a nawet gdy otwierają link. Jedynym obszarem pozostającym poza kontrolą Echelonu są myśli i marzenia senne. Choć niewykluczone, że tylko do czasu... Genialni technologowie pracowali, pracują i pracować będą dla imperiów. Oczywiście nie tylko dla Imperium Hipokryzji.

Tajemnica komunikacji pod butem Echelonu

W ramach szeroko pojmowanych wolności obywatelskich i osobistych wyróżnia się wolność komunikowania się, która obejmuje swoim zakresem wszystkie formy i sposoby porozumiewania się między ludźmi. Na tym tle problem tajemnicy korespondencji¹ stanowi wyłącznie fragment, związany jak wskazuje SN „z prawem każdego człowieka do poszanowania jego życia

¹ Zob. także: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 4, Lex nr 8132.

prywatnego, jego prawa do zachowania w tajemnicy przekazu kierowanego do innych osób lub instytucji”². Bezprawne zapoznanie się z treścią cudzej korespondencji stanowi postać naruszenia normy art. 23 k.c. Uwaga ta ma istotne znaczenie w toku dalszych rozważań nad funkcjonowaniem globalnej sieci wywiadu elektronicznego Echelon.

System ten gromadzi i analizuje przekazy elektroniczne z całego świata – fakсы, telefakсы, e-maile, transfery plików, a nawet zwykłe rozmowy telefoniczne. Pierwszym źródłem mówiącym o istnieniu takiego systemu były raporty Duncana Campbella przedstawione europejskiej komisji opiniującej zagadnienia naukowe i techniczne w 1997 r. i 1999 r. Dokumenty te dały asumpt do utworzenia przez Parlament Europejski 5 lipca 2000 r. tymczasowej komisji w sprawie systemu Echelon³. Rząd USA do tej pory nie potwierdził istnienia takiej cyberstruktury. Podczas prac Parlamentu Europejskiego nad raportem dotyczącym tego zagadnienia również nie została przez rząd Stanów Zjednoczonych Ameryki ujawniona treść porozumienia, zwanego wówczas UKUSA, a pracownicy NSA i CIA, którzy mieli spotkać się z przedstawicielami Parlamentu Europejskiego w tej sprawie, w ostatniej chwili odmówili spotkania⁴.

Zjawisko szpiegostwa elektronicznego, którego dopuszczają się państwa-sygnatariusze porozumienia Auscannzukur⁵, bezpośrednio godzi w indywidualny interes każdego obywatela. W demokratycznych państwach przestrzeganie praw jednostki stanowi fundament ustroju tych państw. W konsekwencji wszelkie przejawy łamania praw i wolności obywatelskich są wystąpieniem

² Wyrok SN z 24 września 2010, IV CSK 87/10, Lex nr 622216.

³ *European Parliament Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interceptions system) (2001/2098(INI))*, [w:] www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//EN&language=EN, s. 21 [dostęp 29.05.2014, ta sama data dotyczy dostępu do pozostałych publikacji internetowych przywołanych w artykule]. Wspomniana Komisja w opracowanym raporcie nawiązuje do istnienia porozumienia zwanego UKUSA pomiędzy rządem USA i Wielkiej Brytanii, które rozpoczęło proceder przechwytywania informacji i podsłuchu na globalną skalę. 5 marca 1946 r. pomiędzy rządami USA a Wielkiej Brytanii zostało podpisane porozumienie, które jest znane jako „the UKUSA agreement”. Początkowo skierowane było przeciwko rządowi ZSRR, w kolejnych latach przystąpiły do niego inne państwa anglojęzyczne, takie jak Kanada, Australia i Nowa Zelandia i od nazw wszystkich państw-sygnatariuszy jest powszechnie nazywane „auscannzukur”. Zgodnie z raportem Parlamentu Europejskiego, istnienie porozumienia UKUSA, którego celem jest współpraca wywiadowcza, przechwytywanie oraz wymiana prywatnych i komercyjnych informacji, jest faktem niepodlegającym żadnym wątpliwościom.

⁴ Dopiero pod naciskiem opinii publicznej w 2010 r. została oficjalnie odtajniona treść porozumienia UKUSA, którą podano do informacji publicznej i można ją znaleźć na stronach archiwów państwowych oraz amerykańskiego NSA: www.time.com/time/nation/article/0,8599,2000262,00.html.

⁵ Zob. więcej: *European Parliament Report...*, s. 11.

przeciwko podwalinom systemu demokratycznego⁶. Jest oczywiste, że prawo do prywatności nie może być prawem bezwzględnym i jak większość praw oraz wolności obywatelskich, podlega pewnym ograniczeniom. Każde państwo musi przecież dbać o swoje bezpieczeństwo. Ograniczenia w tej płaszczyźnie przewiduje m.in. Konstytucja RP⁷, a także Europejska Konwencja Praw Człowieka.

Tajemnica korespondencji jest także pojęciem normatywnym, które na gruncie prawa prywatnego występuje m.in. w katalogu dóbr osobistych uregulowanych przepisami art. 23 i 24 k.c., czy w przepisach prawa autorskiego (art. 82 i 83)⁸, jak również w sferze prawa *stricte* publicznego. Także akty prawa międzynarodowego w założeniu gwarantować mają nam ochronę życia prywatnego, w tym i ochronę tajemnicy korespondencji⁹.

Cechą wspólną krajowej ustawy zasadniczej i aktów prawa międzynarodowego jest przyjęcie generalnego i skądinąd słusznego założenia, że państwo w określonych warunkach musi mieć prawo ingerowania w sferę prywatnych zachowań obywateli, w celu prawidłowego wypełniania swoich funkcji. Jak wskazuje się w literaturze prawniczej, pojawia się tu jednak pytanie o to, jakie funkcje państwa usprawiedliwiają wkroczenie w sferę życia prywatnego oraz

⁶ Zob. więcej: A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Lex nr 58276.

⁷ Ustawodawca w art. 51 Konstytucji RP wprawdzie wskazuje, że każdy może zostać zobowiązany do ujawnienia informacji dotyczących jego osoby, z tym jednak zastrzeżeniem, że „ten sam przepis ogranicza pozyskiwanie informacji o obywatelach do przypadków niezbędnych i uznawanych w demokratycznym państwie. Tak więc władze nie mogą sobie ustalać dowolnie zasobu informacji, jakie pragną uzyskać od obywateli, są w tym względzie ograniczone postanowieniem ustawy. Niezwykle ważne prawo gwarantuje ust. 3 tegoż artykułu, gdyż uprawnia on każdego do uzyskania dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów [...]. W ten sposób każdy może wpływać na prawidłowość i kompletność dotyczących go informacji gromadzonych zgodnie z ustawą” (W. Skrzydło, *Konstytucja...*, Lex nr 8132).

⁸ W myśl art. 82 PrAut, jeżeli adresat korespondencji nie wyraził innej woli, dla rozpowszechnienia korespondencji w okresie dwudziestu lat od jego śmierci, wymagane jest zezwolenie małżonka, a w jego braku kolejno zstępnych, rodziców lub rodzeństwa. Ustawodawca w art. 83 PrAut nakazuje stosować odpowiednio art. 78 ust. 1 PrAut, jeżeli doszło do rozpowszechnienia korespondencji bez zezwolenia osoby, do której została skierowana. Roszczeń przewidzianych w art. 78 ust. 1 nie można dochodzić po upływie dwudziestu lat od śmierci adresata korespondencji.

⁹ W art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 10 grudnia 1948 r., można przeczytać, że nie „wolno ingerować samowolnie w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne, domowe, ani w jego korespondencję, ani też uwłaczać jego honorowi lub dobremu imieniu. Każdy człowiek ma prawo do ochrony prawnej przeciwko takiej ingerencji lub uwłaczaniu”. Z treścią cytowanego przepisu koresponduje art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, który stanowi w ust. 1, że nikt „nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję”. Ustawodawca europejski w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności również opowiedział się za bezwzględnym obowiązkiem poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w tym także tajemnicy korespondencji.

o dopuszczalny zakres tej ingerencji? W ustroju demokratycznym działania aparatu państwa są zorientowane na cele publiczne i powinny być realizowane zgodnie z interesem publicznym oraz w jego granicach¹⁰. W tym miejscu należy również postawić drugie zasadnicze pytanie – jak państwo realizuje swoje zadania w sferze ochrony wszystkich obywateli przed potencjalnym cyberatakami ze strony obcych systemów wywiadu elektronicznego, chociażby takich jak Echelon?

Przed odpowiedzią na zadane pytania, przedstawić należy pokrótce przywołany wyżej katalog okoliczności uzasadniających ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, który został sprecyzowany w ust. 3 art. 31 Konstytucji RP. Katalog ten w mniejszym lub większym stopniu powtarzany jest we wspomnianych już aktach prawa międzynarodowego, m.in. przez art. 52 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹¹. Przyjmuje się, że prawnie dozwoloną będzie ingerencja w wolności obywatelskie (w tym i wolność komunikowania się) wtedy, gdy kompetencja ta znajdzie swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy, a także gdy uzasadniona jest z uwagi na zagrożenia dla bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobieżenia wykroczeniom karnym, ochrony zdrowia i moralności oraz dla ochrony praw i wolności osób trzecich. To powszechnie uznane wartości uzasadniają ingerencję w sferę wolności obywatelskich, co potwierdził ETPC w sprawie Uzun przeciwko Niemcom¹². Przy tym trudną do przecenienia jest stanowcza opinia, że tam, gdzie może dojść do naruszenia praw i wolności obywatelskich, uznaniowość władzy winna być maksymalnie ograniczona, nie tylko dlatego, że „prawo do prywatności jest warunkiem swobodnej i nieskrępowanej aktywności człowieka w społeczeństwie”¹³.

¹⁰ A. Mednis, *Prawo do prywatności...*

¹¹ Dz.Urz. UE 2010, C 83, s. 389.

¹² Wyrok ETPC z 2 września 2010 r., skarga nr 35623/05, [w:] M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2010*, Lex 2011, s. 181. W sprawie tej chodziło o postużenie się systemem GPS w celu inwigilacji podejrzanego o poważne przestępstwo. Wprawdzie Trybunał uznał, że systematyczne „zbieranie danych przez służby bezpieczeństwa o konkretnych osobach i ich przechowywanie, nawet bez posługiwania się tajnymi metodami kontroli, stanowi ingerencję w życie prywatne osób, których one dotyczą”, jednak z uwagi na potrzebę ochrony bezpieczeństwa publicznego takie działanie było *in casu* w pełni uzasadnione i nie doszło do naruszenia przepisów konwencji.

¹³ A. Mednis, *Prawo do prywatności...* Zob. także wyrok NSA z 21 czerwca 2001, V SA 3718/00, http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/v-sa-3718-00,cudzoziemcy_repatrianci_nabytie_nieruchomosci_przez_pomoc_spoleczna,e37d13.html, w którym sąd ten wyraził zasadę, że w „państwie nie ma miejsca dla mechanicznego i sztywnego pojmowania zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym”. Ponadto obowiązkiem organu jest udowodnienie, że wskazany interes jest „tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela”.

Z perspektywy przedstawionej analizy należy zauważyć, że obecnie nie ma skutecznego instrumentu publicznoprawnego, za pośrednictwem którego można byłoby żądać zaniechania naruszeń sfery życia prywatnego wyłącznie w oparciu o wskazane normy prawa międzynarodowego i konstytucyjnego. Katalog ten nie daje podstaw do skutecznego dochodzenia zaniechania naruszeń prywatności bądź też ochrony przed jej naruszeniem ze strony innych osób, instytucji, systemów. Nie można wygzekwować od państwa – często działającego w źle pojętym interesie publicznym – aby nie dopuszczało się naruszeń w przestrzeni wymiany informacji między obywatelami, a tym bardziej, aby zabezpieczyło przed zagrożeniami międzynarodowymi, związanymi z działaniem w cyberprzestrzeni obcych systemów szpiegowskich, takich jak Echelon. Skoro komentowane normy transgranicznego i konstytucyjnego prawa nie zapewniają skutecznej ochrony w tej materii, pozostaje przenieść rozważania na grunt prawa prywatnego.

Działalność poszczególnych agencji wywiadowczych współpracujących ze sobą dla realizacji projektu o kryptonimie Echelon stanowi, z punktu widzenia regulacji polskiego kodeksu cywilnego, naruszenie dóbr osobistych, takich jak tajemnica korespondencji – w zakresie przechwytywania wiadomości w formie e-maila, faksu, telefaksu i analizowania transferu innych danych, następującego głównie za pośrednictwem internetu, a także w sferze prywatności człowieka, m.in. w zakresie podsłuchiwania zwykłych rozmów telefonicznych. W szpiegowskich działaniach globalnej sieci wywiadu elektronicznego można doszukiwać się pogwałcenia także innych dóbr osobistych – w zależności od obszaru naruszeń czy okoliczności (np. załączenie niektórych zdjęć do wiadomości w formie e-maila i przekazanie ich do analizy materiału w jednostkach Echelonu mogłoby godzić w dobro osobiste wizerunku).

Dla oceny działalności systemu Echelon istotne znaczenie mają regulacje z zakresu prawa ochrony danych osobowych, przede wszystkim dyrektywa 95/46/CE w sprawie ochrony osób fizycznych ze względu na przetwarzanie danych o charakterze osobowym oraz swobodnego przepływu tych danych, Konwencja nr 108 Rady Europy z 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób ze względu na automatyczne przetwarzanie danych o charakterze osobowym oraz ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych – mająca na celu ochronę prywatności informacyjnej zarówno w sferze publicznej, jak i prywatnej. Ingerencja w sferę wolności komunikowania się może być postrzegana również w kategoriach naruszania szeregu tajemnic (w szczególności zawodowych)¹⁴.

¹⁴ Do tajemnic tych należy zaliczyć m.in. tajemnicę lekarską, komunikowania się, bankową, zawodową w obrocie instrumentami finansowymi, skarbową, dziennikarską, adwokacką, notarialną i radcowską.

Poniżej zostaną przedstawione jedynie instrumenty ochronne określone przepisami kodeksu cywilnego z perspektywy ich użyteczności w walce z praktykami systemu Echelon.

Polski kodeks cywilny w art. 24 wyposaża każdego, kogo dobro osobiste zostało cudzym działaniem¹⁵ naruszone¹⁶, w instrumenty prawne w postaci roszczeń ochronnych, których charakter przedstawia się różnie. Ustawowy katalog owych roszczeń obejmuje zarówno te o charakterze majątkowym, jak: o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę wynikającą z naruszenia dobra osobistego lub o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny (w zw. z art. 448 k.c.), o odszkodowanie z tytułu ewentualnej szkody majątkowej powstałej w rezultacie pogwałcenia takiego dobra (art. 361–363, 415 i nast. k.c.), jak i niemajątkowym, tj. o zaniechanie dalszych naruszeń oraz o usunięcie skutków naruszenia, co nastąpić ma w szczególności poprzez złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Pomocne w zniwelowaniu stanu zagrożenia dla dobra osobistego ma być wyłącznie roszczenie o zaniechanie działania, jeżeli jest ono bezprawne.

Istnieje także możliwość skorzystania z powództwa o ustalenie w oparciu o przepis art. 189 k.p.c., jako że orzeczenie ustalające, iż określone prawo osobiste przysługuje danej osobie niekiedy wystarczy, aby zapobiec dalszym jego naruszeniom lub uchylić niebezpieczeństwo dokonania naruszeń.

Zaakcentowania wymaga to, że przedstawiony powyżej system wyznacza minimalny standard ochronny, a roszczeń tych nie wyłączają regulacje pozakodeksowe przewidujące ochronę określonych dóbr osobistych. Ze względu na niezaprzeczalną doniosłość społeczną dóbr osobistych zasada *lex specialis derogat legi generali* nie znajduje tu zastosowania.

Dyskusyjna pozostaje kwestia szkody majątkowej oraz niemajątkowej mającej wynikać z naruszania dobra osobistego, przynajmniej w postaci tajemnicy korespondencji, dokonującego się przez działanie systemu szpiegowskiego Echelon. Z powodzeniem można bronić tezy o stratach moralnych, czy ujemnych przeżyciach psychicznych mających swe źródło w świadomości¹⁷ infiltrowania przez specjalne oprogramowania Echelonu treści pisanych i wysyłanych za pośrednictwem poczty elektronicznej wiadomości. Tylko po-

¹⁵ Ochrona przysługuje jedynie przeciwko takiemu zachowaniu, które może być uznane za działanie sprawcy.

¹⁶ Zgodnie z wyr. SN z 26 października 2001, V CKN 195/01, niepubl., należy przyjmować koncepcję obiektywną naruszenia dobra osobistego w kontekście całokształtu okoliczności sprawy.

¹⁷ Pozorny wydaje się problem, co w razie braku świadomości (wiedzy) rzeszy ludzi o istnieniu (przynajmniej hipotezach o istnieniu) Echelonu. Czy uprawnione jest wtedy mówienie o jakiegokolwiek krzywdzie? Naszym zdaniem tak – globalny charakter kontekst krzywdy nie zmienia natury krzywdy.

zornie wątpliwe wydaje się jednak powstanie szkody majątkowej¹⁸ w efekcie pogwałcenia tajemnicy korespondencji, skoro sens wywiadu elektronicznego miałby przejawiać się w poszukiwaniu informacji istotnych dla służb wywiadu. A trudno o takie informacje w wiadomościach wymienianych między Markiem a Grzegorzem w sprawie ich planów na piątkową imprezę. Zanegowanie powstawania szkód w rezultacie naruszenia tajemnicy korespondencji przez uskutecznianie podsłuchu na globalną skalę prowadziłoby do konkluzji o braku podstaw do występowania z roszczeniami o zadośćuczynienie i odszkodowanie. Jak to jednak w dalszych rozważaniach zostanie podniesione, system Echelon i systemy jemu podobne wyrządzają często olbrzymie szkody majątkowe, przed wszystkim wielkim korporacjom gospodarczym. Ale nawet w sytuacji, gdy hipotetyczny Marek zdaje sobie sprawę z działań systemu Echelon i w jego sferze psychicznej powstaje poczucie krzywdy, uzasadnione wydawałoby się skorzystanie przez niego z roszczenia o zadośćuczynienie. Jednak ze względu na brak jurysdykcji krajowej sądów polskich w tej kwestii, niemożliwe jest skuteczne wytoczenie powództwa przeciwko agencjom NSA czy CIA w Polsce. Ustawodawca nie ustanowił skutecznego narzędzia do obrony praw przed tego typu praktykami.

Warto również pochylić się nad tym, czy istnieją w kontekście „sprawy Echelonu” podstawy do ewentualnego dochodzenia roszczenia o usunięcie skutków naruszenia dobra osobistego. Nasuwa się refleksja, czy przechwytywanie wiadomości mailowych, podsłuchiwanie rozmów telefonicznych itd. wywołuje (przynajmniej dla jednostki) jakiegokolwiek skutki, a jeśli tak, to czy na tyle poważne, że wymagałyby ich usunięcia? Wydaje się, że trudno w tej kwestii o jednoznaczne rozstrzygnięcie.

Mając na uwadze powyżej wyrażony sceptycyzm wobec istnienia przesłanek do podniesienia niektórych roszczeń przeciwko Echelonowi, skuteczne wystąpienie na drogę postępowania sądowego wobec tej sieci wydaje się wątpliwe także z innego względu. Jeżeli sprawcą naruszenia dobra osobistego jest osoba prawna lub podmiot bez osobowości prawnej, zachodzi wymaganie spełnienia przesłanek, od których uzależniona jest możliwość przypisania określonego zdarzenia i jego skutków temu podmiotowi. Chodzi tu w szczególności o przesłanki przypisania osobie prawnej lub podmiotowi bez osobowości prawnej skutków zachowania, niekoniecznie będącego oświadczeniem woli, podjętego przez piastuna lub piastunów ich organów. Innymi słowy,

¹⁸ Zob. np. www.wsp.krakow.pl/papers/echelon.html, gdzie informacja, że Komisja Europejska odrzuciła żądania Parlamentu Europejskiego podjęcia działań w sprawie Echelonu, uzasadniając odmowę tym, że nie ma dowodów rzeczywistego poniesienia strat finansowych przez jakąkolwiek firmę europejską na skutek działalności Echelonu.

konieczne jest wykazanie związku pomiędzy działaniem konkretnej osoby fizycznej a działalnością określonego podmiotu charakteryzującego się strukturą organizacyjną tj. zespalałającego aktywność grupy jednostek (klasycznym przykładem są spółki prawa handlowego). Łatwo można dostrzec olbrzymie trudności, jakie nastęrcza ewentualne dowodzenie owego związku. Może dlatego warto przyrzeć się temu, w jaki sposób Echelon pozyskuje informacje.

Międzynarodowa społeczność hackerów, skupiona wokół listy dyskusyjnej „Hactivism”, organizator „Dnia zakłócania «Echelonu»” stwierdziła, że rzeczywistą bronią przeciwko Echelonowi i podobnym działaniom jest stosowanie coraz nowocześniejszego oprogramowania szyfrującego. Istotnym zatem aspektem dotyczącym odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych w Internecie staje się obecność dostawców pośredniczących w procesie komunikowania określonych treści. W specjalistycznej literaturze prawniczej wyróżnia się tutaj dostawców sieci, dostawców dostępu do sieci i dostawców usług. Podmioty te zapewniają samoistne i nieograniczone w czasie przechowywanie treści dostarczonych przez autorów na stronach www, poczcie elektronicznej czy grupach dyskusyjnych. W przypadku naruszenia dóbr osobistych zainteresowanie tą grupą podmiotów jest jak najbardziej zrozumiałe. Regulacje dotyczące konstrukcji tej odpowiedzialności zostały zwarte w dyrektywie 2000/31/EC i stały się podstawą do rozwiązań przyjętych w art. 12–14 u.ś.u.d.e. dotyczących zasad ochrony danych osobowych osób fizycznych korzystających z usług świadczonych drogą elektroniczną. Nie stworzono jednak pełnego modelu odpowiedzialności, lecz wskazano tylko, kiedy odpowiedzialność usługodawcy ulega wyłączeniu. Ma to miejsce między innymi w przypadku, kiedy usługi polegają na prostym przekazie danych; chodzi o automatyczne i krótkotrwałe pośrednie przechowywanie i transmitowanie danych, jeśli działanie to ma wyłącznie na celu przeprowadzenie transmisji danych, a dane nie są przechowywane dłużej niż jest to w zwykłych warunkach konieczne dla przeprowadzenia transmisji lub wówczas, gdy usługodawca transmituje dane i krótkotrwałe je przechowuje tylko w celu przyspieszenia ponownego dostępu do nich przez podmiot uprawniony. Warto więc zwrócić uwagę na aspekty dotyczące możliwości przypisania odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych dostawcom sieci, dostawcom dostępu do sieci czy dostawcom usług oraz rozważyć możliwość dochodzenia wobec nich roszczeń z tego tytułu. Mając na względzie miejsce, jakie zajmuje internet w życiu tzw. społeczeństwa globalnego, trudno nie wyrazić dezaprobaty dla faktu, że do dziś nie istnieje jakikolwiek międzynarodowy akt prawny odnoszący się do ochrony dóbr osobistych w internecie.

Gdy nie wiadomo o co chodzi...

Jak już zauważono, nie mniej doniosłym z punktu widzenia ochrony prawnej jest zagadnienie szkód majątkowych, które mogą być wyrządzone działalnością Echelonu. Przedmiotem niniejszych rozważań nie jest jednak instrumentarium mogące służyć ochronie przed takim konsekwencjami – przede wszystkim dlatego, że ma ono solidne i dobrze poznane podstawy normatywne.

Wskazując na ten obszar skutków istnienia Echelonu warto jednak podjąć próbę ustalenia współczesnych powodów jego dalszego istnienia. U swego zarania uzasadnieniem powstania Echelonu była bowiem, o czym już wspomniano, konfrontacja ze Związkiem Radzieckim i jego sojusznikami. Ale podobnie jak z NATO, które przejawia szczególną aktywność od czasu, gdy zabrakło Układu Warszawskiego, jest z Echelonem. Istnieje do dziś, więc najwyraźniej jest potrzebny i trudne do ustalenia, lecz niewątpliwie olbrzymie koszty tego przedsięwzięcia się opłacają¹⁹.

Najwygodniejszym współcześnie usprawiedliwieniem istnienia tego systemu jest „walka z terroryzmem”. Nie z przekory wobec prześmiewczego nakazu Hugona Steinhausa, „nie cudzysłów”, termin mówiący o walce z terroryzmem umieszczono w cudzysłowie. Jest bowiem „walka z terroryzmem” przede wszystkim od dawna narzędziem języka propagandy i usprawiedliwieniem dla odwiecznej walki silnych ze słabymi, dla których terroryzm jest najczęściej jedynym orężem, które w nieproporcjonalnej konfrontacji można mniej lub bardziej skutecznie wykorzystać. To osobne, fascynujące badawczo i przecież z natury rzeczy orwellowskie zagadnienie ze sfery nowomowy oraz propagandy współczesnej polityki oraz mediów.

W tym miejscu należy jednak tylko zwrócić uwagę, że ataki terrorystyczne stanowią spektakularną, lecz przecież znikomą część istotnych konfliktów współczesnego świata. I dlatego można mieć zasadnicze wątpliwości, czy „walka z terroryzmem” jest rzeczywistym, a co najmniej głównym powodem dalszej światowej kontroli środków komunikacji. Współcześnie powodem utrzymywania Echelonu nie jest także troska o bezpieczeństwo wojskowe. Ta realizowana jest bowiem przez systemy dużo bardziej wyrafinowane i przede wszystkim wektorowe, nie globalne. Bynajmniej nie oryginalna, wielokrotnie powtarzana w dokumentach i piśmiennictwie poświęconym Echelonowi hipoteza badawcza, która wydaje się tu zasadna, jest nie tylko aplikacją starej,

¹⁹ Zob. np.: A. Bomford, *Echelon spy network revealed*, www.news.bbc.co.uk/2/hi/503224.stm; Q&A, *What you need to know about Echelon*, www.news.bbc.co.uk/2/hi/science/nature/1357513.stm.

ale przecież aktualnej refleksji, że „jak nie wiadomo, o co chodzi, to chodzi o pieniądze”.

Zauważyć należy, że olbrzymia, przytłaczająca ilość informacji doniosłych gospodarczo przekazywanych jest w sposób, który umożliwia ich łatwą kontrolę przez Echelon. Nawet wtedy, gdy stosowane są różnorakie zabezpieczenia, nie są one przecież porównywalne z tymi, które wykorzystywane są przy przekazywaniu informacji wojskowych. A dla dysponentów Echelonu bariery stosowane przy przekazywaniu informacji gospodarczych, nie tylko w formie elektronicznej, nie stanowią żadnej istotnej przeszkody.

Bardzo ważną w dyskusji wokół tajemniczych aspektów Echelonu jest prosta konstatacja, że obszernie odniesiono się do jego wykorzystywania dla prowadzenia szpiegostwa przemysłowego w pkt. 10 wspomnianego sprawozdania z 11 lipca 2001 r. komisji tymczasowej Parlamentu Europejskiego²⁰. Rozważano tam m.in. szczegółowe cele szpiegowskie, szkody spowodowane taką działalnością prowadzoną przez państwa, przedstawiono znane przypadki takiej działalności, postawę administracji Stanów Zjednoczonych wobec tej działalności oraz jej rolę w promowaniu amerykańskiego eksportu²¹. Niemało miejsca poświęcono w pkt. 11 tego sprawozdania kryptografii jako środka samoobrony także przed szpiegostwem przemysłowym realizowanym przez Echelon²².

W poważnych przekazach medialnych podkreślano, że sprawozdanie to zawiera bardzo poważne konkretne zarzuty, iż Echelon wielokrotnie pomógł uzyskać amerykańskim przedsiębiorcom przewagę handlową nad przedsiębiorcami europejskimi²³. Są to ustalenia co do istoty przez nikogo, poza

²⁰ Zob. nadto w szczególności wystąpienie posła G. Schmid a w: *Dokumentation: Der offizielle Echelon-Bericht von Gerhard Schmid das Parlament UE*, www.spiegel.de/netzwelt/web/dokumentation-der-offizielle-echelon-bericht-von-gerhard-schmid-an-das-eu-parlament-a-155819.html.

²¹ Zob. także: *E-mail users warned over spy Network*, www.news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1357264.stm; *EU probes Echelon*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/820352.stm>.

²² Zob. np.: www.cryptome.org/echelon-ep-fin.htm; J. Hoenig, *Echelon dient zur Wirtschaftsspionage*, www.handelsblatt.com/archiv/echelon-dient-zur-wirtschaftsspionage/2047436.html.

²³ Warto przytoczyć tu niektóre obserwacje M. Assera z artykułu *Echelon: Big brother without a cause?*, opublikowanego przez serwis BBC: „But a report published by the European Parliament in February alleges that Echelon twice helped US companies gain a commercial advantage over European firms. Duncan Campbell, the British intelligence expert and journalist who wrote the report, raises the prospect that hundreds of US Department of Commerce „success stories”, when US companies beat off European and Japanese commercial opposition, could be attributed to the filtering powers of Echelon [...]. The journalist, who has spent much of his life investigating Echelon, has offered two alleged instances of US snooping in the 1990s, which he says followed the newly-elected Clinton administration’s policy of «aggressive advocacy» for US firms bidding for foreign contracts. The first came from a Baltimore Sun report which said the European consortium Airbus lost a \$6bn contract with Saudi Arabia after NSA found Airbus officials were offering kickbacks to a Saudi official. The paper said

władzami państw uczestniczących w systemie Echelon, nie kwestionowane²⁴; wyraźnie podkreśla się przy tym udział agend amerykańskiego rządu w wykorzystywaniu Echelonu w interesie amerykańskich korporacji przemysłowych²⁵. Wskazywano na konkretne polecenia, np. prezydenta B. Clintona, który nakazał National Security Agency wykorzystać „super-tajny program nadzoru Echelon” do monitorowania osobistych rozmów telefonicznych i prywatnej poczty pracowników, którzy pracowali dla zagranicznych firm, w dążeniu do zwiększenia amerykańskiego handlu²⁶. Niektórzy prominentni urzędnicy CIA, w tym także jego byli dyrektorzy, z ostentacją przyznawali wykorzystywanie Echelonu do szpiegostwa przemysłowego „wśród przyjaciół”²⁷ po to, by amerykańskie korporacje mogły uzyskać przewagę nad europejskimi konkurentami²⁸.

the agency «lifted all the faxes and phone-calls between Airbus, the Saudi national airline and the Saudi Government» to gain this information. Mr Campbell also alleges that the US firm Raytheon used information picked up from NSA snooping to secure a \$1.4bn contract to supply a radar system to Brazil instead of France's Thomson-CSF [...]. The US strenuously denies passing on commercial information to individual US firms, saying that there are clear laws to prevent it. But former CIA director James Woolsey, in an article in March for the Wall Street Journal, acknowledged that the US did conduct economic espionage against its European allies, though he did not specify if Echelon was involved. However, he poured scorn on the Campbell allegations that the US was using its technological edge to gain unfair advantage in international business. «We have spied on you because you bribe», the ex-CIA boss wrote. «(European) products are often more costly, less technically advanced or both, than (their) American competitors'. As a result (they) bribe a lot». But that is not an argument that will have much influence among concerned European countries, which are currently investigating the threat or otherwise posed by the world's most powerful intelligence-gathering machine”; www.news.bbc.co.uk/2/hi/europe/820758.stm.

²⁴ Zob. np. www.world-information.org/wio/infostructure/100437611746/100438658866.

²⁵ Zob. np. www.bibliotecapleyades.net/ciencia/echelon/echelon_2.htm.

²⁶ *Clinton Used NSA for Economic Espionage*, www.archive.newsmx.com/archives/ic/2005/12/19/114807.shtml (“In 2000, former Clinton CIA director James Woolsey set off a firestorm of protest in Europe when he told the French newspaper *Le Figaro* that he was ordered by Clinton in 1993 to transform Echelon into a tool for gathering economic intelligence. «We have a triple and limited objective», the former intelligence chief told the French paper. «To look out for companies which are breaking US or UN sanctions; to trace ‘dual’ technologies, i.e., for civil and military use, and to track corruption in international business»”).

²⁷ Zob. np. *Ex-CIA-Direktor bestätigt Wirtschaftsspionage mittels Echelon*, www.heise.de/newsticker/meldung/Ex-CIA-Direktor-bestaetigt-Wirtschaftsspionage-mittels-Echelon-20861.html.

²⁸ Zob. F. Patalong, *Große Ohren: Echelon – Spionage unter Freunden*, www.spiegel.de/netzwelt/web/grosse-ohren-echelon-spionage-unter-freunden-a-71135.html (So erregte sich die in Wien herausgegebene konservative österreichische Zeitung „Die Presse“ über die US-Abhöraktion gegen europäische Firmen: „Der Affront ist einzigartig. Da munkelt man seit Jahren über ein US-Abhörsystem in Europa, rätselt, warum europäische Firmen Aufträge an US-Firmen verloren haben, lässt Experten monatelang die Möglichkeit der Existenz eines solchen Abhörsystems untersuchen – und dann schreibt der ehemalige CIA-Direktor in einem Gastkommentar frank und frei: ‘Ja, liebe Freunde, wir haben euch ausgehorcht’. Die Lauschangriffe

Przed laty w Australii upubliczniony został skandal dotyczący obrotu informacjami gospodarczymi gromadzonymi przez tamtejsze agendy Echelonu. Terrorystyczne zagrożenie Australii jest tak mało znaczące, zaś zasoby pozyskiwane przez Echelon tak wielkie, że zarządcy tych informacji doszli do roztrzęsionego wniosku, że coś trzeba z takim bogactwem danych zrobić²⁹. Zwłaszcza, choć nie tylko w Niemczech, podkreślano obawy związane z wykorzystywaniem Echelonu do szpiegostwa przemysłowego na terenie Europy, zważywszy na bezradność wobec niemożliwego do przeciwstawienia się płynącym stąd zagrożeniom wynikającym z poziomu technologii wykorzystywanej przez kolejne rządy Stanów Zjednoczonych³⁰. Nawet w polskim ubogim piśmiennictwie o Echelonie zwracano uwagę, że „Tymczasowy Komitet Parlamentu Europejskiego ds. systemu przechwytyjącego w specjalnym raporcie stwierdzał, że sieć była i jest wykorzystywana do szpiegostwa ekonomiczne-

dien einzig dazu, US-Firmen einen Vorteil gegenüber ihren europäischen Konkurrenten zu verschaffen. Das hat nichts mit der in den USA so gern strapazierten ‘nationalen Sicherheit’ zu tun, sondern ist schlicht und einfach Industriespionage – staatlich sanktioniert und finanziert”).

²⁹ Zob. też: G. Kitney, *Australia drawn into spy scandal*, www.converge.org.nz/pma/sisau.htm (“Australia is being drawn into a row between the United States and its European allies over claims that an American-controlled Cold War electronic spying network is being used for commercial espionage against European governments and companies. The French Government claims the network – which includes a ground station in Australia – is being used by the US, Britain and their «Anglo-Saxon» partners to eavesdrop on the Europeans, picking up commercially sensitive information [...]. Allegations in the French and European parliaments this week said Australia, New Zealand, Britain and Canada all helped the US to gather commercial information from their European allies [...]. In his report Mr Campbell listed several specific incidents when he alleged Echelon had been used to win contracts for US firms. The French firm Thomson had lost a radar contract in Brazil and the European Airbus consortium missed a \$US6 billion (\$9.6 billion) contract to the Boeing Corporation. A German conservative MP in the European Parliament claimed the spying activities had already cost European businesses more than \$US20 billion in lost contracts [...]. After presenting his report to the parliament’s Committee for Justice and Home Affairs, Mr Campbell urged the EU to take action to protect members against the unwanted interception of communications, insisting the eavesdropping violated human rights. He also claimed national security agencies were using major US corporations to help with the interception of data, and named Microsoft, IBM and a certain «large American microchip maker». The French Justice Minister warned French businesses to be particularly vigilant to the possibility of eavesdropping on sensitive commercial communications, saying they should never carry vital information”); *ECHELON – MUOS. KOJARENA Spy Base Echelon Station Mobile User Objective System (MUOS) Ground Station Geraldton, West Australia*, www.thelivingmoon.com/45jack_files/03files/ECHELON_Geraldton.html, gdzie nie ma zbioru linków dotyczących tego zagadnienia.

³⁰ Zob. np. S. Schmitt, *Streit um Echelon Wirtschaftsspionage*, www.sueddeutsche.de/digital/streit-um-echelon-wirtschaftsspionage-1.101852; Ch. Radic, *Abhörsystem Echelon Verschluss-sache Wirtschaftsspionage Der Fall „Echelon“: Betreiben die USA Wirtschaftsspionage zum Schaden Europas?*, http://www.monitor.at/index.cfm/storyid/3842_Abhoersystem_Echelon-Verschluss-sache_Wirtschaftsspionage; *US to close Echelon spy station*, www.news.bbc.co.uk/2/hil/europe/1365156.stm.

go, faworyzującego firmy krajów członkowskich (głównie z USA i Wielkiej Brytanii)”³¹.

Poza tymi powszechnie dostępnymi informacjami, istnieją dwie okoliczności, które racjonalizują obserwację, że Echelon wykorzystywany jest dzisiaj przede wszystkim w wywiadzie gospodarczym. Otóż, gospodarka z natury rzeczy ma charakter globalny. I takim też jest Echelon. To zaś, że Echelon spowity jest tajemnicą, nie utrudnia konstatacji, że koszty związane z jego utrzymywaniem są horrendalne. Z tej, również ekonomicznej perspektywy, system globalnej kontroli informacji nie może być zrjonalizowany wyłapywaniem incydentalnych informacji o zagrożeniach terrorystycznych, co oczywiście nie znaczy, że i w tym celu może być on wykorzystywany, zaś takie jego wykorzystywanie może stanowić usprawiedliwienie jego istnienia. Dlatego wydaje się, że głównym ekonomicznym uzasadnieniem nakładów na Echelon mogą być tylko korzyści związane z polowaniem na pokaźną ilość informacji doniosłych gospodarczo. I to także jest znaczącym powodem, dla którego zagrożenia związane z Echelonem nie mogą być bagatelizowane przez Sejm i polski rząd.

Nie tylko cywilny delikt, także przestępstwo

Praktyki Echelonu można również rozpatrywać pod kątem cyberprzestępczości³² uregulowanej w prawie karnym. W ramach cyberprzestępstwa można wyróżnić między innymi przestępstwa przeciwko poufności, integralności i dostępności danych i systemów informatycznych, tzw. przestępstwa *stricto* komputerowe oraz przestępstwa instrumentalnego wykorzystania elektronicznych sieci informatycznych i systemów informatycznych do naruszania dóbr prawnych chronionych przez prawo karne. Obecnie jedynym aktem prawa międzynarodowego karnego dotyczącym współpracy międzynarodowej w zakresie ścigania cyberprzestępstw jest podpisana 23 listopada 2001 roku w Bukareszcie pod auspicjami Rady Europy konwencja o zwalczaniu cyberprzestępczości (ETS/STE No. 185)³³.

³¹ *Jak podsłuchuje nas Ameryka – czy legendarna sieć inwigilująca Echelon naprawdę istnieje?*, www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/515894,jak_podsluchuje_nas_ameryka_czy_legendarna_siec_inwigilujaca_echelon_napravde_istnieje.html.

³² Jak zauważa M. Siwicki, ogólnie można stwierdzić, że grupa czynów określana jako cyberprzestępstwa polega na posługiwaniu się systemami lub sieciami informatycznymi do naruszania jakiegokolwiek dobra prawnego chronionego przez prawo karne (*Naruszenie tajemnicy informacji*, EP 2012, nr 6, s. 42).

³³ Konwencję przyjęto i weszła ona w życie w 2004 r. Została podpisana przez wiele krajów, m.in. Stany Zjednoczone i inne państwa pozaeuropejskie, a także wszystkie państwa członkowskie UE. Zawiera m.in. wspólne definicje różnych rodzajów przestępstw komputerowych oraz

Na gruncie prawa polskiego założeniom konwencji odpowiada art. 267 § 1–4 k.k. realizujący zarazem konstytucyjną gwarancję ochrony prywatności i tajemnicy komunikowania się, wyrażoną w art. 49 i 51 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. „Według stanowiska doktryny przedmiotem ochrony art. 267 k.k. przepisu jest poufność informacji, prawo do dysponowania informacją z wyłączeniem innych osób, a także bezpieczeństwo jej przekazywania. Przepis chroni także sferę prywatności”³⁴.

Artykuł 267 § 1 k.k. chroni dostęp do informacji nieprzeznaczonej dla sprawcy. Przy czym dotyczy to wszelkich informacji zawartych w zamkniętym piśmie, przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnej, zabezpieczonej elektronicznie, magnetycznie, informatycznie lub w inny szczególnie sposób. W myśl tego przepisu penalizacji podlega zatem uzyskanie dostępu do informacji nieprzeznaczonej dla sprawcy, nieadresowanej do niego, jeśli nastąpiło to między innymi poprzez uzyskanie bez uprawnienia dostępu do całości lub części systemu informatycznego. Warunkiem koniecznym do dokonania przestępstwa jest naruszenie lub ominięcie zabezpieczeń chroniących informacje oraz uzyskanie dostępu do informacji. Warto zauważyć, że przestępstwem z art. 267 § 1 k.k. jest już samo otwarcie zamkniętego pisma niezależnie od tego, czy sprawca zapoznał się z jego treścią, czy jedynie przejął nad nim władztwo. Sprawcy należy więc udowodnić jedynie zamiar uzyskania dostępu do informacji, a nie zaznajomienie się z jej treścią. Ustawodawca penalizuje przecież uzyskanie informacji, a nie zdobycie władztwa nad nośnikiem. Przestępstwo z art. 267 § 1 ma charakter materialny, jest to również przestępstwo umyślne. Ze względu na istotę czynności wykonawczych przestępstwo to możliwe jest do popełnienia wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, trudno bowiem wyobrazić sobie, by sprawca nie miał pełnej świadomości faktu, że uzyskuje informacje dla niego nieprzeznaczone. Zakres penalizacji został również poszerzony o nieuprawnione uzyskanie dostępu do całości lub części systemu informatycznego³⁵. Z kolei art. 267 § 3 k.k. poszerza ochronę

ustanawia podstawy funkcjonowania współpracy sądowej między państwami sygnatariuszami Konwencji.

³⁴ Jak zauważa B. Kunicka-Michalska, bezpośrednim przedmiotem ochrony art. 267 k.k. jest interes, który ma dysponent informacji do zachowania jej w dyskrekcji przed osobami nieuprawnionymi (w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, *Komentarz do artykułów 222–316*, Warszawa 2010, s. 691).

³⁵ W polskim ustawodawstwie nie znajduje się jednak definicji pojęcia „system informatyczny”. Wyjaśnia je natomiast konwencja o zwalczaniu cyberprzestępczości, według której system ten oznacza każde urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych. Podobnie według art. 1 decyzji ramowej 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.Urz. UE z 2005, L 69, s. 67), „system informatyczny” oznacza wszelkie urządzenia lub grupę połączonych lub powiązanych urządzeń, z których jedno lub więcej,

i sankcjonuje działania polegające na nieuprawnionym uzyskaniu informacji z użyciem urządzeń podsłuchowych, wizualnych czy oprogramowania, co ma na celu ochronę prywatności człowieka przed różnymi formami inwigilacji, przy czym aby zrealizować znamiona strony podmiotowej, niezbędne jest bezprawne działanie w celu uzyskania informacji. Trzeba jednak zauważyć, że sprawstwo i winę według kodeksu karnego można przypisać wyłącznie osobie fizycznej. Tym samym z uwagi na specyfikację działania systemu Echelon w zasadzie niemożliwe okazuje się pociągnięcie określonej osoby do odpowiedzialności karnej z tytułu popełnionych czynów zabronionych stypizowanych w wymienionych wyżej przepisach ustawy. Pozostaje wyłącznie do rozważenia możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności aktualnych przedstawicieli państw sygnatariuszy porozumienia UKUSA. Jednak i ta możliwość zdaje się być iluzoryczna. Przytoczone okoliczności prowadzą do wniosku, że również prawo karne nie jest właściwym instrumentem, który mógłby stawić opór przeciwko działaniu systemu Echelon. Założenia polskiego kodeksu karnego nie przystają więc do wciąż zmieniającej się i zaskakującej nas nowymi osiągnięciami techniki rzeczywistości.

Postawa wobec Echelonu skłania do daleko idących refleksji

Wygląda więc na to, że *de lege lata* instrumentarium prawne mogące służyć do obrony przed zagrożeniami wynikającymi z istnienia Echelonu, jakie mają do dyspozycji obywatele polscy, jest żadne. To inspiracja do skądinąd frapującej refleksji nie tylko badawczej. Dobro tajemnicy komunikowania się – chronione przepisami Konstytucji RP i obowiązujących w Polsce innych ustaw przed naruszeniami, które prawie zawsze mają charakter sporadyczny – w ogóle nie może być w Polsce chronione przed naruszeniami globalnymi i totalnymi. W dyskusji o wartości konstytucyjnych gwarancji to chyba znaczący przyczynek o ich możliwej iluzji, nawet nie o połowiczności.

Z perspektywy politycznej Echelon inspiruje do powściągliwej oceny kategorii tak zwanych sojuszy. Otóż, w sferze szpiegostwa przemysłowego nie obowiązują żadne sojusze, szpieguje się i okrada z bezcennych nierzadko informacji także najlepszych przyjaciół. Może kiedyś ci, którzy o tym marzą, doczekają prawa do bezwizowego podróżowania do Stanów Zjednoczonych, prawdopodobieństwo jednak, że Rzeczpospolita zostanie „skreślona” z listy obiektów kontrolowanych przez Echelon jest żadne.

zgodnie z oprogramowaniem, dokonuje automatycznego przetwarzania danych komputerowych, jak również danych przechowywanych, przetwarzanych, odzyskanych lub przekazanych przez nie w celach ich eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania.

Mimo minorowego obrazu sytuacji nie można zwolnić Sejmu, ani polskiego rządu z obowiązku troski o ochronę obywateli, w tym także polskich przedsiębiorców przed zagrożeniami i szkodami, które może im w przyszłości wyrządzić Echelon. Nie do końca bowiem się wydaje, że niemożliwe jest podejmowanie prób także zmian legislacyjnych, chociażby takich, które mogłyby być choćby szczątkowym remedium na zagrożenia związane z Echelonem, np. poprzez umożliwienie oskarżania czy pozywania CIA czy pokrewnych agend przed polskim sądem. Tym, którzy nie bez racji stwierdzą, że takie przedsięwzięcia są skazane na niepowodzenia, przede wszystkim nie mogą być skutecznie egzekwowane, można odpowiedzieć, iż możliwa doniosłość wyroków choćby tylko na terytorium państw należących do Unii Europejskiej mogłaby się okazać sankcją w pewien sposób dolegliwą. A jeśliby nawet owe konsekwencje pominąć, to przecież takie werdykty byłyby również doniosłym publicznie ostrzeżeniem przed działaniami nie tylko Echelonu.

Abstract

Orwell in reality i.e. Echelon system from the view of Polish law

„Freedom and privacy of communication is guaranteed. The restrictions may be imposed only in cases specified in the Act and in the manner specified therein.” This pronounced and clear declaration, being not only a legal guarantee is included in paragraph 49 of Constitution of the Republic of Poland. We look at it from the hindsight, which was created by a system of global invigilation of communication, not only electronic one, called Echelon. It was widely known before Edward Snowden was heard in Hong Kong. Echelon was talked, written about and discussed not only in European Parliament but also at other formal forum. Yet, in our country this phenomenon did not arouse much interest either of lawyers, ministers, senators, government or politicians. There is probably the first attempt of assessing the consequences of Echelon from the view of Polish law. We limit ourselves intentionally to the point which was reachable for everyone before Snowden. We believe that it has a particular meaning: it illustrates that in our country there is a dramatic implementation of the constitutional right to democratic rule of law. It makes us realize where we live and what we can.

Key words: Constitution of the Republic of Poland, privacy of communication, privacy of correspondence, protection of personal rights, Echelon

Tamás Fézer

Dr., Associate Professor of Law at the University of Debrecen, Hungary

Re-Codifying Civil Law in Hungary

Codification of civil law in Hungary was a long and diverse process. Codification ideas got central attention only in the beginning of the 20th century. In 1902 a version of the general part of a future civil code was drafted but never became a binding legal document. The Private Law Draft from 1928 is considered the first complex attempt to regulate all classic areas of civil law in Hungary in one code. Eventually, this draft did not enter into force either, however its draft provisions made a remarkable impact on judicial practice and the continuing codification ideas.¹ The first Hungarian Civil Code was adopted in 1959, in an era that had no significant interest in establishing a modern core of civil law. Still, Act IV of 1959 (hereinafter: Civil Code of 1959 or the old Civil Code) was a relatively modern achievement that could serve the needs of civil society for more than half a century through many amendments. The Civil Code of 1959 regulated classic areas of civil law with a surprisingly modern attitude. Law of persons, property, contracts, obligations and succession all got flexible and clear legal background through the text of the old Code. The reason why the dominance of Soviet ideas did not influence the Code significantly is that civil law was considered a truly professional area and politics did not pay much attention to this. Despite of the modernity of the Civil Code of 1959 some understandable restrictions were obvious in the regulative concept. Most importantly the freedom to establish business associations was completely missing from the adopted Code as the state practiced exclusive dominance over all business activities. Still, protection of personality rights and private property along with a modern approach to freedom of contract were all present in the original text of the old Code and could serve the needs of the Hungarian society for decades, even after the constitutional change of the political regime in 1989. In 1977 a complex

¹ See: K. Szladits, *A magyar magánjog vázolata 1–2*, Budapest 1933.

novel² amended the Code in order to open to the Western ideas of business law and implemented new provisions that guaranteed more freedom to citizens to conduct business activities. After the shift, the old Code was also modified to suit the changed needs of society, mainly to open towards new possibilities in the establishment of business and civil associations. Probably the main reason while the core of the Code could still survive two and a half decades after the shift is that company law was never a part of it. The legislator decided to enact a separate code for company law in 1988³ and the Civil Code incorporated only definitive provisions for companies, while detailed rules were placed in the company code. At very early stages of reorganizing the constitutional regime in Hungary, the requirement for a new and revised Civil Code was communicated from the government and a committee was established in 1989 to work on the theoretical foundation of the future code.⁴ This first initiative was more of a scientific project than a real re-codifying process, so it never led to serious drafting actions. Governmental decree 1050/1998 (April 24th) started the active re-codifying process with an exact assignment given to a Codification Committee and its Editorial Chapter and supplied them with financial support. The re-codifying process got to an end in 2013 when the Parliament adopted Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter: the new Civil Code or the new Code or Civil Code of 2013) that entered into force on March 15th in 2014.

This paper aims to describe basic questions and theories behind the new Code and to demonstrate what circumstances and needs led to the adoption of the new Civil Code. Naturally, the length of the essay does not allow us to give a detailed description of all new legal institutions and conceptual, theoretical changes in the long process of codification, so we focus on real shifts in paradigms and professional and political considerations and influences during the process.

The way toward the new Civil Code

In case of such enormous legal columns as the civil code no codification is short and easy. All governments reigned during the re-codifying process in Hungary were committed to involve academics and practitioners in the work and provide publicity to the debates and drafts along the birth process. After the above-mentioned governmental decree in 1998 effectively marked the

² Act IV of 1977 on the amendment and unified text of the Civil Code of 1959 (entered into force on March 1st 1978).

³ Act VI of 1988 on business associations (1st Company Code of Hungary).

⁴ Members of the committee were Professors Tamás Sárközy, Attila Harmathy and Lajos Vékás.

launch of the project, the Codification Committee established an academic journal dedicated exclusively to articles and papers about the new Civil Code and its theoretical background.⁵ The Committee published the Conception of the New Civil Code in 2002, revealing the structure along with theoretical and conceptual questions of the forthcoming code. The Conception did not contain actual draft texts for future provisions. The Conception dealt with theoretical issues to be resolved in the new Civil Code. It also marked what provisions of the Civil Code of 1959 should be left untouched as the Conception only described those in need for a change. The document, therefore, stipulated primarily the theoretical bases of the reform, its regulatory guidelines, the content limits of the new Civil Code and its structure. A remarkable approach of the Conception was the way it handled the use of foreign models. As the Codification Committee followed this idea along the long way of codification, the Conception did not intend to adopt one foreign model or civil code as a guiding pattern, it rather drew examples of foreign models and ideas liberally. However, the Committee did not deny the obvious connection between the Civil Code of 1959 and its theoretical foundations with the German⁶ and Austrian⁷ Civil Codes. This is why the models of these two countries were specifically examined in the process of working on the Conception. The Dutch Civil Code⁸ seemed the most modern work and the Conception did not deny how important the result of an almost 50 year long Dutch codification process could be for the Hungarian legislator. Still, it acknowledged that *from several points of view (first and foremost in terms of the living conditions to be regulated and the structure of the civil code), this civil code (the Dutch Civil Code) can also serve as a model for Hungarian reform, but it cannot be taken as a regulatory model for the entire codification*.⁹ In addition to the national civil codes, the Hungarian reform also derived from international documents, namely the Vienna Sales Convention, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts¹⁰ and the Principles of European Contract Law¹¹. The Conception also recognized that legislative elements

⁵ Title of the journal was 'Polgári Jogi Kodifikáció' (published 48 issues between 1999 and 2008) for a complete list of contents visit: www.jogiforum.hu/folyoiratok/20/514 [20.06.2014].

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (1896).

⁷ Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1812).

⁸ Burgerlijk Wetboek (BW) (1992).

⁹ L. Vékás, *Conception and the Regulatory Syllabus of the New Civil Code*, Magyar Közlöny 2003, No. 8. P. 6.

¹⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf [10.06.2014].

¹¹ *Principles of European Contract Law*, ed. O. Lando, Kluwer Law International 1999, Vol. 1–2, No. 3.

of the European Union had a direct influence on the reform of civil rights in several areas. Finally, the Conception marked the integration, over the broadest possible range, of private law regulations stipulated in specific laws and the results of four decades of judicial practice. Not long after the release date of the Conception, the Conception and the Regulatory Syllabus of the New Civil Code¹² was published. The Regulatory Syllabus showed some changes in paradigms as those were stated in the Conception¹³, and also added textual drafts to the conceptions. The Regulatory Syllabus stated the first complete draft of the new Civil Code must have been ready by September 30th in 2005. The Committee kept this deadline and handed over the first draft to the Ministry of Justice that made it available on its website early 2006. The first half of 2007 was spent with a complex professional debate over the draft involving universities, courts, public bodies, chamber of commerce and various civil and professional organizations and associations. On August 30th 2007 the Ministry of Justice suddenly decided to implement the recommendations in the draft by itself and dismissed the Codification Committee. The reason for this shift was that the Ministry found the process an endless debate over these recommendations and wanted to keep a short deadline in order to deliver the draft to the Parliament as soon as possible. Legal professionals and academics especially debated over this decision of the Ministry¹⁴ and feared the professional work of the Committee would be of waste in the hands of politicians. The dismissed Committee published its version of the reconsidered draft with detailed reasoning in order to make the public know what recommendations they consider relevant and important to be implemented in the text.¹⁵ The first draft bill of the new Civil Code was ready by May 28th 2008 and the Hungarian Parliament adopted it in September 2009. The Hungarian President at that time, Dr. László Sólyom, a well-respected private

¹² L. Vékás, *Conception and the Regulatory Syllabus of the New Civil Code*, Magyar Közlöny 2003, No. 8, also adopted by the Hungarian Government in the 1003/2003 (January 25th) Governmental Decree.

¹³ The most notable shift in ideas was how the institution of restitution (pain award) and damages for non-pecuniary loss were treated in the two documents. While the Conception aimed to sustain damages for non-pecuniary loss and keep it as a compensatory instrument to provide damages for obvious personal injuries, pain award would have been a pure instrument for protecting all rights relating to personality, independently from the fact whether the plaintiff could verify any loss he suffered as a direct consequence of the infringement. The Regulatory Syllabus gave up the dualist idea and created only pain award, excluding damages for non-pecuniary loss from the system. The latter concept was kept in the final version of the Code.

¹⁴ Idem, *Bírálat és jobbitó észrevételek az új Ptk. kormányjavaslatához*, Magyar Jog 2008, No. 55, p. 65–76.

¹⁵ Idem, *Szakértői javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Budapest 2008.

law professor sent the bill back to the Parliament for reconsideration, exercising his limited veto rights over legislation. The President's main concerns were around the new regulations of legal competency and its limitations and many other legal institutions that did not take into account the decisions of the Codification Committee. The Parliament readopted the bill with almost no modifications and Act CXX of 2009 on the new Civil Code was adopted on November 9th 2009. The Parliament wanted to celebrate the 50th anniversary of the validity of the old Civil Code¹⁶, so according to its intents, the first two books of the new Code (General provisions, Law of Persons) should have entered into force on May 1st 2010. The Constitutional Court annulled the executive bill¹⁷ containing this proposed date.¹⁸ The Constitutional Court found that such a short period of time between the adoption and the effectiveness of these important regulations concerning the law of persons is not enough to provide time for the society and professionals for preparation. The short time lapse was against the predictability and legal order clauses of the Constitution.¹⁹ The year 2010 also marked Parliament elections in Hungary and the new government revoked Act CXX of 2009 and rehabilitated/reestablished the Codification Committee on June 10th.²⁰ New and continuing assignment was given to Professor Lajos Vékás, former and new leader of the Committee to finish their work. The Committee finished the draft of the new Civil Code and handed it over to the government on December 16th 2011. During the Parliamentary debate several amendments were made on the draft that, however, did not affect the structure and conception of the Committee's draft significantly. Legal aspects of civil partnership under family law were the main target area of such modifications. While the Committee wanted to provide civil partnerships under family law an almost equal protection and legal background as marriage enjoys, the Parliament implemented significant restrictions on it in order to support marriage over civil partnerships.²¹ Act V of 2013 on the Civil Code was adopted on February 11th 2013.

¹⁶ Act IV of 1959 was entered into force on May 1st 1960.

¹⁷ Act XV of 2010 on the entry into force and execution of Act CXX of 2009 on the Civil Code.

¹⁸ 51/2010. Constitutional Court Decision (April 28th).

¹⁹ Act XX of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary (Constitution became ineffective on January 1st 2012 as the Fundamental Law – the new Constitution of the country – replaced it.

²⁰ 1129/2010. (June 10th) Governmental Decree.

²¹ If civil partners cannot meet certain conditions (most importantly they do not have a common child) their relationships is only considered an obligation and bears no significance from a family law angle.

Reasons and motivations behind the re-codifying process

Civil Code of 1959 was a remarkably modern legal work that preceded its age and most importantly surpassed the defects of the political regime in which it was originally drafted. After many modifications and the adoption of separate bills to regulate private law matters – most importantly in the area of company law, family law and selected business contracts – the old code looked a bit weary and even judicial practice delivered *contra legem* interpretations of it in order to provide frameworks to modern business needs.

Market economy environment needed a much more flexible and complex code that relies on the complete recognition and protection of private property, free enterprise and the extensive acknowledgement of contractual freedom. These free basic freedoms or fundamental pillars of private law could have been traced in the old code as well, however especially the areas of company law and the law of associations seemed more of a matter of public law in the old Code as mandatory rules governed the types and forms of such associations leaving less freedom to founders and members when drafting the instrument of constitution.

Regarding the pillar of contractual freedom, the new Code had to take into account that any restrictions on this freedom can only be justified when it is indispensably necessary, mainly when a weaker party (e.g. a consumer) is present in the contractual relationship or limitations are justified by ethical considerations. On the other hand the old Code was originally created to serve civil contracts rather than business contracts, as private business law was almost non-existent during the Soviet regime. After the political shift amendments on the old Code tried to satisfy the two otherwise very different interests and needs creating mostly unified rules for the same type of contract. The new Civil Code has a certain business character and it aims to provide flexible background provisions for business contracts. It also has a strong consumer protection sense integrated among the general rules of contracts in order to handle situations differently in cases when one contractual party is acting outside his or her professional needs and procedure and therefore he/she is considered a consumer.

As the three freedoms or pillars of modern private law (protection of private property, free enterprise, contractual freedom) were the guiding lines for the Codification Committee members, the vast majority of norms in the new Code are dispositive and only very few cogent rules can be traced among its text. It mainly contains model rules to fill the gaps in the relationship of the parties on one hand, while on the other hand parties can easily overwrite

these rules in most cases to form the legal relationship between them to their personalized needs. The dispositive regulatory method was already obvious regarding the law of obligations and contracts but seemed more of an exception in the area of company law and the law of private associations. Even if the former company code²² had many dispositive rules for general partnerships, limited partnerships and the limited liability company, derogation was only available if the company code gave specific license to the parties. The closed circle of associations did not only mean the types of such associations are determined by the law but it also prescribed their internal structure and operation with cogent norms. The new Civil Code however gave up on this strict and cogent regulatory idea and implemented a very liberal, mainly dispositive approach. Some rules are still cogent but only if ethics or the protection of weaker parties require so. We will discuss what difficulties this completely dispositive regulatory method may result especially in the field of company law later. On the other hand it must be emphasized that providing such freedom to citizens and legal entities also mark very clear boundaries for the sovereign as well. While reducing any exceptional restraints as much as possible on the autonomous actions of private individuals, the cases of state or judicial intervention are also clearly determined in the new Civil Code.

Structure of the new Code

The Civil Code of 1959 had six chapters: general provisions, persons, property, contracts (obligations), law of succession, closing provisions. The old Code consisted of 689 Sections. Company law and family law²³ were traditionally separately regulated in two different bills in Hungary before the validity of the new Code. Even if these areas of private law were regulated in separate legislative sources, both referred to the old Civil Code as many legal institutions could have been interpreted only under the Code's provisions (e.g. preemptive rights, statutes of limitation, etc.). This is why in the re-codifying process the codex-like nature of the new Civil Code was a desired goal.

In the environment of modern market economy only adequately abstracted and systemized norms can fulfill the needs of society. Therefore the new Code must coherently systemize norms and create uniform terminology for most private law institutions. Even if some private law rules remained outside the new Civil Code²⁴, the new Code, to the greatest degree possible, provided

²² Act VI of 2006 on Business Associations (3rd Company Code of Hungary).

²³ Act IV of 1952 on Family Law.

²⁴ See for example Act CLXXVI of 2013 on transformation, merger and separation of legal persons.

unified terminology and institutional background to all areas of civil law. It was a decision to make on what areas should be integrated in the new Code and which columns of private law will remain in separate legal sources. Family law and company law got full recognition as vital elements of private law issues and therefore these fields are integrated in the new Code. On the other hand, the law of intellectual property seemed too diverse containing many procedural and public law rules and this is why copyright law, patent law, industrial property law and trademarks could not be integrated in the new Code. As providing full autonomy to persons through mainly dispositive rules determined and governed the codification process, such absolute rights as it is the case with IP law would have stretched the coherent regulatory framework of the Civil Code. Various IP law instruments are still regulated in different and separate legal sources.²⁵

The new Civil Code was built on the monist principle as it embraces private law relations of both private persons and professional actors on the business market. Trade rules and civil rules are both integrated in the Code and can be used to fulfill the needs of two very different worlds. As a consequence of the monist principle, general rules of contracts were framed so that they are able to organize the relations of every legal entity and there was no need for special norms. As for special rules for each type of contract the assertion of the monist principle had to be ensured. In the first place, the types of contracts in the business world (mainly consignment, carriage, forwarding, agency) were modeled to this level of expectations. In case of contract types playing an important role in both worlds (business and private relations), the level of requirements of professional business life seem to get more significance (sales, leasing, professional services). Those types of contracts that function almost exclusively in the relations of private persons (maintenance agreements, donations and gifts, lending agreements) are relatively few in number, so the business oriented regulatory approach and the monist concept seemed easier in order to avoid repetitions of many general rules that are applicable in both worlds.

As a result of this monist concept, the long debated detached nature of company law could not have been maintained. The Codification Committee acknowledged that the integration of company law, a relatively dynamic and fast changing area of private law might cause some anomalies requiring more frequent future amendments of the Code than desired, these disadvantages are still surpassed by the advantages of having a uniform Code on all impor-

²⁵ Act XXXIII of 1995 on Patents, Act XXXVIII of 1991 on Industrial Patterns, Act XI of 1997 on Trademarks.

tant private law relations.²⁶ Integration of family law did not generate such debates as its pure and less complex institutions between private persons were always considered to be a part of classic civil law.

The new Civil Code followed a book-like structure, like its Dutch equivalent. It contains eight books and 1596 Sections, around 4000 norms. Book one contains introductory provisions defining the scope of the Code and its general principles (good faith and fair dealing, reasonable conduct, prohibition of abuse of rights). Book two bears the title 'Man as a subject at law'. This book is considered to be the first part of the law of persons as book three deals with legal persons. Book two contains rules of legal capacity, legal competency and rights relating to personality protection. It also serves as a link between the Code and various IP law acts with declaring that the Civil Code shall apply to matters falling within its scope, which are not governed by the legislation on copyright and industrial property rights.²⁷ Book three on legal persons is a giant part of the codex with its 406 paragraphs. Beyond the general rules relating to legal persons book three provide detailed regulations on civil associations, business associations (general partnerships, limited partnerships, limited liability companies and shareholders companies), cooperative societies, economic interest groupings and foundations. This book only rescued purely private law norms from the formerly separate acts on business associations and cooperative societies leaving the more procedural, technical and accounting norms for separate legislation. Some state that this regulatory method actually made it more difficult to identify the rules of business associations and cooperative societies as instead of having a unified act on these matters, new rules shall be looked for in various legal sources beyond the Civil Code.²⁸ Book four contains the rules of family law, declaring principles, regulating the institution of marriage, legal aspects of civil partnerships under family law, kinship and guardianship. Book five contains the rights in rem. This is a book in which norms were adopted mostly from the old Code without conceptual modifications and changes. The Codification Committee did not feel the need to change the governing conception on property law and did not extend ownership to rights.²⁹ Rights in rem are only applicable to 'things' instead of rights and debts. Norms on possession, ownership rights,

²⁶ L. Vékás, *Conception and the Regulatory Syllabus of the New Civil Code*, Magyar Közlöny 2003, No. 8, p. 8.

²⁷ Civil Code of 2013 Section 2:55.

²⁸ T. Sárközy, *Szervezetek státusjoga az új Ptk.-ban – Társasági, egyesülési és alapítványi jog a Ptk. Harmadik Könyve alapján*, Budapest 2013, p. 12.

²⁹ A. Menyhárd, *Észrevételek és javaslatok az új Polgári Törvénykönyv dologi jogi koncepciójának kiegyesítéséhez*, Polgári Jogi Kodifikáció 2002, No. 5–6, p. 7–30.

limited rights in rem (liens, mortgages, rights of use, servitude) and basic provisions about the operation and function of the real estate register can be found in this book. Book six is by far the longest part of the Code. Law of obligations embraces various areas of private law obligations: common provisions relating to obligations, general provisions on contracts, contract types, delictual (non-contractual) liability for damages, securities and other facts establishing obligations (u just enrichment, negotiorum gestio, implicit conduct, offering rewards, public commitments). Book seven contains the rules of law of succession. Succession by will became the first and most important core of law of succession and reflects the undeniable intention of the Codification Committee to provide full autonomy to persons to freely dispose of their property. Intestate succession is just a core of rules to be applied only if the testator died without leaving a valid testamentary disposition or the testamentary disposition did not cover all his or her property. Compulsory share of inheritance is still maintained in the Hungarian system, granting one third of what the closest relatives would be entitled in case of intestate succession.³⁰ Book eight has some closing provisions, mainly interpretative rules, transitional provisions and references on compliance with the legislation of the European Union.

Shifts of paradigms – selected novelties of the new Code

The new Civil Code introduced new or modified rules and legal institutions in approximately 30% of its provisions, while another 30% of the rules are considered as implementation of the achievements of judicial practice (directions, court opinions, individual decisions). Around 40% of the provisions are either identical in words or at least in content with the provisions of the old Code and its separate acts. Significant changes however may be identified in several areas of private law. Here, we would like to draw attention to four major novelties of the new Code that are not only new legal institutions but real shifts in paradigms comparing to the old concept of private law as of the Civil Code of 1959. This selection seems to be a very subjective one and other authors might emphasize different novelties of the Code. Apart from the generally business driven character and regulatory method, we still believe these four novelties mark real conceptual changes in Hungarian civil law and would most likely require a changed attitude in judicial practice as well.

³⁰ The exact amount of this share was established in the Parliamentary debate phase of codification against the original suggestion of the Codification Committee (the Committee recommended to maintain the old theory of half share).

Legal competency

Legal competency of a private person is a crucial issue of civil law as it marks how actively one may decide in his or her everyday activities and how contractual capacity gets unlimited freedom. For decades Hungarian civil law distinguishes three categories of legal competency: full legal competency, limited capacity and legal incompetency. Legal incompetency and limited capacity might have been a result of two possible factors: age of the person (minors under 14 years of age were legally incompetent, while minors between 14-18 years of age were considered persons with limited capacity) and the court could have placed him or her under conservatorship or guardianship. This latter right of the courts allowed them to either limit or exclude legal competency of a person even if he had the proper age in order to gain full legal competency. Reasons for such intervention would have been mental problems, emotional instability or even addictions. Courts had to decide whether these above mentioned disorders are partially limits the ability of the person for conducting his affairs (limited capacity) or completely, fully and permanently limits this ability (incompetency). This solution in the old Code got many criticisms. Putting someone under guardianship and totally limiting his legal competency, declaring him incompetent was a very powerful instrument in the hand of judges, even if they barely lived with it. The new Civil Code seized this power from courts and can only allow them to put a person under guardianship or conservatorship while either partially or fully limiting but not excluding his/her legal competency completely. Incompetency is no longer an option for courts if the person is over 18 years. It might not seem a dramatic change but a change in terminology, however both types of competency limitations are *ultima ratio* instruments and courts must evaluate whether other instruments would serve the interests of the person better without limiting his competency. These other instruments may be partial limitations on full legal competency only in selected cases and activities as the new Code allows judges to put somebody under guardianship only in selected cases rather than in all cases with general scope. Another instrument to completely avoid any limitations on one's legal competency is advocated decision-making without prejudice to legal competency. Where a person of legal age is in need of assistance due to the partial loss of his or her discretionary ability in certain matters, the guardian authority shall appoint an advocate upon his or her request with a view to avoiding conservatorship invoking limited legal capacity. If in an action for the placement of a person under conservatorship or guardianship the court considers that there is no justification to limit that person's legal competency even partially, yet he/she

is in need of assistance due to the partial loss of his/her discretionary ability in certain matters, the court shall dismiss the action for placement under conservatorship or guardianship, and shall deliver its decision to the guardian authority. The advocate is appointed by the guardian authority based on the court ruling, in agreement with the person affected.³¹ This advocated decision-making is a giant step toward widening the scope of freedom even in the area of law of persons, comparing to the old Code. Not only courts cannot seize somebody from his/her legal competency for all cases in general, there is also a codified legal institution (advocated decision-making) in order to avoid such intervention in somebody's freedom in acting. Moreover, everybody of legal age with legal competency are entitled to make a prior legal statement executed in an authentic instrument or in a private document countersigned by an attorney, or before the guardian authority in persons, with a view to partially or fully limiting his/her legal competency for future considerations. In such prior statement the person may designate one or more persons of his/her liking as a conservator, may exclude persons from the list of potential conservators or may instruct the conservator as regards the way to proceed in his/her specific personal and financial affairs.³² These provisions and new rules project a very different and changed attitude of the legislator in the whole legal competency problem. We feel the new Code went to the wall, granting maximum freedom to those who wish to make prior statements for future disorders, while providing more flexibility for judges and the potential to individualize every single competency case. One last remarkable novelty on this question is that the new Code orders mandatory review of placement under guardianship or conservatorship, so there is no permanent mental disorder that could justify any permanent limitation on one's legal competency by the court.³³ While these changes are independent from the cobweb-like concept of market economy that was a huge motivator of codification, they still fit to the general purpose of the Code to open all windows possible for completing individual freedom both in private and business relations.

Sanctions for violation of personality rights

Personality rights were always problematic subjects to protect with private law instruments. Most civil codes have a constant attempt to restore origi-

³¹ Civil Code of 2013 Section 2:38.

³² Civil Code of 2013 Sections 2:39-2:41.

³³ Frequency of the mandatory review depends on whether court originally partially (every 5 years) or fully limited (every 10 years) someone's legal competency. *see* Civil Code of 2013 Section 2:29.

nal conditions in case of an infringement and make the injured party whole again. Rights related to personality significantly differ from monetary interests. In the latter case, the damaged goods all have monetary value and it can be calculated in a relatively easy and objective way. On the other hand, rights related to personality do not even have a commonly accepted definition or an exhaustive list. These interests are highly regarded by civil law without acknowledging that these rights may bear any monetary value. In case of infringement of personality rights, civil law can only use its classic restorative institutions that mainly cause monetary loss to the wrongdoer, the tortfeasor. Liability for damages exists in this field as well. The old Code defined two types of losses: monetary losses and non-pecuniary losses. The latter was equivalent to inner harms as results of any infringement against rights relating to personality. Damages for non-pecuniary loss was a very chaotic legal institution in Hungarian law for more than a century. While the beginning of the 20th century applied damages for such infringements against rights relating to personality, the Soviet ideology of civil law prohibited the 'sellout of one's personality'.³⁴ Only the novel in 1977 that amended the old Civil Code re-established the possibility to award damages³⁵ for non-pecuniary loss with very strict limitations on potential cases (only serious and permanent harms were eligible for damages, limiting judicial practice to virtually only physical harms, personal injuries, while other rights relating to personality got no protection through the institution of damages for non-pecuniary loss).³⁶ After the political shift, the Hungarian Constitutional Court annulled the provisions on damages for non-pecuniary loss of the old Civil Code³⁷ marking the path of a European style, modern personality protection under private law. Judges however could not let the old habits die easily, so the ghost-like survive of the old and harm-oriented damages concept was sustained for almost a decade. In the wake of the 21st century, society needed a much more open attitude in personality protection as technological development made infringements against rights relating to personality more frequent and easy. These infringements mostly constituted non-personal injuries, such as harms in human dignity, reputation, image, data protection, etc. In case of such personality rights it is almost impossible to verify that the injured party suffered tangible, manifested harms obvious to others. As the legal institution of damages for non-pecuniary loss was still part of delictual liability law and therefore it required some verification of the loss or harm suffered, many cla-

³⁴ T. Fézer, *A nem vagyoni (erkölcsi) sérelmek megítélése a polgári jogban*, Budapest 2011, p. 58.

³⁵ Civil Code of 1959 Section 354.

³⁶ T. Ács, *A nem vagyoni kártérítés*, Budapest 2003, p. 273.

³⁷ 34/1992 Constitutional Court Decision (June 26th).

ims were dismissed on the grounds of no evidence for obvious harms. Courts slowly moved towards a somewhat *contra legem* practice when they implemented an otherwise procedural institution in their judgments, notoriety facts. They found that in many cases of infringements against rights relating to personality, there is no need to show evidence of some harms, since suffering inner harms as a consequence of such incidents is evident and notoriety.³⁸ Still, courts maintained the right to use the old concept of damages and make the plaintiffs provide evidence to their loss or harm if they felt that the use of the notoriety concept would be too liberal or the claim was insignificant based on possibly petty harms. The new Civil Code came up with a brand new idea on compensating non-pecuniary losses. Restitution or the more talkative name for the new institution ‘pain award’ was introduced to the Hungarian legal system, dismissing the old institution of damages for non-pecuniary loss. Any person whose rights relating to personality had been violated shall be entitled to restitution for any non-material violation suffered. As regards the conditions for the obligation of payment of pain award (restitution) – such as the definition of the person liable for the restitution payable and the cases of exemptions – the rules on liability for damages shall apply, with the proviso that apart from the fact of the infringement no other harm has to be verified for entitlement of pain award. The court shall determine the amount of restitution in one sum, taking into account the gravity of the infringement, whether it was committed in one or more occasions, the degree of responsibility, the impact of the infringement upon the aggrieved party and his environment.³⁹ Pain award is a real change in paradigm. It does not request the verification of any harms suffered by the injured party, and solely relies on the fact of the infringement hurting rights relating to personality. Theoretically and with using grammatical interpretation methods, if conditions of liability are proved (unlawful act, accountability, causation) there is no way the wrongdoer could exempt him or herself with referring to the insignificant or petty nature of the possible harm the aggrieved party might have suffered. Although this solution seems very similar to the notoriety concept developed by judicial practice under the validity of the old Civil Code, it goes a lot further than that. Pain award does not leave the option for selecting among claims on the grounds of how evident or significant the inner harm might be. As the new Code only entered into force on March 15th 2014 there is no judicial practice exist relating to the new institution of pain award. It is difficult to project how judges will use the new norms in cases of

³⁸ BH 2002/186., BDT 2005/1088.

³⁹ Civil Code of 2013 Sec. 2:52.

personality rights protection, however we still try to provide some possible ways of interpretation, even if it sounds a bit of spellbinding.

One possible solution is to take the grammatical interpretation and award restitution in all cases when the unlawful nature of the infringement is proved and other conditions of liability – except, of course, the verification of any loss suffered – are met. However, judges may grant insignificant amounts as restitution if they feel the presumed inner harm is insignificant and the claim is not properly based. These amounts will most likely remain far under the costs of litigation, teaching society that ill-founded litigation is not rewarding.

Another possible interpretation would be similar to the Dutch ‘seriousness requirement’ clause.⁴⁰ Judges may interpret the provisions the way the aggrieved party cannot be ordered to prove his/her harm, however judges have a right to search for it. As the purpose of restitution (pain award) is not clear (is it purely compensation for some presumed or real harm suffered, or does it have some punitive character), judges may try to retain as much as possible from the practice of damages for non-pecuniary loss, and dismiss all claims they consider insignificant or malicious litigation. Functional questions are plentiful in case of the new pain award institution. While the norm does not say anything about it, moreover emphasize the compensational character of restitution (restitution for any non-material violation suffered), the ministerial comments and reasoning attached to the new Civil Code clearly speaks about ‘civil law punishment’. We do not favor this interpretation, even if the ‘apart from the fact of the infringement no other harm has to be verified for entitlement to restitution’ text may seem a bit more focused on the perpetrator, as civil law, especially in Hungary never had an intention to introduce punitive elements and conquest territories from penal law.

Dispositive rules as the main principle in the book of legal persons

We already mentioned that granting the greatest freedom possible to private persons and legal individuals in their legal affairs was a flagship principle in the long process of drafting the new Civil Code. While the old Civil Code and other acts on various legal persons always followed the regulatory method of cogent rules in order to ensure the predictability and safety of commercial relations, the new Civil Code clearly gave up on this solution. In book three on legal persons, the new Code states: ‘as regards relations between members

⁴⁰ T. Fézer, *op. cit.*, p. 130.

and founders, and between them and the legal person, and as regards the organizational structure and operational arrangements of the legal person, in the instrument of constitution the members and founders may derogate from the provisions of this Act relating to legal persons'.⁴¹ This is a very open clause in the Code as the listed relations may cover all potential subjects of civil law regulations, so theoretically and with the sole interpretation and application of this Subsection of the Code, no rules in book three are cogent, mandatory, every single one of them is just a model rule available for derogation. Luckily, the next Subsection establishes some limitations on this freedom: 'members and founders [...] may not derogate from the provisions of this Act, if it is precluded by this Act; or were any derogation clearly violates the rights and interests of the legal person's creditors, employees and minority members, or it is likely to prevent the exercise of effective supervision over legal persons'.⁴² The first limitation on derogation is clear and easily predicted. If the Code states that any clause of the instrument of constitution to the contrary of a rule shall be null and void, derogation is not available for members and founders of the legal person. The second limitation however is more uncertain and makes us ask a question: who should decide on this. In the registration process at the establishment stage the company registration court seems to be the competent authority. We still think it is very unlikely that the registration court that works under very strict and short time limits can individually review the instrument of constitution whether any derogation from the model rules in the Code are not clearly hurting the interest of creditors, minority members and employees. Most legal persons do not even have employees and creditors at that time, so the monitoring would be highly hypothetical. Another question is whether the imperative or dispositive nature of a rule in the Code is permanent and applicable to all legal persons or a matter of individual consideration for the particular legal person under monitor. It seems that courts may make a list about the rules in book three and categorize them in two boxes: rules that would clearly hurt the interest of creditors, employees and minority members, and rules that have no significance in that respect, so these are dispositive. There are already several articles debating on the dispositive or imperative nature of rules in the new Code.⁴³ A common point in these articles is that these rules project some long years of unpredictability in the judicial practice of law of legal persons. We clearly must wait for a more detailed judicial practice to truly understand where the boundaries of this freedom can be marked.

⁴¹ Civil Code of 2013 Section 3:4, Subsection (2).

⁴² Civil Code of 2013 Section 3:4, Subsection (3).

⁴³ G. Gadó, *Közens-e a diszpozitív*, *Céghírnök* 2013, No. 9, p. 3–5.

Liability for loss caused by non-performance

The Civil Code of 1959 did not constitute separate liability regime for contractual liability in case of non-performance. Delictual and contractual liability both shared the same principles, with very few specialties relating to contractual liability.⁴⁴ Liability was regulated in details in the delictual liability chapter of the old Code, and the linking provisions in contract law connected the two liability systems together. Liability in its principle form requires fault, so accountability of the wrongdoer is a crucial element for establishing it. The torfeasor was relieved of liability if able to prove that his conduct was not actionable, so he acted the way as it was expected of or by a person, or in a particular situation.

The new Civil Code separated the two liability regimes and created strict liability in case of liability for any loss caused by non-performance of a contract. The new Code imposes more stringent rules under which a non-performing party can be excused from liability comparing to what delictual liability norms presume. The only way for a party's non-performance to be excused if it proves that the damage occurred in consequence of unforeseen circumstances beyond his control, and there had been no reasonable cause to take action for preventing or mitigating the damage.⁴⁵ The new Civil Code also introduced, in principle to limit full compensation of lost profits and other losses, the concept of reasonable foreseeability: liability shall not exceed the measure of loss that the non-performing party foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as a likely result of its non-performance based on the facts and circumstances attending the conclusion of the contract (*foreseeability clause*).⁴⁶

The new Civil Code does not attach liability for non-performance to the culpability of the non-performing party. Accordingly, the non-performing party will not be excused under the pretext of having taken all measures that could be reasonably expected to prevent non-performance. The only way for a party's non-performance to be excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract. The same concept applies when performance is entrusted to another person. The non-performing party is not be liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party contributed to the non-performance or its effects.

⁴⁴ Civil Code of 1959 Section 318.

⁴⁵ Civil Code of 2013 Section 6:142.

⁴⁶ Civil Code of 2013 Section 6:143.

The new Code – in line with international commercial standards – established strict liability in case of non-performance of a contract with the implementation of the foreseeability rule that is a brand new terminology in Hungarian civil law. The main reason for this change of concept is that in commercial dealings, and particularly in trading, the sanctions on non-performance of voluntary contractual obligations are usually be detached from the efforts made by the non-performing party. The aggrieved party should be able to recover its losses even if the non-performing party has taken all measures that could reasonably be expected to prevent non-performance, simply because its legitimate expectations were bankrupted on account of such non-performance. Moreover, the sanctions included in consequence of non-performance of commercial (business) contracts are aimed, first and foremost, at distributing risks and not at repressing the faulty conduct of an individual. While the rules of conventional liability are designed to address the errors made by men as private individuals (culpability), this kind of approach in commercial (business) contracts is meaningless. It is difficult, and frequently impossible to determine whether there is any negligence involved (especially from the standpoint of outsiders, like a contracting party or the court) mostly because the actions that take place and which ultimately contribute to the non-performance of commercial contracts are impersonal. The Vienna Convention on the International Sale of Goods contains objective requirements regarding the excuse of a non-performing party in its Article 79. In essence, the Principles of European Contract Law also contain similar rules for excuse.⁴⁷

It should be pointed out that since the 1970s this same trend of stringency has also been followed in the Hungarian judicial system, recognizing the “lack of accountability” in the contractual relations of economic organizations only if the non-performing party is able to prove that it is due to an impediment beyond its control.⁴⁸ The new liability rule is therefore intended to preserve the current judicial practice.

At the same time, let us not overlook the fact that these rules of liability pertain not only to breaches of commercial contracts, but also to other forms (e.g., medical treatment) of agreements. In these subjects, the principle of accountability, as the gauge of excuse, should be retained, so the legislator had to implement new statutes in various acts in order to maintain the delictual liability rules will be applicable in such contractual relations.

⁴⁷ United Nations Convention on the International Sale of Goods (1980 Vienna) Art. 8.108.

⁴⁸ Gf. II. 30 137/1980: BH 1981/330; Gf. V. 30 605/1981: BH 1982/524.

This proposal is a fine example of integrating common international commercial standards in the new Civil Code. While the new provisions somewhat truly follow the achievements of judicial practice in the past 20 years, some brand new attitudes shall be introduced at the same time. The more stringent liability regime for breach of a contract required the separate handling of gratuitous contracts, where the new Code maintained the accountability principle instead of the new, more commercially driven liability rules.⁴⁹ Also, the interpretation of foreseeability first as part of the exemption regime, second as a limitation on full compensation will require a new line of judicial decisions as foreseeability almost only got application in Hungarian court cases under the scope of the Vienna Convention that is clearly designed to serve the needs of the big business.

Closing remarks

The new Hungarian Civil Code is only valid for a few months and therefore it is difficult to evaluate its reception in society and business. There is no doubt the country needed a revised core of private law as apart from the merits of the old Civil Code and its attached acts, social, technological and business development stepped over on some of its old paradigms and concepts. The re-codifying process was mainly in the hand of well-respected academics and therefore the Code uses very sophisticated legal language leaving almost no chance for misinterpretation. On the other hand, the new Civil Code is so flexible in terms of the tons of dispositive norms even in surprisingly conservative areas (e.g. law of legal persons) that rely on judicial interpretation more than even before. Reception of the new Civil Code is very favorable in academic circles and both its birth process and the actual act shook civil jurisprudence provoking scientific debates on many of its new or newly drafted legal institutions. The original goal to create a modern and flexible code that is able to serve business and private life at the same time is fulfilled in our opinion. Slight modifications and the adoption of other executive acts and ordinances will most likely happen in the upcoming few months as codification is not over yet. A Civil Code governs so many important areas of law that it undeniably makes a significant impact on almost all areas of law requiring conformity and coherency. We believe that Professor Lajos Vékás, leader of the Codification Committee and his fellow drafters created a true codex that understands the needs of modern life situations. Our closing remark is that we see the melt of the dividing line between common law and

⁴⁹ Civil Code of 2013 Section 6:147.

civil law systems these days, granting more power and freedom of creative interpretation to judges than ever before, while getting to the very same or at least similar conclusions in typical legal debates. The new Hungarian Civil Code is a fine example of this, with its flexible, relatively open norms and the careful implementation of international standards and solutions.

Streszczenie

Rekodyfikacja prawa cywilnego na Węgrzech

Pierwszy węgierski Kodeks cywilny został przyjęty w 1959 roku, w czasach, w których niespecjalnie interesowano się ustanowieniem współczesnego trzonu prawa cywilnego. Tak czy inaczej, Ustawa IV z roku 1959 była względnie nowoczesnym osiągnięciem, które za sprawą wielokrotnych poprawek służyło potrzebom społeczeństwa obywatelskiego przez ponad pół wieku. Na wczesnym etapie reorganizacji reżimu konstytucyjnego na Węgrzech po transformacji w 1989 roku rząd zakomunikował potrzebę ustanowienia nowego, zrewidowanego Kodeksu cywilnego. W 1989 roku powołano także specjalną komisję, która miała opracować podstawy teoretyczne przyszłego kodeksu. Niniejsza praca ma na celu opisanie podstawowych kwestii i teorii leżących u podłoża nowego kodeksu, a także przedstawienie okoliczności i potrzeb, które doprowadziły do przyjęcia nowego Kodeksu cywilnego na Węgrzech, czyli Ustawy V z 2013 roku. W poniższym tekście przedstawiono pewne ważne zmiany w zakresie koncepcji regulacyjnej Kodeksu cywilnego, podkreślając kilka teoretycznych i doktrynalnych nowości w dziedzinie prawa prywatnego, a szczególnie w zakresie prawa osób oraz odpowiedzialności za szkodę wynikłą z naruszenia zobowiązań wynikających z zawartej umowy.

Słowa kluczowe: węgierski Kodeks cywilny, kodyfikacja, prawo osób, prawo handlowe, odpowiedzialność cywilna

Anna Konert
adiunkt, Uczelnia Łazarskiego

Odpowiedzialność cywilna biur podróży w USA w świetle orzecznictwa

Branża turystyczna w Stanach Zjednoczonych wspiera 7,5 miliona amerykańskich miejsc pracy i stanowi 7 procent całego eksportu USA. Jeden na osiemnastu Amerykanów pracuje, bezpośrednio lub pośrednio, w branży związanej z turystyką¹. 4 marca 2010 r. prezydent Obama podpisał ustawę o promocji podróży z 2009 r. (Travel Promotion Act – TPA)², na mocy której stworzono partnerstwo publiczno-prywatne (tzw. Corporation for Travel Promotion). Jego zadaniem jest promowanie turystyki w Stanach Zjednoczonych. Na finansowanie działalności partnerstwa ustawa przewiduje opłatę w wysokości 10 dolarów za korzystanie z elektronicznego systemu zezwolenia na podróż (Electronic System for Travel Authorization – ESTA). Środkiem realizacji rozwoju turystyki stają się biura podróży, które ułatwiają podróżowanie, organizują wycieczki, wyjazdy na imprezy sportowe, kulturalne, sprzedają bilety komunikacyjne, dokonują rezerwacji środków transportu oraz miejsc hotelowych³.

W 1931 r. założono Amerykańskie Stowarzyszenie Biur Podróży (American Society of Travel Agents – ASTA), z siedzibą w Nowym Jorku. Stowarzyszenie to, zrzeszające ponad 25 tys. członków ze 130 krajów, ma na celu ochronę i promocję wzajemnych interesów członków, działanie zgodnie z kodeksem etycznym, stymulowanie popytu na usługi turystyczne oraz promowanie korzystania z usług członków ASTA⁴. W wielu stanach USA biuro podróży (*travel agent*) należy do kategorii sprzedawców usług turystycznych

¹ www.selectusa.commerce.gov/industry-snapshots/travel-tourism-and-hospitality-industry-united-states [07.01.2014].

² Pub.L. 111–145, Sec. 9.

³ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne*, Warszawa 2012, s. 16.

⁴ *Ibidem*, s. 18–19.

(*sellers of travel*)⁵. Przykładowo § 17550.1 kodeksu zawodowego i biznesowego Kalifornii (California Business and Professions Code⁶) stanowi, że sprzedawca usług turystycznych” oznacza osobę, która sprzedaje, dostarcza, kontraktuje, organizuje lub reklamuje ofertę świadczenia usług turystycznych na większą skalę lub dla pojedynczych odbiorców. Do tych usług turystycznych zalicza się transport powietrzny lub morski, zarówno świadczony we własnym zakresie, jak i przy współpracy z innymi biurami podróży oraz transport lądowy lub statkiem innym niż morski, świadczony zarówno we własnym zakresie, jak i przy współpracy z innymi biurami podróży, jeżeli całkowita opłata za jednego pasażera przekracza 300 dolarów.

Agenci biur podróży dostarczają informacje oraz służą pomocą w organizacji podróży. Agent podróży na przykład koordynuje lot, dokonuje rezerwacji hotelu, wynajmu samochodu oraz organizuje wycieczki objazdowe. Agenci biur podróży służą radą oraz odpowiadają na pytania, które dotyczą pogody, walut i kursów ich wymiany, wymaganych dokumentów podczas podróży oraz lokalnych zwyczajów. Większość stanów nie wymaga uzyskania od biur podróży licencji. W niektórych stanach, np. w Kalifornii i na Florydzie, biura podróży muszą się zarejestrować w odpowiedniej agencji państwowej⁷.

Jak słusznie zauważa M. Nesterowicz, odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną turystom jest w USA złożona, z uwagi na wielość podmiotów świadczących usługi turystom, a należą do nich: organizatorzy wycieczek (*tour operators, wholesalers*), agencje podróży (*retail travel agents*) oraz usługodawcy (*suppliers*)⁸. Odpowiedzialność biura podróży opiera się na dwóch podstawach prawnych: umowie (odpowiedzialność wynika z domniemanej gwarancji za świadczone usługi) oraz czynnie niedozwolonym (*tort*)⁹. Aby pociągnąć biuro podróży do odpowiedzialności za szkodę, poszkodowany musi udowodnić zaistnienie następujących przesłanek:

- istnienie obowiązku pozwanego wobec powoda (*existence of a duty*),
- naruszenie tego obowiązku (*breach of that duty*) – pokazując, że biuro podróży nie działało „rozsądnie”, że nie dochowało należytej staranności (*reasonable degree of care/ordinary care*),

⁵ Do grupy *sellers of travel* należy także wiele innych podmiotów (*tour operators, consolidators, wholesalers, telemarketers, travel clubs, informal travel promoters, pseudo-travel agents, Internet websites, and companies offering unsolicited e-mail postings*). Zob. też: P. Cameron, *Travel Agents: Their Role and Liability*, ABA GP Solo 2013, Vol. 30, No. 3.

⁶ CAL. BPC. CODE § 17550.1: California Code, Section 17550.1.

⁷ P.C. Wohlmuth, *Liability of Travel Agents: A Study in the Selection of Appropriate Legal Principles*, 40 Temp. L.Q. 29 (1966–1967).

⁸ M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 105–107.

⁹ *Ibidem*, s. 119.

– związek pomiędzy naruszeniem obowiązku a szkodą (*proximate cause*)¹⁰
 – zachowanie/działalność biura musi być znaczącym czynnikiem w powstaniu szkody. Jeżeli pozwany może wykazać, że szkody nie były możliwe do przewidzenia (*foreseeable*) lub że nie istniała tzw. zastępcza przyczyna szkody (*superseding cause*), nie będzie ponosił odpowiedzialności.

Agenci biur podróży podlegają zwykle wysokim standardom zawodowym a „stopień staranności, stawiany przez sądy, jest bardzo wysoki ze względu na specjalną wiedzę biura podróży i jego status profesjonalisty w dziedzinie turystyki”¹¹, w konsekwencji czego mają oni szczególne obowiązki wobec klientów¹². Do takich obowiązków należy na przykład obowiązek dokonywania rezerwacji wymaganych przez klienta. Agent jest odpowiedzialny za dokonywanie prawidłowych rezerwacji, które są zgodne z oczekiwaniami klientów. Jeżeli dokona błędnej rezerwacji lub powstałe opóźnienie spowoduje zwiększenie kosztów, będzie odpowiedzialny za powstałą szkodę. Ponadto agent ma obowiązek potwierdzania rezerwacji. Jeżeli dokona on rezerwacji poprzez dostawcę usług turystycznych lub operatora turystycznego, musi potwierdzić taką rezerwację oraz powiadomić klienta o wszelkich zmianach trasy. W sprawie *Bucholtz v. Sirotkin Travel*¹³, w której biuro podróży zostało zobowiązane do zarezerwowania biletów lotniczych i hoteli dla klienta, jednak nie dokonało potwierdzenia rezerwacji hotelu, sąd stwierdził, że wspomniane zaniedbanie biura podróży stanowiło niedopełnienie obowiązków wynikających z pełnionej roli przedstawiciela klienta. Podobnie w sprawie *Barton v. Wonderful World of Travel*¹⁴ sąd ustalił, że biuro podróży ma wobec klienta obowiązek przykładania należytej staranności podczas dokonywania rezerwacji związanych z podróżą oraz poprawnego potwierdzenia dokonanych rezerwacji. Pracownicy biura podróży „powinni posiadać poziom umiejętności i wiedzy wymagany w tym zawodzie”, kierować się „zasadą działania w dobrej wierze, odpowiednimi umiejętnościami, dbałością i sumiennością” oraz „posiadać odpowiednią wiedzę dotyczącą typów przewoźników, połączeń oraz zakwaterowania, które wybierają dla swoich klientów”¹⁵.

W sprawie *Josephs v. Fuller*¹⁶ John i Regina Josephs wnieśli pozew przeciwko kurortowi Club Dominicus oraz przeciwko Richard's Travel Service, po-

¹⁰ R. Reisner, *Tourist Contracts: Emerging Trends Under United States Law*, [w:] *Law in the United States of America. Reports*, Bruksela 1974, s. 291–292; M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA...*, s. 119.

¹¹ *Ibidem*, s. 119.

¹² P. Cameron, *op. cit.*

¹³ 74 Misc.2d 180, 182, *aff'd* 80 Misc.2d 333.

¹⁴ 28 Ohio Misc. 2d 6, 502 N.E.2d 715.

¹⁵ *Rodriguez v. Cardona Travel Bur.* (1986), 216 N.J. Super. 226, 523 A.2d 281.

¹⁶ 186 N.J. Super. 47 (1982) 451 A.2d 203.

nieważ zakwaterowanie w kurorcie pozwanego było niższej jakości niż przewidywała umowa¹⁷. Nie podlegał dyskusji fakt, że pozwany Richard's Travel Service zarekomendował i zorganizował pobyt dla powodów w kurorcie Club Dominicus na Dominikanie, oraz że zakwaterowanie zapewnione przez Club Dominicus było znacznie poniżej standardu. Okazało się ponadto, że biuro turystyczne Richard's jest niezależne od Club Dominicus z wyjątkiem prowizji otrzymywanych za dokonywanie rezerwacji. Biuro Richard's twierdziło, że było jedynie przedstawicielem zleceniodawcy i jako takie, nie ma żadnych zobowiązań względem powodów. Jediną stroną mającą zobowiązania względem powodów był zleceniodawca, Club Dominicus i tylko ta strona była odpowiedzialna za naruszenie warunków umowy. Powodowie udali się na wakacje do tego miejsca, kierując się rekomendacją strony pozwanej. Agent biura podróży kreował się na osobę posiadającą określone kompetencje, więc turyści powinni mieli zaufanie do jego wiedzy i kwalifikacji.

Agent biura podróży, który organizuje wyjazdy nie posiadając wiedzy na temat oferowanego zakwaterowania działa bez należytej staranności. Dlatego też jeśli zakwaterowanie nie spełnia wymaganych standardów, agent powinien ponieść odpowiedzialność za poniesione przez turystów szkody. Środki pieniężne przekazane pozwanemu przez powodów są podstawą powstania obowiązku prawnego. Agent biura podróży działa na wzór pośrednika handlowego, który zawiera transakcję ze zleceniodawcą¹⁸. Absurdalne wydawałoby się stwierdzenie, że biuro Richard's nie miało obowiązku zdobycia żadnych informacji na temat rezerwowanych obiektów. Powodowie mogliby sami zorganizować swój pobyt, wybierając przypadkową miejscowość turystyczną. Jednakże zamiast ponosić ryzyko spędzenia urlopu w nieodpowiednich warunkach, skorzystali z usług oferowanych przez stronę pozwaną. Z tego względu w opinii sądu, jeśli turysta zaufa rekomendacjom pracownika biura podróży i poniesie szkodę z powodu warunków zakwaterowania, które są nie do zaakceptowania, a żaden rozsądny agent biura podróży nie zarekomendowałby tego samego obiektu noclegowego, agent ponosi odpowiedzialność za zaistniałe szkody¹⁹.

Kolejnym obowiązkiem biura podróży jest obowiązek udzielania informacji. Agenci biur podróży mają obowiązek udzielania informacji turystycznych klientom, np. o ograniczonej liczbie biletów, zmianach trasy podróży, rodza-

¹⁷ Sądy w USA przyjmują coraz częściej, że biuro podróży odpowiada za dostarczenie wycieczki jako określonego produktu i za jego jakość. Za: M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 68.

¹⁸ *United Airlines v. Lerner*, 87 Ill. App.3d 801, 43 Ill.Dec. 225, 228, 410 N.E.2d 225, 228 (Ill. App.Ct. 1980); *Unger v. Travel Arrangements*, N.Y. App.Div. 1966; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 56.

¹⁹ 186 N.J. Super. 47 (1982) 451 A.2d 203.

jach wymaganych dokumentów turystycznych oraz możliwości ubezpieczenia turystycznego.

W sprawie *Levin przeciwko Kasmir World Travel Inc.*²⁰ powódka Marsha Levin dokonała kupna biletu na podróż z Nowego Jorku do Paryża i z powrotem dla swojej kilkunastoletniej córki, która została zakwalifikowana do udziału w dwutygodniowym programie dla uczniów, obejmującym naukę i pracę we Francji. Bilet na lot w dwie strony samolotem linii Air France został zakupiony za 680 dolarów w Nowym Jorku za pośrednictwem spółki Kasmir World Travel Inc. Po przylocie do Paryża, córce pani Levin odmówiono wstępu na terytorium Francji i nakazano powrót następnym lotem Air France do Stanów Zjednoczonych. Odmowa wstępu była uzasadniona brakiem wizy. Powódka twierdzi, że nie została poinformowana o konieczności posiadania wizy oraz że do obowiązków biura podróży należało udzielenie jej informacji o wymaganiach wizowych przyjętych przez rząd Francji w celu skuteczniejszego zapobiegania działaniom terrorystów wymierzonym w obywateli USA przebywających za granicą. Pani Levin zeznała, że zaledwie kilka lat przed opisywanym zdarzeniem sama podróżowała do Francji i nie wymagano wtedy od niej okazania wizy. Wniosła do sądu sprawę przeciwko Kasmir, a spółka ta z kolei wystąpiła przeciwko spółce Air France. Spółka Kasmir powoływała się na brak odpowiedzialności za zaistniałą sytuację twierdząc, że do jej obowiązków należało jedynie zapewnienie powódce biletu na przelot w obie strony twierdząc, że odgrywała jedynie rolę „pośrednika w sprzedaży biletów”, więc gdyby powódka wyraziła życzenie, aby na jej rzecz wykonano dodatkowe usługi, musiałaby wystosować odpowiednią prośbę i wnieść należną opłatę. Spółka Kasmir kwestionuje fakt zaistnienia obowiązku poinformowania klienta o istniejących restrykcjach dotyczących planowanej podróży. Sąd stwierdził, że do obowiązków biura podróży należy weryfikacja lub potwierdzanie rezerwacji²¹. Uznaje się, że oprócz obowiązku potwierdzania rezerwacji, od pracowników biur podróży oczekuje się udzielania klientom informacji, które są dla nich niezbędne i istotne²². Do obowiązków biur podróży należy między innymi zapewnienie wszelkich istotnych i potrzebnych informacji klientowi, który z kolei bazuje na doświadczeniu pracowników biura. Dlatego też uzasadnione wydaje się oczekiwanie, że Kasmir powinien ostrzec pasażerów o istotnych zmianach dotyczących polityki wizowej dla

²⁰ 143 Misc.2d 245 (1989).

²¹ 143 Misc.2d 245 (1989).

²² Recent Developments, *Travel Agency Liable to Travelers When Its Failure to Confirm Reservations Ruins Vacation*, 74 Colum L Rev 983, 993–994 [1974]; P.C. Wohlmut, *Liability of Travel Agents: A Study in the Selection of Appropriate Legal Principles*, 40 Temp. L.Q. 29 (1966–1967); P. Cameron, *op. cit.*

obywateli innych państw. Biuro podróży miało wyraźny obowiązek gromadzenia i rozpowszechniania tych podstawowych informacji na temat podróży.

W analogicznej sprawie *Compagnie Nationale Air France v. Castano*²³, sąd postanowił, że jeśli międzynarodowy przewoźnik lotniczy działając w charakterze biura podróży podczas zakupu biletu nie ostrzegł pasażera, że urzędnicy imigracyjni odmówią mu wstępu na terytorium danego państwa bez odpowiedniej wizy, przewoźnik taki poniesie odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikające z niewpuszczenia pasażera na teren tego państwa²⁴.

Całkiem inne rozwiązanie przyjął Sąd Apelacyjny Luizjany w sprawie *Allen v. Thigpen*²⁵, w której powodowie zarzucili stronie pozwanej niedopełnienie obowiązku, polegającego na nieudzieleniu informacji o wizach, których posiadanie było wymagane przy wjeździe na terytorium Francji. Małżeństwo Raymond Morgan Allen i Suzan G. Allen odbyło wiele podróży po całym świecie, odwiedzając wiele państw, byli więc doświadczonymi i dobrze zorientowanymi podróżnikami. W 1988 roku zdecydowali, że wezmą udział w seminarium edukacyjnym z zakresu prawa w Aix-en-Provence we Francji. Seminarium zostało opracowane, zorganizowane i sponsorowane przez Uniwersytet Stanu Luizjana. Pani Allen zwróciła się do biura z prośbą o zorganizowanie wyjazdu, z uwzględnieniem określonych potrzeb. Suzan Allen poprosiła Janet Thigpen (pracownika ASI-Elite Travel Inc.) o zarezerwowanie biletów lotniczych, miejsc w jednym z hoteli rekomendowanych przez Uniwersytet Stanu Luizjana, wynajęcie samochodu i, w miarę możliwości, zakup biletów do opery i biletów na festiwal letni. Janet Thigpen zarezerwowała dla państwa Allen bezpośredni lot samolotem linii Air France z Dallas w Teksasie do Francji. Kiedy państwo Allen zjawili się w Dallas w dniu odlotu, zostali zatrzymani przez pracowników linii lotniczej z powodu braku wiz wymaganych do wstępu na terytorium Francji. Na pewnym etapie rozmów Janet Thigpen zapytała Suzan Allen, czy państwo Allen otrzymali paszporty. Suzan Allen poinformowała ją, że oboje posiadają paszporty, jako że byli wcześniej we Francji. Podczas rozmowy Janet Thigpen nie wspomniała o wizach. Janet Thigpen i biuro podróży w którym pracowała nie byli zaangażowani w organizację odbywającego się we Francji seminarium edukacyjnego z zakresu prawa ani w jego promocję. Państwo Allen z własnej inicjatywy zwrócili się o pomoc do Janet Thigpen i wspomnianego biura podróży, formułując określone, wyżej wymienione prośby.

²³ 358 F.2d 203 [1st Cir 1966].

²⁴ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 54.

²⁵ 594 So. 2d 1366 (La. App. 3d Cir.).

Sąd pierwszej instancji uznał, że pomiędzy osobą fizyczną a biurem podróży mogła zostać zawarta umowa w formie ustnej odnośnie do wykonania tych usług. Sąd ustalił, że agent biura podróży świadczy usługi osobom, które zamierzają odbyć podróż. Te usługi, w zależności od wielu czynników, mogą być zróżnicowane. W tym przypadku pomiędzy państwem Allen a biurem podróży została zawarta umowa w formie ustnej. Jednak jej warunki były ograniczone oraz zostało w nich zawarte stwierdzenie, że biuro zapewni wszystkie żądane usługi, na które składały się rezerwacja biletów lotniczych, rezerwacja hotelu, wynajęcie samochodu oraz podjęcie próby otrzymania biletów wstępu na artystyczne lub rozrywkowe wydarzenia muzyczne. Według sądu umowa mogła zostać poszerzona o dodatkowe usługi, takie jak udzielanie porad bądź informacji dotyczących dokumentacji niezbędnej do przekroczenia granicy kraju podróży. W odniesieniu do kwestii naruszenia obowiązku zachowania należytej staranności przez biuro podróży, sąd stwierdził, że taki obowiązek może, ale nie musi zostać nałożony na biuro podróży. Ze względu na charakter działalności oraz z powodu braku ustawodawstwa definiującego obowiązki biura podróży, sąd stwierdził, że powinien być tu wzięty pod uwagę indywidualny osąd agenta biura podróży w sprawie potrzeb klienta. Jeśli zostałyby wystosowane zapytania do pracownika biura i jeśli pracownik biura zgodziłby się udzielić odpowiedzi na te zapytania, wówczas obowiązek może zostać poszerzony o taką usługę. Jeśli klient wykazuje brak wiedzy lub brak doświadczenia w odbywaniu podróży, agent powinien udzielić mu szerszych informacji.

Państwo Allen wzięli na siebie odpowiedzialność w kwestii zapoznania się z obszarem, do którego mieli odbyć podróż, nie tylko w aspekcie kulturowym tego miejsca, lecz również językowym. Państwo Allen nie byli nie-doświadczeni w kwestii podróży zagranicznych. Pani Allen wskazała biuru podróży, że wydarzenie w którym brali udział we Francji było wydarzeniem sponsorowanym, co zostało odebrane przez agenta biura podróży w taki sposób, że pewne informacje dotyczące wymagań zostały rozpowszechnione przez sponsorów wydarzenia. Sąd stwierdził, że powodowie nie wykazali, iż istniał po stronie pozwanych obowiązek poinformowania o konieczności posiadania wiz pozwalających im na wjazd do kraju przeznaczenia. Sąd Apelacyjny uznał, iż orzeczenie sądu pierwszej instancji było prawidłowe, w efekcie stwierdzając, że Janet Thigpen i biuro podróży byli jedynie „przyjmującymi zlecenie”, a w związku z tym nie mieli obowiązku robić więcej, niż się od nich wymagało²⁶.

²⁶ *Ibidem*.

Do innych wniosków doszedł Sąd Apelacyjny stanu Luizjana w sprawie *Philippe v. Lloyd's Aero Boliviano*²⁷. Powodowie żądali odszkodowania za uszkodzenia mózgu (spowodowane nieodpowiednim dotlenieniem), jakiego doznał Robert Philippe w trakcie lotu na dużych wysokościach podczas wycieczki zorganizowanej przez biuro podróży. Biuro podróży miało obowiązek wynikający z umowy wobec poszkodowanego ostrzec go o niebezpieczeństwach związanych z lataniem samolotem na bardzo dużych wysokościach. W tej sprawie sąd znacznie rozszerzył zakres obowiązków biura podróży, twierdząc że biuro stworzyło pakiet usług, w ramach którego reklamowało, promowało, sprzedawało i przeprowadzało usługę²⁸.

W USA biura podróży są zazwyczaj odpowiedzialne za działania swoich kontrahentów, takich jak operatorów, kurortów czy hoteli, chyba że usługodawca wyrządził szkodę czynem niedozwolonym²⁹. Biura ponoszą odpowiedzialność za koordynację i ciąży na nich obowiązek ostrzegania o znanych lub przewidywanych ryzykach.

W sprawie *McCullom v. Friendly Hills Travel Center*³⁰ Sąd Apelacyjny w Kalifornii orzekł, że mimo tego, iż na biurze podróży ciąży obowiązek należytej staranności, nie jest ono jednak ubezpieczycielem. Stwierdził ponadto, że choć agent biura podróży ma obowiązek ostrzegać klientów o zagrożeniach, których biuro jest świadome lub powinno być świadome w ramach sprawowania należytej staranności, to „prawo wymaga jedynie, aby biura były lojalne, a nie przewidujące”³¹. Jednakże w sprawie *Sobotor v. Prudential Property etc.*,³² w kwestii obowiązku dołożenia należytej staranności ciężącej na agencie ubezpieczeniowym względem klienta sąd orzekł, że „nie widzi powodów, dla których obowiązek staranności ciężący na brokerze względem klienta miałby różnić się od obowiązku ciężącego na agencie biura podróży. Różnica pomiędzy brokerem, a agentem leży w zakresie obowiązków względem ubezpieczyciela, a nie ubezpieczonego. Analogia pomiędzy niezależnym agentem ubezpieczeniowym, a niezależnym agentem biura podróży jest uderzająca w większości przypadków.

Sprzedawca wycieczki powinien upewnić się, że operator ma właściwą polisę ubezpieczeniową³³. Ochrona ubezpieczeniowa organizatora wycie-

²⁷ 589 So.2d 536 (La. App. 2nd Cir. 1991).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 68; idem, *Prawo cywilne USA...*, s. 120; P.C. Wohl-muth, *op. cit.*

³⁰ 172 Cal.App.3d 83 (1985).

³¹ *Ibidem*.

³² 200 N.J. Super. 333 (App.Div. 1984).

³³ A. Konert, *Ubezpieczenia lotnicze*, Warszawa 2014; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 208 i nast.; idem, *Ubezpieczenia turystyczne w ruchu zagranicznym*, PiP 1990, nr 1; K. Ro-

czek powinna obejmować także przypadki niewypłacalności. Biuro powinno powiadamiać klientów o możliwości kupna ubezpieczenia turystycznego oraz powinno być świadome różnic w zakresie ochrony ubezpieczeniowej. Na przykład, wiele polis nie pokrywa kosztów leczenia niektórych chorób, zwłaszcza jeżeli podróżujący nadal przyjmuje leki związane z takimi schorzeniami. Klient rezerwujący podróż statkiem, który dostaje podczas takiej podróży zawału serca może nie być uprawniony do zwrotu kosztów leczenia, jeżeli przeszedł zawał już wcześniej i brał leki na schorzenie, które nie kwalifikowało go do udziału w takiej podróży. Z tych względów biura powinny powiadamiać klientów o istnieniu ewentualnych różnic między polisami i zachęcać ich do uważnego zapoznania się z treścią polisy przed zawarciem umowy ubezpieczenia.

Kolejnym obowiązkiem jest obowiązek ostrzegania (*duty to warn*). Agent biura podróży ma obowiązek ujawniania klientom informacji negatywnych, na przykład, jeżeli agent jest świadomy, iż w miejscu docelowym doświadczone w ostatnim czasie fali rozbojów, ma obowiązek powiadomienia o tym fakcie klienta. Jednakże jeżeli zagrożenie trafiło do wiadomości publicznej agent nie ponosi żadnej odpowiedzialności za nieudzielenie informacji. Kolejnym obowiązkiem jest obowiązek sprawdzenia informacji. Ze względu na to, że agenci podróży posiadają dostęp do informacji turystycznej poprzez dzienniki branżowe oraz magazyny turystyczne, mają obowiązek poinformować klienta o warunkach, które mogą mieć wpływ na jego podróż. Sądy w wielu sprawach orzekły, że agenci podróży powinni posiadać wiedzę dotyczącą takich informacji, jak stan finansowy dostawców usług turystycznych oraz operatorów podróży.

Przykładowo w sprawie *Grigsby vs. O.K. Travel*³⁴ biuro podróży nie dopełniło obowiązku odpowiedniego sprawdzenia stabilności finansowej organizatora wycieczki po tym jak zostało poinformowane, iż działalność organizatora nie była właściwie zarejestrowana w stanie Ohio. Podczas zakupów w Forest Fair Mall w sierpniu 1995 r. powódka Oma Grigsby zobaczyła reklamę wycieczki do Izraela w oknie biura podróży O.K. Grigsby dokonała na rzecz pozwanego O.K. Travel wpłaty 200 dolarów zaliczki na wycieczkę, która miała odbyć się w listopadzie, a pozostałą część kwoty w wysokości 937 dolarów wpłaciła we wrześniu. Podróż miała się rozpocząć z Nowego Jorku, więc Grigsby wykupiła powrotny bilet lotniczy do Nowego Jorku, aby tam przesiąść się do samolotu wycieczkowego. Biletu tego nie zakupiła za po-

manowski, *Ubezpieczenia turystyczne*, Warszawa 1999; J. Ziółkowski, *Ubezpieczenia w turystyce i hotelarstwie*, Gdańsk 2004.

³⁴ 118 Ohio App.3d 671 (1997).

średnictwem biura O.K. Po otrzymaniu wpłaty od Grigsby, O.K. zachowało swoją prowizję i wysłało płatność do Trinity Tours, organizatora wycieczki do Izraela. Około tygodnia do dziesięciu dni przed tym jak Grigsby miała wyruszyć na wycieczkę. O.K. próbowało potwierdzić czasy odlotu z Trinity, nie było jednak w stanie skontaktować się z Trinity i wkrótce zorientowało się, że organizator wycieczki uległ likwidacji. O.K. powiadomiło o tym fakcie Grigsby i obie strony próbowały skontaktować się Johnem Brayem z Trinity. O.K. skontaktowało się następnie z Amerykańskim Stowarzyszeniem Biur Podróży (ASTA), które próbowało interweniować. ASTA nie udało się jednak skontaktować z Trinity i powiadomiło O.K., że Trinity nie posiada poręczenia wymaganego przez stan Ohio. Grigsby pozwała O.K. do sądu małych spraw cywilnych i zasądzone na jej rzecz kwotę w wysokości 1 312 dolarów amerykańskich. Według sądu biuro O.K. dopuściło się zaniedbania oraz naruszyło przepisy ustawy o praktykach sprzedaży konsumenckiej stanu Ohio, RC 1345.01. O.K. wskazuje na błędy w zaskarżonym orzeczeniu. Uważa mianowicie, że sąd popełnił błąd stosując ustawę o praktykach sprzedaży konsumenckiej do tej czynności. Według O.K. biuro działające w imieniu znanego mu zleceniodawcy nie ponosi odpowiedzialności za umowę zawartą pomiędzy zleceniodawcą a stroną trzecią. O.K. stwierdza, że było pośrednikiem Trinity i nie ponosi odpowiedzialności wobec Grigsby, gdyż na odwrocie formularza dostarczonego Grigsby O.K. powiadomiło ją, że działa „wyłącznie jako pośrednik we wszystkich sprawach związanych z dokonywaniem i zapewnieniem rezerwacji transportu, zakwaterowania, wycieczek”. Ponadto uważa, że użyty tu język zwalnia biuro z odpowiedzialności wobec Grigsby. O istnieniu związku zleceniodawcy z pośrednikiem mówi się, „gdy jedna strona korzysta z prawa kontroli nad działaniami drugiej strony, a działania te są nakierowane na osiągnięcie celu, do którego dąży pierwsza”³⁵. Agent biura podróży jest agentem szczególnym wobec podróżującego. O.K. odwołuje się do zapisu drobnym drukiem na odwrocie formularza przekazanego Grigsby, który stwierdza, że biuro „nie posiada, nie zarządza, nie kontroluje, ani nie obsługuje pojazdów transportowych, hoteli, restauracji, towarzystwa ubezpieczeniowego, ani też firmy wycieczkowej”. Większość niezależnych biur podróży nie oferuje własnych wycieczek, a jedynie sprzedaje wycieczki i podróże innych operatorów, co pozwala im na uzyskanie zysków z prowizji. Agent podróży to ktoś więcej niż dostawca biletów. Mają oni obowiązek dokonywać rezerwacji podróży i potwierdzać je przed terminem wyjazdu z należytą starannością, jak również z „właściwą sumiennością ustalać odpowiedzialność

³⁵ Hanson v. Kynast (1986), 24 Ohio St.3d 171, 173, 24 OBR 403, 404–405, 494 N.E.2d 1091, 1094.

każdego dostawcy lub organizatora wycieczki³⁶. Agent biura podróży nie jest gwarantem doskonałej podróży, ale musi dolożyć należytej staranności przy planowaniu podróży i wyborze niezależnego wykonawcy umowy usług turystycznych³⁷. Pomagając w zaplanowaniu wakacji agent biura podróży ma obowiązek dbać umiejętnie i starannie o interes podróżującego w taki sposób, jaki oczekuje się od świadczącego tego rodzaju usługi. Agent musi podjąć się odpowiedniego sprawdzenia obecnej stabilności finansowej podmiotu, który będzie świadczył usługi turystyczne na rzecz zleceniodawcy³⁸. Zaufanie konsumentów do agentów biur podróży przyczyniło się do powstania szczególnego związku między tymi podmiotami. Agenci mają obowiązek sprawdzenia wszelkich informacji i jeżeli organizator wycieczek okaże się niewypłacalny w wyniku dających się odkryć okoliczności, agent zarabiając na prowizji od sprzedaży wycieczek powinien ponieść odpowiedzialność w stosunku do klienta. Wynika to z faktu, że agent biura podróży jest w stanie lepiej sprawdzić wiarygodność i uczciwość operatorów i organizatorów wycieczek³⁹.

Sąd stanowy pierwszej instancji uznał, że Trinity było „organizatorem wycieczki” zgodnie z R.C. 1.333.96 (A) (2) oraz że O.K. jako biuro podróży zgodnie z R.C. 1.333.96 (A) (1) nie dopełniło obowiązku właściwego sprawdzenia Trinity przed zaferowaniem usługi Grigsby. Kwestia tego, czy rzeczywiście Trinity było organizatorem wycieczki, a O.K. było biurem podróży, jak definiuje to ustawa, nie została podniesiona w apelacji przed sądem, dlatego przyjmuje się ustalenia sądu pierwszej instancji. Zgodnie z R.C. 1.333.96 (C) Trinity, jako organizator wycieczek, miał obowiązek zarejestrowania się u Sekretarza Stanu przed rozpoczęciem działalności gospodarczej w tym stanie. Organizatorzy wycieczek muszą również wpłacić poręczenie (w kwocie 50 tys. dolarów za prowadzenie międzystanowej lub międzynarodowej działalności gospodarczej) na rzecz stanu przed rozpoczęciem działalności⁴⁰. Po rejestracji organizator wycieczek musi umieszczać zwrot „zarejestrowany organizator wycieczek stanu Ohio” oraz swój numer rejestracyjny na wszystkich reklamach w stanie Ohio⁴¹. Reklama wycieczki do Izraela była pozbawiona tego zwrotu oraz numeru rejestracyjnego. Trinity nie było w stanie podać tego numeru, ponieważ nie było zarejestrowane w stanie Ohio i nigdy nie

³⁶ Barton v. Wonderful World of Travel, Inc. (1986), 28 Ohio Misc.2d 6, 28 Ohio Misc.2d at 7, 28 OBR at 204–205, 502 N.E.2d at 717; Bucholtz v. Sirotkin Travel, Ltd. (1973), 74 Misc.2d 180, 182, 343 N.Y.S.2d 438, 442.

³⁷ Barton v. Wonderful World of Travel...

³⁸ Douglas v. Steele (Okla. App.1991), 816 P.2d 586.

³⁹ Rodriguez v. Cardona Travel Bur. (1986), 216 N.J.Super. 226, 523 A.2d 281.

⁴⁰ R.C. 1333.96(D).

⁴¹ R.C. 1333.96(F).

wpłaciło poręczenia wymaganego ustawowo. O.K. naruszyło obowiązek wobec Grigsby poprzez nieujawnienie, że Trinity nie było zarejestrowane w stanie Ohio i nie wpłaciło poręczenia, które stanowiłoby zabezpieczenie w przypadku niewypłacalności. Informacje na ten temat były do uzyskania i powinny być oczywiste dla O.K., ponieważ reklama Trinity nie zawierała wymaganego ustawowo języka oraz numeru rejestracyjnego. Sąd Apelacyjny utrzymał w mocy wyrok sądu pierwszej instancji na korzyść Grigsby na kwotę 1312 dolarów.

Podobne orzeczenie zostało wydane w sprawie *Rodriguez v. Cardona Travel Bureau*⁴², w której za niewypłacalność przewoźnika lotniczego do odpowiedzialności został pociągnięty niezależny agent biura podróży. Jacinto Cardona, prezes pozwanej firmy jest niezależnym agentem podróży, powódka Gladys Rodriguez, planując lot do Puerto Rico i z powrotem z czwórką dzieci zwróciła się do pozwanego o wykonanie na jej rzecz usługi polegającej na rezerwacji lotów. Agent zorganizował rezerwacje dla swojej klientki u czarterowego przewoźnika lotniczego na lot w obie strony oraz zapłacił mu 811 dolarów za bilety. Agent otrzymał prowizję w wysokości 5% od tej sumy. Powódka oraz jej dzieci dotarły do Puerto Rico. Kiedy udali się na lotnisko w celu lotu powrotnego dowiedzieli się, że przewoźnik lotniczy zbankrutował. Powódka kupiła więc bilety powrotne za kwotę 966,60 dolarów na lot obsługiwany przez innego przewoźnika lotniczego, pozywając powoda na tę kwotę. Powódka zwracając się do pozwanego agenta biura podróży o świadczenie usług zaufała mu w jasno określonym celu. Liczyła na otrzymanie biletów w obie strony. Nie istnieją żadne dowody na to, że narzuciła mu jakieś ograniczenia lub uzgodniła z nim jakiegokolwiek warunki. Agent miał pełną swobodę w dokonaniu wyboru linii lotniczych, które uznał za spełniające wymagania jego klientki i był winien swojej klientce dochowania jak najwyższego standardu swoich usług. Pozwany zeznał, że wyjaśnił, iż to była linia czarterowa oferująca loty po niskich cenach w tym sezonie, ale nie wyjaśnił na czym polegało ryzyko podjęcia współpracy z tym przewoźnikiem. Agent naraził swojego klienta na działanie czarterowej linii lotniczej (inaczej niż regularnej linii lotniczej) bez wyjaśniania możliwości wystąpienia zagrożenia. Agent nie poinformował klientki o jakiegokolwiek możliwości uniknięcia lub ubezpieczenia się od ryzyka na wypadek niepodjęcia współpracy z przewoźnikiem czarterowym, na przykład w postaci wykupienia ubezpieczenia od anulacji podróży, które jest dostępne za symboliczną opłatą. Agent biura podróży otrzymał prowizję od transakcji, co spowodowało, że ma prawne zobowiązanie wobec podróżującego, a korzyść finansowa przyjęta przez po-

⁴² 216 N.J. Super. 226 (1986) 523 A.2d 281.

zwanego od powódki jest podstawą tworzącą zobowiązanie prawne. Agenci biur podróży powinni posiadać odpowiednią wiedzę i umiejętności wymagane w tym zawodzie. Prawo nakłada na pracownika biura podróży obowiązek działania w dobrej wierze oraz umiejętnego, dbałego i starannego wykonania zlecenia. Powinien on posiadać odpowiednią wiedzę dotyczącą przewoźników lotniczych, których rekomenduje swoim zleceniodawcom oraz wszelkich istotnych kwestii związanych ze zleceniem⁴³. Jeśli agent podaje się za specjalistę w swojej dziedzinie, jego niepowodzenie w kwestii umiejętnego, dbałego i starannego wykonania zlecenia narazi go na odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikające z naruszenia warunków umowy⁴⁴.

W sprawie *E.A. McQuade Travel Agency Inc. v. Domeck*⁴⁵ 12 maja 1964 r. Biuro E.A. McQuade sprzedało powodowi dwa bilety na rejs do Europy statkiem „Riviera”. E.A. McQuade było agentem Caribbean Cruise Lines, które przed rozpoczęciem wycieczki zbankrutowało, a wobec tego wycieczka się nie odbyła. Pozwany zaproponował zapłacić powodowi jedynie 266,75 dolarów, co stanowiło wysokość jego prowizji. Sąd Apelacyjny Florydy 14 września 1966 r. zasądził zwrot całej kwoty na rzecz powoda od biura podróży, które zdaniem sądu, jest odpowiedzialne jako agent nieujawnionego zleceniodawcy⁴⁶.

W sprawie *Markland v. Travel Travel Southfield Inc.*⁴⁷ 24 grudnia 1998 roku, Ted i Sharon Markland oraz Roger i Elsie Markland zwrócili się prośbą do pozwanego, Travel Travel Southfield Inc. o zarezerwowanie dla nich przelotu i zakwaterowania w St. Croix położonym na terytorium Wysp Dziewiczych Stanów Zjednoczonych. Pani Sharon poinformowała Travel Travel, że chcieliby udać się na urlop do St. Croix w pierwszych dwóch tygodniach marca 1989 roku i być zakwaterowani w Hotelu On the Cay. Poleciała także, aby Travel Travel zmieniło daty ich pobytu, jeśli w czasie przez nią określonym nie byłoby wolnych miejsc we wspomnianym hotelu. Travel Travel zorganizowało pobyt za pośrednictwem spółek Eastern Airlines i Flyfire Vacations, filii Eastern. 27 grudnia 1988 roku Travel Travel przesało państwu Markland potwierdzenie rezerwacji pobytu w St. Croix na czternaście nocy w Hotelu On the Cay na dwa pierwsze tygodnie marca 1989 roku. Zgodnie z informacją zawartą w potwierdzeniu, państwo Markland mieli zarezerwowany prze-

⁴³ *Rider v. Lynch*, 42 N.J. 465, 476 (1964). Podobnie w sprawie *Paris of Wayne v. Richard A. Hajjar Agency*, 174 N.J.Super. 310 (App.Div. 1980) pośrednik nieruchomości został uznany odpowiedzialnym względem klienta, producenta odzieży, ponieważ przyczynił się do najmu nieruchomości w strefie zakazującej wszelkiej działalności produkcyjnej. Zob. też: *Poniatowski v. Griffiths & Cinkowski*, 91 N.J.L. 663 (E. & A., 1918).

⁴⁴ *Sullivan v. Jefferson, Jefferson & Vaida*, 167 N.J.Super. 282 (App.Div. 1979).

⁴⁵ 190 So. 2d 3 (Fla. Dist. Ct. App. 1966).

⁴⁶ *Ibidem*; M. Nesterowicz, *Prawo turystyczne...*, s. 56.

⁴⁷ 810 S.W.2d 81, 83 (Mo.App. E.D.1991).

lot samolotem linii Eastern Airlines. Potwierdzenie zawierało także „klauzulę zrzeczenia się odpowiedzialności” napisaną drobnym drukiem i umieszczoną u góry formularza. Klauzula ta zawierała informację o nieponoszeniu odpowiedzialności przez Travel Travel za zerwanie umowy z winy dostawców usług. Klauzula informowała także, że turysta powinien wykupić odpowiednie ubezpieczenie pokrywające ewentualne szkody. Do potwierdzenia rezerwacji dołączony powinien być jednak wniosek o ubezpieczenie turystyczne. Państwo Markland zeznali jednak, że nigdy nie otrzymali takiego wniosku. 1 marca 1989 roku państwo Markland zgodnie z planem wylecieli do St. Croix samolotem linii Eastern. Po przyjeździe do St. Croix, przedstawili vouchery na zakwaterowanie w hotelu (Hotel On the Cay). Jednak dziesięć dni po przyjeździe państwo Markland zostali poinformowani przez pracowników hotelu, że ich vouchery straciły ważność na skutek bankructwa Eastern i Fly-faire, oraz że hotel nie otrzymał zapłaty za ich pobyt. Tym samym, 12 marca 1989 roku państwo Markland musieli wpłacić dodatkowo 4 900 dolarów na poczet zakwaterowania. Z powodu bankructwa linii Eastern Airlines, państwo Markland musieli ponieść dodatkowe koszty związane z przelotem samolotem innych linii podczas podróży powrotnej z St. Croix do St. Louis, w wysokości 1 756 dolarów. Po powrocie do St. Louis, państwo Markland wystąpili do Travel Travel z żądaniem zwrotu dodatkowych kosztów poniesionych w związku z zakwaterowaniem i powrotnymi biletami lotniczymi. Travel Travel odmówił jednak spełnienia tych żądań. 26 września 1989 roku państwo Markland wnieśli pozew przeciwko Travel Travel, oskarżając biuro o zerwanie umowy dotyczącej organizacji ich urlopu w St. Croix, domagając się sumy 6 656 dolarów odszkodowania za dodatkowo poniesione wydatki (1 756 dolarów za bilet powrotny oraz 4 900 dolarów opłaty za hotel).

Agent biura podróży jest zarazem agentem klienta i w przypadku wystąpienia niedającego się przewidzieć wydarzenia, ponosi odpowiedzialność za powstałe z tego powodu szkody. Tak samo orzekł Sąd Apelacyjny w Missouri w sprawie *George v. Lemay Bank & Trust Co.*⁴⁸, twierdząc mianowicie, że stosunek pomiędzy nabywcą usług turystycznej a agentem wynika z umowy, na mocy której agent zobowiązuje się do działania na rzecz klienta oraz pozostania pod jego kontrolą. Travel Tavel miał obowiązek poinformować klientów o niepewnej sytuacji finansowej Eastern oraz powinien zasugerować wykupienie ubezpieczenia turystycznego.

Agent biura podróży, który zajmuje się organizacją wycieczki posiada większe kompetencje, niż „agent sprzedający bilety”, jest on wyspecjalizowanym

48 618 S.W. 2d 671, 674 (Mo. App 1980).

agentem biura podróży dokonującym transakcji na rzecz stron⁴⁹. Agent podróży jest wyspecjalizowanym agentem, którego kompetencje są porównywalne z brokerem, ponieważ angażuje się on w pojedynczą transakcję z nabywcą usługi turystycznej⁵⁰. Tak, jak każdy agent, dokonuje on należytej staranności w wykonaniu swoich obowiązków wobec nabywcy usługi turystycznej⁵¹. Jako agent, ma on obowiązek dokonać wszelkich starań w przekazaniu ważnych informacji klientowi, o których jego zdaniem klient chciałby zostać powiadomiony⁵². Niemniej „zakres obowiązków agenta może zostać ograniczony w zależności od danej sytuacji”⁵³. Nie ulega wątpliwości, że „agent biura podróży musi ujawniać wszystkie informacje, o których wie i które są ważne dla klienta oraz ma obowiązek ujawniać ważne informacje podróżującemu, o ile nie są one oczywiste”⁵⁴. W sprawie wykazano jednak, że Travel Travel uzyskał informację o problemach na wschodzie z tego samego źródła, co państwo Markland. Nie była to „informacja wewnętrzna”. Zagrożenie zarówno strajkiem robotniczym, jak i ogłoszeniem upadłości przez linie lotnicze Eastern Airlines lub ich jednostek podległych Flyfaire, było oczywiste. Zarówno nabywca usługi turystycznej, jak i agent byli świadomi wystąpienia powyższych zdarzeń. Co więcej, agent poinformował nabywców usługi turystycznej, że pomimo drobnego druku, powinni oni zabezpieczyć się poprzez zakup polisy turystycznej. Travel Travel wypełnił wszelkie obowiązki wobec państwa Markland. Według Sądu Apelacyjnego Missouri agent działał w sposób rozsądny oraz dochował wszelkich starań w wykonaniu swoich obowiązków. Nie ma żadnego dowodu na naruszenie umowy przez biuro podróży. Wobec powyższego żądanie państwa Markland w tej sprawie zostało odrzucone.

W wielu sprawach sądy uznały ponadto, że agenci podróży są odpowiedzialni za nieudzielenie informacji na temat tego, czy hotel został już otwarty, czy był w trakcie budowy itp.⁵⁵ Do obowiązków agentów należy także obo-

⁴⁹ McCollum v. Friendly Hills Travel Center, 172 Cal. App.3d 83, 217 Cal. Rptr. 919 (1985); United Airlines, Inc. v. Lerner, 87 Ill. App.3d 801, 410 N.E.2d 225, 227, 43 Ill. Dec. 225 (1980); Josephs v. Fuller (Club Dominicus), 186 N.J. Super. 47, 451 A.2d 203, 205 (1982); Bucholtz v. Sirotkin Travel, Ltd., 74 Misc.2d 180, 343 N.Y.S.2d 438 (1973); affd., 80 Misc.2d 333, 363 N.Y.S.2d 415 (1974).

⁵⁰ United Airlines, Inc. V. Lerner...; Rosen v. DePorter-Butterworth Tours, Inc., 62 Ill. App. 3d 762, 379 N.E.2d 407, 410, 19 Ill. Dec. 743 (1978).

⁵¹ Restatement (Second) Agency, Art. 379 (1957). United Airlines, Inc. v. Lerner...; Simpson v. Co. Nationale Air France, 42 Ill.2d 496, 498, 248 N.E.2d 117 (1969); United Airlines v. Lerner...

⁵² Restatement (Second) Agency...; McCollum v. Friendly Hills Travel Center...

⁵³ Rookard v. Mexicoach, 680 F.2d 1257, 1263 (9th Cir. 1982).

⁵⁴ United Airlines, Inc. V. Lerner...

⁵⁵ Zob. orzeczenia cyt. w: Robert M. Jarvis, John R. Goodwin, William D. Henslee. *Travel law: cases and materials*, Durham, North Carolina 1998.

wiązek ujawnienia danych identyfikacyjnych dostawcy usług turystycznych. Za nieujawnienie powyższych informacji agent turystyczny może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za powstałe zaniedbania.

Przesłanka dotycząca związku pomiędzy naruszeniem obowiązku a szkodą (*proximate cause*) była przedmiotem analizy w sprawie *Sacks v. Loew's Theatres*⁵⁶. Jeżeli pozwany może wykazać, że szkody nie były możliwe do przewidzenia (*foreseeable*) nie będzie ponosił odpowiedzialności. W tej sprawie pracownik biura podróży został pozwany przez swojego klienta, który to został napadnięty przez pracowników hotelu i nie mógł wrócić do pokoju hotelowego, w którym agent biura podróży zarezerwował mu pobyt. Pracownik biura podróży został zwolniony z odpowiedzialności na podstawie teorii przewidywalności (*foreseeable*). Nie mógł on być odpowiedzialny, jako że w żaden sposób nie mógł wiedzieć o zamiarach popełnienia czynów przestępczych przez pracowników hotelu i nie mógł tego przewidzieć. Jednak oczywisty wydaje się fakt, że gdyby pracownik biura podróży posiadał wiedzę na temat zaistniałych wcześniej podobnych przypadków napaści lub nękania przez pracowników tego hotelu, ponosiłby odpowiedzialność za zaistniałe szkody.

Podobnie Sąd Apelacyjny stanu Nowy York orzekł w sprawie *Dorkin v. American Express*⁵⁷. Stwierdził mianowicie, że American Express nie ponosi odpowiedzialności za obrażenia doznane przez pasażera jednej z wycieczek autokarowych. Autobus, którym jechał pasażer, należał do i był prowadzony przez niezależnego przedsiębiorcę, a American Express wyraźnie zaprzecza, jakoby miało udzielać gwarancji bezpieczeństwa.

W sprawie *United Airlines v. Lerner*⁵⁸, United został pozwany jako organizator imprez turystycznych, ponieważ powodom nie zezwolono na dostęp do domku w górach. Pobyt, w którym został zarezerwowany przez United z powodu opadów śniegu i związanej z tym blokady dróg. W opinii Sądu Apelacyjnego stanu Illinois, United nie ponosił odpowiedzialności za wspomniane zdarzenie, ponieważ zamknięcie dróg było nie do przewidzenia.

Biuro podróży ma szczególne obowiązki wobec klienta, w tym: ma obowiązek ujawniania informacji negatywnych, które nie są „oczywiste”, na przykład że w miejscu docelowym podróży popełniono w ostatnim czasie wiele przestępstw, obowiązek sprawdzenia informacji (na przykład sytuacji finansowej usługodawców), obowiązek udzielania ważnych informacji turystycznych klientom (na przykład o zmianach trasy podróży, rodzajach wymaganych dokumentów turystycznych oraz możliwości ubezpieczenia turystycznego),

⁵⁶ 47 Misc.2d 854, 263 St. New York 2d 253 (1965).

⁵⁷ 43 A.D.2d 877, 351 St. New York 2d 190 (1974).

⁵⁸ 87 Ill. App.3d 801, 43 Ill.Dec. 225, 228, 410 N.E.2d 225, 228 (Ill. App.Ct. 1980).

obowiązek dokonywania i potwierdzenia rezerwacji oraz obowiązek ujawnienia danych identyfikacyjnych dostawcy usług turystycznych.

Analiza licznych orzeczeń prowadzi do wniosku, że agenci biur podróży w USA podlegają wysokim standardom zawodowym, w konsekwencji czego mają oni szczególne obowiązki wobec klientów. Agent biura podróży staje się odpowiedzialny tak jak zleceniodawca, jeżeli fakt agencji nie jest znany klientowi. Jak słusznie zauważa M. Nesterowicz, sądy powinny badać, czy w danej sprawie zostają spełnione podstawowe elementy stosunku agencyjnego (uzgodnienie woli stron, stosunek zaufania pomiędzy stronami, prawo zleceniodawcy do kontroli agenta oraz prawo agenta do działania na rzecz zleceniodawcy), a w sytuacji, gdy elementy nie są spełnione, prawo agencji nie ma zastosowania⁵⁹. W sprawie *Siegel v. Council of Long Island Educators Inc.* Sąd w Nowym Jorku stwierdził, że agencja, która nie ujawnia swojego zleceniodawcy, nie jest agentem, lecz niezależnym pośrednikiem (*independent middleman*)⁶⁰.

Sądy w USA przyjmują coraz częściej, że biuro podróży odpowiada za dostarczenie wycieczki jako określonego produktu i za jego jakość⁶¹. Zakres odpowiedzialności biura podróży jest bardzo szeroki. W większości spraw sądy przyznają odszkodowanie klientom biura, wskazując na jego odpowiedzialność, niezależnie, czy szkoda nastąpiła z winy pracowników biura podróży, czy też z winy usługodawców. W USA biura podróży są zazwyczaj odpowiedzialne za działania swoich kontrahentów, takich jak operatorów, kurortów czy hoteli, chyba że usługodawca wyrządził szkodę czynem niedozwolonym i ciąży na nich obowiązek ostrzeżenia o znanych lub przewidywanych zagrożeniach.

Należy pamiętać, że według *common law* wina może być wykazana stosując doktrynę *res ipsa loquitur*, która została określona w 1950 r. przez Lorda Normanda, w sprawie *Barkway v South Wales Transport Co Ltd.*⁶² jako „reguła dowodowa, która modyfikując zasady dotyczące ciężaru dowodu, umożliwia sędziemu wydanie sprawiedliwego wyroku. *Res ipsa loquitur* dotyczy sytuacji, gdy zdarzenia faktyczne, określające przyczynę powstania szkody, nie są powodowi znane a jednocześnie są lub powinny być znane pozwanemu”⁶³.

⁵⁹ M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA...*, s. 123.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Idem, *Prawo turystyczne...*, s. 68.

⁶² *Barkway v South Wales Transport Co Ltd.* (1 All ER 392, HL).

⁶³ M. Śliwka, *Ciężar dowodu w procesach medycznych – między domniemaniami faktycznymi a dowodem prima facie II. Domniemania faktyczne a dowód prima facie*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2004, nr 1; M. Nesterowicz, *Ciężar dowodu winy w procesach lekarskich*, *PiP* 1968, nr 4–5, s. 675 i nast.

We wszystkich przypadkach istnieje oczywiście możliwość całkowitego lub częściowego uwolnienia się od odpowiedzialności wskazując na *contributory negligence* lub *comparative negligence* poszkodowanego⁶⁴.

Abstract

Civil liability of travel agencies in the USA in the light of jurisdiction

Because travel agents receive compensation from travel suppliers, there is a certain degree of loyalty to suppliers rather than consumers. Travel agents are fiduciaries subject to a high standard of care. A travel agent, consequently, has special duties and obligations to clients. The article refers to civil liability of travel agents caused to their clients according to law in the United States of America. The paper will analyze different American courts judgments.

Key words: liability of travel agencies, American law, travel agents, jurisdiction of American courts

⁶⁴ V.E. Schwartz, *Comparative Negligence*, New York 1974; M. Nesterowicz, recenzja: V.E. Schwartz, *Comparative Negligence*, New York 1974, PiP 1983, nr 2.

Renata Pawlik

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Znamiona ilościowe w procesie kontrawencjonalizacji w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* – wybrane zagadnienia*

I. Prawo z konieczności jest czymś, co jest czynione – jest produktem działalności człowieka, pojmowanym wspólnie z zamierzonymi lub co najmniej możliwymi do przewidzenia konsekwencjami¹, rozumianymi w szczególności jako ocena postępowania ludzkiego pod kątem widzenia jego zgodności lub niezgodności z obowiązującym prawem, połączona z wyobrażeniem reakcji organów państwa na to postępowanie². Przepisy prawne co do zasady pisane są z założeniem, że ich czytelnik będzie umiał je rozsądnie interpretować, stosując przyjęte reguły wykładni oraz posługując się instytucjami prawnymi nawet nie zawsze określonymi w przepisach prawa³. Ocena prawa pod kątem jego skuteczności jest natomiast jednym z elementów świadomości prawnej, a zarazem stałym komponentem tego pojęcia, kształtowanym na podstawie wiedzy o prawie⁴.

W Konstytucji w art. 42 ust. 1 ustawodawca zawarł zasadę *nullum crimen sine lege*⁵, która, jak się przyjmuje, jest pochodną zasady demokratycznego

* Niniejsza publikacja jest fragmentem projektu badawczego finansowanego ze środków NCN 2011/03/D/HS5/01456.

¹ D. von der Pfordten, *Czym jest prawo? Cele i środki*, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2010, nr 1, s. 9. Autor odwołuje się do poglądów G. Radbrucha, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 2003, s. 11.

² I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 35 i nast.

³ *Ibidem*, s. 60 i nast.

⁴ M.E. Stefaniuk, *Skuteczność prawa i jego granice*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2011, nr 16, s. 55 i przywołana tam literatura.

⁵ L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, s. 24 i nast.; A. Zoll, *Zasady prawa karnego w projekcie konstytucji*, s. 72 i nast.; A. Wąsek, *Spojrzenie karnisty na projekt Konstytucji RP*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska 1997, Vol. 44, Sectio G, s. 169 i nast.; A. Barczak-Oplustil, *Obowiązywanie zasady „nullum crimen sine lege”*. *Wybrane problemy*, Czasopismo Prawa Karnego Nauk Penalnych 2013, nr 3, s. 5.

państwa prawnego oraz zasady adekwatności⁶, ma również istotne znaczenie z punktu widzenia art. 7 ETPCz⁷. Korzyści płynące z takiego rozwiązania nie budzą wątpliwości, w szczególności ugruntowaniu ulega bowiem poczucie bezpieczeństwa prawnego obywateli⁸. Zasada *nullum crimen sine lege* ulega doprecyzowaniu trzema postulatami: *scripta* – typizacji tylko przez ustawę, *certa* – maksymalizacji określoności typu czynu zabronionego oraz *stricta* – zakazu stosowania wykładni rozszerzającej i analogii⁹. Zawarta w art. 42 Konstytucji zasada *nullum crimen sine lege* znajduje swe odzwierciedlenie w art. 1 k.k. Podobnie jak w przypadku reguły z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zasada ta zawarta w Konstytucji będzie mieć inne znaczenie i innego adresata niż ta sama zasada powtórzona w regulacjach kodeksowych. O ile bowiem norma kodeksowa formułuje przede wszystkim skierowany do sędziego zakaz rozciągania sfery karalności poza zakres wyznaczony wyraźnie w obowiązującej ustawie, o tyle „konstytucyjna” zasada *nullum crimen sine lege* adresowana jest zwłaszcza do ustawodawcy¹⁰.

Konstytucyjny wymóg zawarty w art. 42 Konstytucji, aby czyn przestępny był przez ustawę zabroniony, a jednocześnie oznaczony, zakłada, że pole penalizacji musi być określone przez ustawę w sposób ścisły w drodze na tyle dokładnego opisu ustawowych znamion, który w praktyce stosowania prawa i jego wykładni będzie wyłączał możliwość rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej na czyny nie zabronione¹¹. W sprawach nie dotyczących zaś wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie istnieje, co do zasady

⁶ A. Zoll, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2006, z. 2, s. 323 i nast.; L. Gardocki, *Zasada „nullum crimen sine lege certa” we współczesnym polskim prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grzeszkowiak*, red. A. Dębiński, M. Gałązka, R.G. Hałas, K. Wiak, Lublin 2006, s. 71.

⁷ Zob. w tym zakresie: I.C. Kamiński, *Zakaz karania bez podstawy prawnej – orzecznictwo ETPCz za lata 2008–2010*, EPS 2011 (listopad), s. 36 i nast.; a w szczególności wyroki ETPCz z 20 stycznia 2009 r. w sprawie *Sud Fondi srl i inni v. Włochy*, skarga nr 75909/01 i wyrok z 25 czerwca 2009 r. w sprawie *Liivik v. Estonia*, skarga nr 12157/05.

⁸ A. Krzywoń, *Konstytucyjna zasada wyłączności ustawy wobec możliwości jej realizacji we współczesnym systemie źródeł prawa*, Przegląd Legislacyjny 2014, nr 2, s. 23–40.

⁹ R. Dębski, *Uwagi o konstytucyjnym ujęciu zasady „nullum crimen sine lege”*, s. 92 i nast.; Z. Jędrzejewski, *„Nullum crimen sine lege” i kontratypy a zasada jedności porządku prawnego (jednolitej bezprawności)*, „Ius Novum” 2011, nr 1, s. 7 i nast.

¹⁰ *Ibidem*, s. 91; W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 129; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, Państwo i Prawo 1998, nr 9, s. 24 (m.in. K 35/08).

¹¹ *Ibidem*, s. 24; R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995; J. Warylewski, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz do rozporządzenia*, Warszawa 2003, s. 326; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 50–51; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, red G. Rejman, Warszawa 1999, s. 58.

możliwość delegowania władzy wykonawczej i samorządowi terytorialnemu - wydawania aktów normatywnych zawierających normy sankcjonowane, natomiast norma sankcjonująca, przekazująca władzy sądowiczej prawo wymierzenia kary za naruszenie normy sankcjonowanej, musi mieć wyłącznie rangę normy ustawowej¹². Przepis art. 42 Konstytucji zawiera dla ustawodawcy wiążącą dyrektywę dla procesu kształtowania zakresu odpowiedzialności karnej, każdy zatem przepis o charakterze karnomaterialnym może być poddany kontroli z punktu widzenia jego konstytucyjności, tzn. z punktu widzenia jego zgodności z treścią art. 42 Konstytucji¹³.

W państwie praworządnym nie powinny obowiązywać przepisy karne, których ustawodawca nie potrafi sformułować dokładnie, ani nie ma na to szans w drodze orzecznictwa SN, ustawodawca nie może bowiem wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakresu zakazu karnego i przestrzegania go, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic¹⁴. Także w orzecznictwie TK obserwowany jest konsekwentny pogląd, że z zasady państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji, a także art. 42 Konstytucji wynika wymóg, aby przepisy prawne były formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny, naruszeniem zaś Konstytucji RP jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań¹⁵. Postulując ścisłość ustawy karnej, należy jednocześnie zdać sobie sprawę, jak słusznie zauważa W. Wolter, do jakiego stopnia można mówić o ustawie ścisłej, pewnej, w sytuacji gdy ustawa karna redagowana jest w języku potocznym, który w przeciwieństwie do języków sztucznych, sformalizowanych, wykazuje niedające się usunąć nieostrości, w szczególności gdy chodzi o zakres użytych wyrazów czy znaków syntaktycznych. To zaś odbija się na ustaleniu zasięgu takiego czy innego zakazu¹⁶.

W sferze prawa represyjnego w obrębie zasady *nullum crimen sine lege* na szczególną uwagę zasługuje zasada wyłączności ustawy (*scripta*)¹⁷. Zdaniem A. Zolla, zasadnicze pytanie związane z interpretacją art. 31 ust. 3

¹² A. Zoll, *Znaczenie...*, s. 323.

¹³ L. Kubicki, *Nowa...*, s. 25.

¹⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 9, Warszawa 2003, s. 16.

¹⁵ Wyrok TK z 5 maja 2004 r., sygn. P 2/03, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 5/A/2004, poz. 39, s. 552; wyrok TK z 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 5/A/2010, poz. 50; wyrok TK z 22 maja 2002 r., sygn. K 6/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 3/A/2002, poz. 33; wyrok TK z 28 października 2009 r., sygn. Kp 3/09, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 9/A/2009, poz. 138.

¹⁶ W. Wolter, *Sądowe zastępowanie ilościowych znamion ocennych przez znamiona określone liczbowo*, Państwo i Prawo 1977, z 1, s. 6 i nast.

¹⁷ A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, s. 23 i nast.

w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji, brzmi – czy tylko na podstawie ustawy można odróżnić zachowania zabronione pod groźbą kary od zachowań niekaralnych (zewnątrzna funkcja określoności czynu) oraz czy tylko na podstawie ustawy można zachowania zabronione pod groźbą kary przyporządkować poszczególnym typom, z którymi związana jest określona sankcja karna (wewnętrzna funkcja określoności czynu)¹⁸. Kluczem do odpowiedzi na tak postawione pytanie, zdaniem A. Zolla, jest rozróżnienie norm na te, które decydują o bezprawności czynu i te, które decydują o jego karalności, które prowadzi do słusznej konkluzji, że norma sankcjonująca musi mieć wyłącznie rangę normy ustawowej, jednocześnie musi wyraźnie odwoływać się do zakresu normowania przez normę sankcjonowaną w taki sposób, aby można było jednoznacznie określić znamiona typu czynu zabronionego¹⁹. W tym zakresie TK również konsekwentnie podkreśla, że Konstytucja RP nakazuje, aby to ustawa w sposób zupełny i wyczerpujący regulowała wszystkie sprawy o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela zagwarantowanych w Konstytucji²⁰, przy czym TK uznaje jednocześnie za dopuszczalne doprecyzowanie tych elementów w aktach wykonawczych wydanych w zgodzie z art. 92 Konstytucji²¹.

Gwarancje konstytucyjne przewidziane w art. 42 Konstytucji RP odnoszą się zasadniczo do odpowiedzialności karnej²², w takiej też postaci zasada niniejsza znajduje odwzorowanie w art. 1 k.k., analogicznego odwzorowania, mimo zbliżonych zasad odpowiedzialności charakterystycznych dla przestępstw, nie uda się już odnaleźć w art. 1 k.w., który w sposób jasny wska-

¹⁸ A. Zoll, *Znaczenie...*, s. 327 i nast.; A. Krzywoń, *Konstytucyjna...*, s. 30 i nast. i przywołana tam literatura oraz orzecznictwo TK; L. Kubicki, *Nowa...*, s. 25 i nast.

¹⁹ A. Zoll, *Znaczenie...*, s. 327 i nast.; idem, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, s. 79–80.

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 lipca 2003 r., P 10/02; OTK-A 2003/6/62, Dz.U. z 2003 r. Nr 134, poz. 1265; orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K. 11/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w 1995, cz. 1, s. 137.

²¹ Wyrok TK z 26 listopada 2003 r., SK 22/02; Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Seria A 2003/9/97, Dz.U. z 2003 r. Nr 206, poz. 2012; wyrok TK z 13 maja 2008 r., P 50/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Seria A 2008/4/58, Dz.U. z 2008 r. Nr 90, poz. 562; wyrok TK z 8 lipca 2003 r., Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Seria A 2003/6/62, Dz.U. z 2003 r. Nr 134, poz. 1265. Interpretując cytowany przepis, Trybunał Konstytucyjny rozważał najszerzej znaczenie tego przepisu w wyroku z 20 lutego 2001 r., P 2/00. Trybunał przypomniał wówczas, że w świetle poglądów doktryny „ustawodawca sam musi określić znamiona czynu zabronionego, zaś ich sprecyzowanie może być przekazane władzy wykonawczej” (wyrok z 12 stycznia 2000 r., sygn. P. 11/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 1/2000, s. 42; w wyroku z 20 lutego 2001 r., P. 2/00, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 2/2001, s. 196 oraz w wyroku z 8 lipca 2003 r., P 10/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 6/A/2003, poz. 62).

²² Art. 42 ust. 1 Konstytucji („Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko [...]”).

zuje na odpowiedzialność za wykroczenie²³. Marginalnie tylko w niniejszym opracowaniu, z uwagi na jego ramy, w tym miejscu zasygnalizować należy problem rozumienia odpowiedzialności karnej, a tym samym także i inny problem art. 116 k.k. i zakresu zastosowania przepisów części ogólnej k.k.²⁴, zaznaczając jedynie, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego dominuje aktualnie pogląd, iż pojęcie odpowiedzialności karnej na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji ma znaczenie szersze od tego, jakie przyjmuje kodeks karny, a ustawowe pojęcie „odpowiedzialność karna” nie może rzutować na treść tego samego pojęcia użytego w ustawie zasadniczej²⁵. Z tego względu przyjmuje się, że art. 42 Konstytucji obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, a więc odpowiedzialność za przestępstwo, ale również inne formy odpowiedzialności prawnej związanej z wymierzaniem kar wobec jednostki²⁶, do których Trybunał Konstytucyjny zaliczył odpowiedzialność dyscyplinarną, odpowiedzialność za wykroczenia i odpowiedzialność podmiotów zbiorowych podkreślając jednocześnie w przypadku tych rodzajów odpowiedzialności konieczność stosowania gwarancji konstytucyjnych sformułowanych w art. 42 ust. 1 Konstytucji odpowiednio, nie zaś wprost²⁷.

²³ Analogicznie art. 1 k.k.s.: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe podlega ten tylko, kto popełnia czyn społecznie szkodliwy, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. L. Gardocki odnosi zasadę *nullum crimen sine lege certa* także do wykroczeń (L. Gardocki, *Zasada...*, s. 72).

²⁴ L. Wilk, *Uwagi o tzw. pozakodeksowym prawie karnym (w świetle idei zupełnej kodyfikacji karnej)*, Państwo i Prawo 2011, nr 7–8, s. 61 i nast.; A. Bojańczyk, *Z problematyki relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną i karną (na przykładzie odpowiedzialności dyscyplinarnej zawodów prawniczych)*, Państwo i Prawo 2004, nr 9, s. 17–31; postanowienie SN z 13 marca 2013 r., V KK 389/12, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 2013/7/56.

²⁵ Zob. np. wyrok TK z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy 2003, nr 9, poz. 97, gdzie TK wskazał, że odpowiedzialność przewidziana w ustawie lustracyjnej jest odpowiedzialnością o charakterze represyjnym, ale nie każdą taką odpowiedzialność można utożsamiać z odpowiedzialnością karną. Tą ostatnią jest bowiem jedynie odpowiedzialność za zbrodnie lub występki. Por. także postanowienie SN z 28 września 2006 r., I KZP 20/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 2006, z. 10, poz. 89; uchwałę SN z 23 marca 2011 r., I KZP 31/10, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 2011, nr 3, poz. 23; wyrok SN z 17 sierpnia 2011 r., II KO 72/10, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karne i Wojskowa 2011, z. 10, poz. 92; orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 maja 2011 r., II AKa 389/10, LEX nr 1001370 oraz z 20 października 2011 r., II AKa 433/11, LEX nr 1130269. Podobne stanowisko jest prezentowane także w doktrynie, zob. m.in.: J. Raglewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. 1, Warszawa 2012, s. 1458–1460.

²⁶ Wyrok z 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03; Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 10/A/2004, poz. 103; wyrok TK z 28 listopada 2007 r., K 39/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Seria A2007, nr 10, poz. 129.

²⁷ Wyrok TK z 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 4/A/2003, poz. 50, s. 731. Szerzej: R. Pawlik, *Konstytucyjne podstawy i zakres*

II. Postrzeżenie typu czynu zabronionego jako wzorca służącego realizacji funkcji gwarancyjnej jest w doktrynie prawa karnego powszechne²⁸. Wzorzec ten budowany jest przy pomocy ustawowych znamion, tj. określonych w ustawie cechy zewnętrznego zachowania się człowieka, skutku i okoliczności tego zachowania, jak również określonego stosunku psychicznego człowieka do tego zachowania, które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym aby stwierdzić, że człowiek ten dopuścił się przestępstwa²⁹. Znamiona, stanowiąc o zakresie czynów przestępnych, co do zasady określają granice pomiędzy zachowaniami karalnymi a nie karalnymi³⁰, precyzując jednocześnie, na czym polegają różne typy przestępstw i wskazując, jakie fakty podlegają udowodnieniu w postępowaniu karnym dla skazania za takie przestępstwo. Jest to teza podstawowa w teorii ustawowych znamion, którą I. Andrejew określa jako teorię integrującą aspekty prawa materialnego z prawem procesowym³¹. Ustawowa typizacja spełniać może należycie swoją funkcję gwarancyjną, a tym samym urzeczywistniać w pełni zasadę *nullum crimen sine lege* tylko przy zastosowaniu odpowiedniej techniki legislacyjnej, od której zależy jakość typizacji³². Niniejsze opracowanie poświęcono jedynie drobnemu fragmentowi zagadnień typizacji, a mianowicie znamionom ilościowym w procesie kontrawencjonalizacji w odniesieniu do zasady *nullum crimen sine lege*, przy jednoczesnej świadomości tego, że stanowią one jedynie wycinek grup znamion kategoryzowanych jako znamiona opisowe i ocenne oraz znamiona ostre i nieostre³³. Wspomniane grupy znamion wyodrębnia się przede wszystkim z uwagi na to, że językiem ustawy jest w zasadzie język potoczny, który zazwyczaj nie cechuje się ostrością używanych wyrazów i zwrotów³⁴. Podziały te w istotnej mierze nakładają się na siebie.

prawa karania – zagadnienia wybrane z perspektywy odpowiedzialności za przestępstwo i wykroczenie, [w] *Demokratyczne i socjalne państwo prawne – społeczeństwo, polityka, gospodarka. Księga Jubileuszowa Profesora Zbigniewa Maciagga*, red. M. Grzybowski, Kraków 2014, s. 419–448.

²⁸ M. Rodzynekiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 43 i nast. oraz cytowana tam literatura.

²⁹ I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 7 i nast.

³⁰ T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 11.

³¹ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 129 i nast.

³² T. Bojarski, *Odmiany...*, s. 15; T. Bojarski, *Typizacja przestępstw i zasada „nullum crimen sine lege”*. *Wybrane zagadnienia*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 1977, t. 24, nr 8, s. 153 i nast.; L. Gardocki, *Typowe zakłócenia funkcji zasady „nullum crimen sine lege”*, „*Studia Iuridica*” 1982, nr 10, s. 56.

³³ R. Dębski, *System prawa karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 402–403.

³⁴ *Ibidem*, [za:] W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 93 i nast.

Znamiona ocenne mają ze względu na ich istotę z reguły charakter nieostry, zakładana jest tutaj bowiem konieczność wartościowania, która dokonywana jest w procesie stosowania prawa³⁵, dopuszczając możliwość przekazania przez władzę ustawodawczą władzy sądowniczej określenia typu czynu zabronionego, gdzie ustawodawca używa pojęć z natury swojej nie ostrych, tym samym niejako świadomie pozostawiając sądom wyznaczenie granicy kryminalizacji³⁶. Rozwiązanie takie aprobowane jest w orzecznictwie TK oraz SN³⁷. Wśród znamion ocennych wyróżnia się znamiona wartościujące wymagające oceny jakościowej oraz oceny ilościowej, wśród zaś tych wymagających oceny ilościowej wyróżnia się jako wyjątek znamiona mierzalne liczbowo, które mają z reguły charakter ostry³⁸.

W różnych ustawodawstwach obserwuje się różne sposoby wyrażania ilościowego rozmaitych cech rzeczywistości poprzez: umieszczenie liczebnika w dyspozycji przepisu, umieszczenie liczebnika i innego znamienia określającego cechy jakościowe i ilościowe, umieszczenie w dyspozycji znamienia reprezentującego cechy ilościowe, natomiast liczebnik pojawia się w słowniczku, umieszczenie w dyspozycji znamienia oznaczającego cechy jakościowe i ilościowe, sprecyzowanie zaś ilości za pomocą liczebnika następuje w orzecznictwie sądowym³⁹. Liczebniki w typizacji, jak choćby wprowadzenie kwot, jak to dzieje się przy przestępstwach przeciwko mieniu, są zadośćuczynieniem postulatowi zasady *nullum crimen sine lege certa*⁴⁰, wydatnie sprzyjają przy tym jednolitości praktyki sądowej, przyczyniają się również do jednolitości

³⁵ Typowe znamiona ocenne to „znaczne rozmiary”, „istotna szkoda” i „wiele osób”. Zob. np.: W. Radecki, *Znamiona ocenne w rozdziale XXII Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko środowisku”*, „Ius Novum” 2008, nr 1, s. 12 i nast.

³⁶ A. Zoll, *Znaczenie...*, s. 328, 332 i nast.; L. Gardocki, *Typowe zakłócenia...*, s. 47 i nast.

³⁷ W postanowieniu z 19 grudnia 2007 r. SN przyjął, że wyłączość ustawy i maksymalna określoność znamion przestępstw nie oznacza jednak, iż wszelkie elementy opisujące czyny zabronione muszą i mogą być wyczerpująco ustalone w ustawie. Także w zakresie typizacji przestępstw dopuszczalne jest odwoływanie się do sformułowań ocennych (np. ciężkie, lekkie, istotne, podobne, wielka, znaczna, silne, znikomy itp.). Ostatecznie na sądach ciąży obowiązek interpretacji przepisu zgodnie z zasadami konstytucyjnymi. Postanowienie Sądu Najwyższego z 19 grudnia 2007 r., V KK 101/07, LEX nr 346785, Prokuratura i Prawo wkł. 2009/2/1, Biuletyn Prawa Karnego 2008/2/38.

³⁸ *Ibidem*; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie...*, s. 49 i nast.; W. Wolter, *Z problematyki języka prawnego kodeksu karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1972; idem, *Uwagi o znamionach wymagających ilościowej oceny w przepisach prawa karnego*, Państwo i Prawo 1976, z 6, s. 25 i nast., idem, *Sądowe zastępowanie ilościowych znamion ocennych przez znamiona określone liczbowo*, Państwo i Prawo 1977, z 1, s. 6 i nast.

³⁹ I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 238 i nast.

⁴⁰ W. Wolter, *Z problematyki języka prawnego...*, idem, *Uwagi o znamionach...*, s. 25 i nast.; idem, *Sądowe zastępowanie...*, s. 6 i nast.

realizacji polityki karnej, wnosząc jednocześnie pewną sztuczności, gdy chodzi o wypadki graniczne⁴¹.

Problematykę znamion wymagających ilościowej oceny przy braku ścisłego miernika podejmował m.in. W. Wolter podkreślając, że wyrazy ocenno-ilościowe bez ścisłego miernika nasuwają pewne wątpliwości, jako że „rozluźniają” zawartość przepisu, czyniąc stosującego prawo w pewnym sensie panem nad przepisem⁴². Zupełne wyłączenie takich znamion jest jednak, zdaniem W. Woltera, niemożliwe, ich użycie zaś w procesie typizacji to zabieg świadomy ustawodawcy określającego mniej lub więcej jakiegoś pole znaczeniowe, które wypełnić ma dopiero praktyka sądowa swoimi indywidualnymi ocenami⁴³. Ze strony ustawodawcy, w ocenie W. Woltera, jest to dowód wielkiego zaufania do sądów w ogóle, a do Sądu Najwyższego w szczególności – jako instytucji współdziałającej i współodpowiedzialnej za pewien stan działania przepisów prawnych⁴⁴. We współczesnej nauce prawa karnego także A. Zoll zwraca uwagę, że jakkolwiek ustawodawca powinien unikać znamion ocennych, to jednak postulatu tego wynikającego z zasady *nullum crimen sine lege certa* nie da się stuprocentowo wypełnić, a dla odróżnienia zachowań karalnych od niekaralnych ustawodawca musi nieraz sięgnąć do znamion wartościujących, a nawet do znamion mających cechy klauzuli generalnej, co w rzeczywistości oznaczać będzie przekazanie przez ustawodawcę orzekającemu sędziemu kompetencji do ustalenia, czy czyn popełniony przez oskarżonego jest karalny, czy też karalny nie jest⁴⁵.

⁴¹ I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 241 i nast.; R. Sarkowicz, *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, Państwo i Prawo 1990, z 11, s. 79; raczej nie: W. Radecki, *Znamiona ocenne...*, s. 23; ale już pogląd zgoła odmienny: T. Koziol, *Znaczna ilość środka odurzającego*, Prokuratura i Prawo z 2010, nr 11, s. 72.

⁴² W. Wolter, *Z problematyki języka prawnego...*; idem, *Uwagi o znamionach...*, s. 25 i nast.

⁴³ TK zaznaczał w swoich orzeczeniach, że wyrażen lub zwrotów niedookreślonych nie da się zupełnie wyeliminować (np. wyroki z: 15 września 1999 r., sygn. K 11/99, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 6/1999, poz. 116; 14 grudnia 1999 r., sygn. SK 14/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 7/1999, poz. 163 i 17 października 2000 r., sygn. SK 5/99, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy nr 7/2000, poz. 254). Posługiwanie się w prawie pojęciami nieostrymi nie zawsze jest uchybieniem legiślacyjnym. Często bowiem skonstruowanie określonej normy prawnej za ich pomocą stanowi jedyne rozsądne wyjście. Na straży właściwego zastosowania takiej normy stoją przede wszystkim normy procesowe, wskazujące na przesłanki zastosowania, w konkretnej sprawie, normy prawnej, skonstruowanej za pomocą tego rodzaju nieostrego pojęcia. W takim przypadku jednak miarą dostatecznej precyzji przepisu prawnego jest to, czy umożliwia on jednolitą wykładnię i jednolite stosowanie tego przepisu.

⁴⁴ W. Wolter, *Sądowe zastępowanie...*, s. 6 i nast.

⁴⁵ A. Zoll, *Pozaustawowe okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 429 i nast.

W piśmiennictwie w tym zakresie zwraca się jednocześnie uwagę na dominację tzw. deklaratoryjnej teorii wykładni, w myśl której celem interpretatora jest zasadniczo odtworzenie, nie zaś kreacja sensu przepisu, wykładnia nie może bowiem co do zasady zastępować ustawodawcy pozytywnego ani uzupełniać treści przepisu prawnego⁴⁶. Z zasady *nullum crimen sine lege* i gwarancyjnej funkcji prawa karnego wynika m.in. nakaz ścisłej interpretacji przepisów karnych, co oznacza konieczność korzystania z wykładni w granicach dyrektyw wykładni językowej przy możliwości odstąpienia na rzecz wyników wykładni systemowej lub funkcjonalnej tylko wówczas, gdy takie odstępstwo z jednej strony jest uzasadnione odpowiednio doniosłymi względami prawnymi, z drugiej zaś nie będzie prowadziło do wykładni na niekorzyść oskarżonego⁴⁷. Żadna z wykładni nie może być stosowana w sposób prowadzący do rozszerzającego wyznaczenia zakresu zastosowania norm w nim zawartych⁴⁸. W analizach rozstrzygnięć Sądu Najwyższego i ich argumentacji podnosi się, że nieraz organowi stosującemu prawo, w przypadku luki prawnej może jednak nie pozostawać nic innego, jak próbować ją wypełnić za pomocą wykładni, która wówczas staje się tworzeniem nowych norm prawnych i bywa określana mianem tzw. wykładni kreatywnej⁴⁹. Jednym ze swoistego rodzaju instrumentów karnoprocesowych będzie tutaj m.in. art. 441 k.p.k.⁵⁰, zgodnie z którym jeżeli przy rozpoznawaniu środka odwoławczego wyłoni się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, sąd odwoławczy może odroczyć rozpoznanie sprawy i przekazać zagadnienie do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu. Zagadnienie zaś będzie wymagać „zasadniczej wykładni ustawy” jeśli chodzi o przeciwdziałanie rozbieżnościom interpretacyjnym już zaistniałym w orzecznictwie bądź mogącym – z uwagi np. na

⁴⁶ S. Majcher, *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych)*, Państwo i Prawo 2004 z. 2 s. 69 i nast. oraz przywołana tam literatura.

⁴⁷ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 82 i nast.

⁴⁸ R. Zawłocki, *O metodzie interpretacji przepisów prawa karnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2004, z. 4, s. 93.

⁴⁹ S. Pomorski, *Z problematyki tzw. normotwórczej działalności sądów w prawie karnym*, Państwo i Prawo 1969, z. 8–9, s. 368–376; T. Stawecki, *Interpretacja prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 99; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 284–333; W. Lang, *W sprawie prawotwórczej roli orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Państwo i Prawo 1958, z. 4, s. 666–668; S. Majcher, *W kwestii...*, s. 69–81; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa a prawotwórstwo*, Państwo i Prawo 1967, z. 6, s. 865–878.

⁵⁰ Zob. w tym zakresie: J. Wyrembak, *Zasadnicza wykładnia znamion przestępstw. Pozycja metody językowej oraz rezultatów jej użycia*, Warszawa 2009 i przywołana tam literatura, w szczególności s. 153 i nast.; P. Saługa, *Sposoby wyodrębniania definicji legalnych*, Państwo i Prawo 2008, nr 1, s. 76 i nast.; A. Bielska-Brodziak, Z. Tobor, *Słowniki a interpretacja tekstów prawnych*, Państwo i Prawo 2007, z. 5, s. 20 i nast.

istotne różnice poglądów doktryny – w nim zaistnieć, które to rozbieżności są niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania prawa w praktyce⁵¹.

Istotnym z punktu widzenia omawianej problematyki, aczkolwiek irrelevantnym z kolei z punktu widzenia procesu kontrawencjonalizacji, wprowadzającym w przepisach określoną gradację czynu zabronionego⁵², jest przykład znamienia „znacznej ilość środka odurzającego”⁵³, gdzie obserwowalne jest od wielu już lat rozbieżne orzecznictwo kształtujące zakres pola penalizacji⁵⁴. W wyroku z 17 czerwca 1999 r. na gruncie jeszcze art. 43 ustawy z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, SN wskazał, że ustawodawca kształtując podstawowy i kwalifikowany typ przestępstwa wprowadzenia do obrotu słomy makowej, mleczka makowego, środka odurzającego lub psychotropowego, a także tworząc wypadek mniejszej wagi nie zdefiniował w ustawie ocennych znamion różnicujących podstawy odpowiedzialności sprawców wprowadzających do obrotu różne ilości określonych w niej środków. Typ kwalifikowany poprzez zmianę „znacznej ilości” został jednakże utworzony przy zastosowaniu wyłącznie kryterium ilościowego, bez możliwości uwzględnienia nadto rodzaju wprowadzonego do obrotu środka. O ile zatem rodzaj wprowadzonego środka mógłby mieć znaczenie dla kształtowania wypadku mniejszej wagi, to posłużenie się kryterium jakościowym w odniesieniu do znamienia „znaczna ilość” byłoby przejawem wykładni *contra legem*. Z kolei brak ustawowej definicji tego znamienia jest równoznaczny z przekazaniem

⁵¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2012 r., I KZP 20/11 Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa 2012/1/4, Prokuratura i Prawo, wkł. 2012/5/16.

⁵² Oprócz typu podstawowego przestępstwa, którym jest samo posiadanie lub wprowadzanie do obrotu środków odurzających albo substancji psychotropowych, zakładają również typ uprzywilejowany (określenie wypadku mniejszej wagi – art. 56 ust. 2 i art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii) oraz typ kwalifikowany (określenie „znaczna ilość” – art. 56 ust. 3 i art. 62 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii).

⁵³ T. Koziół, *Znaczna ilość środka odurzającego*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 11; A. Malasińska-Nagórny, *Pojęcie „znacznej ilości” środków odurzających*, Prokuratura i Prawo 2013, nr 11, s. 159 i nast.

⁵⁴ Sąd Najwyższy wypowiada się w zasadzie konsekwentnie, że „znaczna ilość narkotyków to taka, która wystarczy do jednorazowego odurzenia się co najmniej kilkudziesięciu osób”. Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 1 lutego 2007 r., sygn. akt III KK 257/06, Lex nr 323801; wyroki Sądu Najwyższego z: 1 marca 2006 r., sygn. akt. II KK 47/05, Lex nr 182794 i 10 czerwca 2008 r., sygn. akt. III KK 30/08, Lex nr 418629, postanowienie Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r., sygn. akt. I KZP 10/09, Lex nr 518123 – aczkolwiek nie brak też przykładów interpretacji odmiennej, por. m.in.: SA w Katowicach w wyroku z 12 listopada 2005 r., II AKA 282/05, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2006, z. 4, poz. 98; SA w Warszawie w wyroku z 18 kwietnia 2000 r., II AKA 22/00, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2001, z. 2, poz. 8; Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 6 listopada 2003 r., II AKA 56/03, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2004, z. 6, poz. 79; Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 30 maja 2007 r., II AKA 85/07, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2007, z. 6, poz. 50; z 25 października 2006 r., II AKA 205/06, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2006, z. 11, poz. 38; z 31 sierpnia 2005 r., II AKA 167/05, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2005, z. 9, poz. 32.

uprawnień do wykładni treści znamienia ocennego sądowi orzekającemu⁵⁵. W wyroku z 14 lutego 2012 r.⁵⁶, TK orzekł, że art. 62 ust. 2 oraz art. 56 ust. 3 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii, w zakresie użytego znamienia „znacznej ilości” wymienionych w nich substancji, są zgodne z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP. Uzasadniając przyjęte stanowisko TK powołał się m.in. na fakt, że w świadomości prawnej jednostek jest ugruntowana podstawa aksjologiczna, z której wynika konkretny normatywny imperatyw, mieszczący się w pełni w chronionym przez art. 42 ust. 1 Konstytucji standardzie określoności czynu zabronionego. Zdaniem TK, cel kwestionowanych przepisów jest w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii sformułowany jasno, jest niezmienny od lat (niezależnie od zmiany aktów prawnych) i jest społecznie akceptowany, co daje podstawę do przyjęcia zgodności kwestionowanych przepisów z konstytucyjnym wzorcem⁵⁷.

III. Przechodząc do problematyki znamion ilościowych w procesie kontrawencjonalizacji i różnorodnych problemów, jakie nastęrczają one w kontekście zasady *nullum crimen sine lege*, w pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy na to, że w demokratycznym państwie prawnym pierwszoplanowe znaczenie przypisuje się godności i wolności człowieka oraz systemowi ochrony tych wartości przed ich naruszeniem ze strony władzy państwowej, które to wolności i prawa mogą być co do zasady ograniczane tylko ze względu na wolności i prawa innych⁵⁸. Jak wyżej zaznaczono - Konstytucja RP w art. 31 ust. 3 określa przesłanki, których spełnienie jest konieczne dla wprowadzenia takich ograniczeń⁵⁹, a które nastąpić mogą tylko i wyłącznie w ustawie, oraz tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, nie mogąc przy tym naruszać istoty tych wolności i praw⁶⁰. Powołana regulacja

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1999 r., sygn. IV KKN 813/98, Prokuratura i Prawo, wkł. 2000/1/2.

⁵⁶ Por. wyrok TK z 14 lutego 2012 r., P 20/10, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2012/2/15, Dz.U.2012/214; glosa krytyczna: T. Koziół, *Glosa do wyroku TK z dnia 14 lutego 2012 r.*, P 20/10., Państwo i Prawo 2013 z. 5;

⁵⁷ Zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 14 lutego 2012 r., sygn. akt P 20/10 zgłosił Sędzia TK Adam Jamróz.

⁵⁸ A. Zoll, [w:] *System prawa karnego. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 228; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo 2001/10/5-24.

⁵⁹ L. Garlicki, *Przesłanki...*, s. 6 i nast.

⁶⁰ Idem, *Komentarz do art. 31*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, Warszawa 2003, s. 7; wyrok TK z 15 grudnia 2004 r., K 2/04, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2004, nr 11, poz. 117; wyrok TK z 29 czerwca 2001 r., K 23/00,

wskazuje dwie istotne z punktu widzenia zakreślonej problematyki zasady, a mianowicie zasadę proporcjonalności i zasadę konieczności które nakazują odpowiednio zachowanie odpowiedniej proporcji między efektem regulacji, a ciężarem nakładanym na jednostkę wyznaczając jednocześnie maksymalną dopuszczalną granicę intensywności ingerencji prawnokarnej oraz ustalenie wysokości kary na minimalnym poziomie, który pozwala zapewnić skuteczną ochronę danego dobra⁶¹.

Proporcjonalność, a zarazem subsydiarność wymagać będą zwalczania patologii społecznych przede wszystkim środkami pozapenalnymi⁶². Jak zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji dla ustalenia, czy w danym wypadku nie zachodzi nadmierność ingerencji, konieczne jest udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego z którym jest powiązana, 3) czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela⁶³. Zasada przydatności nakazuje natomiast odrzucenie represji karnej w tych wszystkich przypadkach, w których w świetle ustaleń nauki nie jest ona w stanie doprowadzić do realizacji założonych celów społecznych⁶⁴.

Kształtując sposób ochrony dóbr w niepodległej Polsce, w 1932 r. wprowadzając kodeks karny⁶⁵ i kodeks wykroczeń⁶⁶, z dominującymi wśród tych ostatnich naruszeniami o charakterze administracyjnym⁶⁷, przyjęto podział czynów zabronionych na przestępstwa i wykroczenia. Regulacje te oparte

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2001, nr 5, poz. 124; wyrok TK z 12 stycznia 2000, P 11/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2000, nr 1, poz. 3; wyrok TK z 30 października 2006 r., P 10/06, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2006, nr 9, poz. 128.

⁶¹ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1999/2/33, s. 33 i nast.; M. Królikowski, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, s. 48; orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538.

⁶² J. Piskorski, *Ekwifinalność...*, s. 17 i nast.

⁶³ Orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1995, nr 1, poz. 12, LEX nr 25538; W. Wróbel, *Drogi i bezdroża reformy prawa karnego (o rządowym projekcie nowelizacji kodeksu karnego)*, Państwo i Prawo 2007/9 s. 5 i nast. oraz przywołana tam literatura.

⁶⁴ K. Wojtyczek, *Zasada...*, s. 33., szerzej także R. Pawlik, *Konstytucyjne podstawy ...* str. 419 i nast;

⁶⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny, Dz.U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.

⁶⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Prawo o wykroczeniach, Dz.U. Nr 60, poz. 572 z późn. zm.

⁶⁷ T. Bojarski, *Ewolucja polskiego systemu prawa wykroczeń*, [w:] *Rozwój polskiego prawa wykroczeń*, Lublin 1996, s. 14–15; T. Grzegorzczak, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń...*, s. 15–19.

były na odmiennych od obecnych ustrojowych i systemowych założeniach, niemniej jednak trwale wyznaczyły w systemie polskim zasadnicze sposoby ingerencji w sferę praw i wolności jednostki, dzieląc odpowiedzialność na odpowiedzialność karną i odpowiedzialność za wykroczenia z właściwymi im sposobami reakcji⁶⁸, aczkolwiek co należy zaznaczyć kryterium podziału nie było w pełni jednoznaczne. Również w aktualnie obowiązującym polskim kodeksie karnym granice przestępstwa nie zostały określone przez podanie jego definicji *sensu stricto*, da się ją jednak zrekonstruować w oparciu o art. 1,2,7 i 9 k.k.⁶⁹. Także obecne polskie prawo wykroczeń, które w swoim rozwoju historycznym przechodziło przez różne konstrukcje – od modelu o charakterze administracyjnym do modelu obecnego, który zbliżony jest do odpowiedzialności karnej⁷⁰ nie ma wypracowanej jednolitej koncepcji, przy czym niejednolitość tę potęguje jeszcze sukcesywne wprowadzanie konstrukcji tzw. typów przepołowionych.

Już J. Makarewicz, przyglądając się zasadzie *nullum crimen sine lege*, zwracał uwagę, że w każdym współczesnym państwie, obok właściwych czynów karalnych, istnieje grupa przestępstw zwana „wykroczeniami policyjnymi”, dostrzegając różnicę między przestępstwami i wykroczeniami o charakterze teoretycznym. W przypadku wykroczenia policyjnego, zdaniem J. Makarewicza, ma się do czynienia, podobnie jak w wypadku przestępstwa, z nieposłuszeństwem sprawcy wobec normy ustanowionej przez państwo lub w jego imieniu dla ochrony dóbr prawnych oraz z karzącą reakcją⁷¹. Zdaniem L. Gardockiego, oddzielenie przestępstw od wykroczeń ma na celu podkreślenie porządkowego charakteru tych ostatnich, popełnienie wykroczenia, co do zasady nie łączy się z potępieniem moralnym, charakterystycznym dla większości przestępstw, zwracając uwagę na ustawę kontrawencjonalizacyjną⁷². Zdaniem natomiast M. Bojarskiego, w teorii różnicy między prawem karnym powszechnym a karno-administracyjnym należy upatrywać w jakościowo odmiennej definicji, będącej pochodną funkcji, którą w przeszłości spełniały te dwa działy prawa, gdzie prawo karne powszechne ma służyć realizacji państwowego *ius puniendi*, natomiast prawo karno-administracyjne – wykonywaniu państwowej funkcji administrowania. Obecnie jednak, jak

⁶⁸ Zob. obecnie art. 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm. oraz art. 1 ustawy z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.

⁶⁹ L. Gardocki, *Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, 2013, t. 60, nr 2, sectio G, s. 29 i nast.

⁷⁰ I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 238 i nast.

⁷¹ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*, Lublin 2009, s. 101 i nast.

⁷² *Ibidem*, s. 32.

podkreśla M. Bojarski, przeprowadzenie precyzyjnego podziału między tymi dwiema grupami czynów w oparciu o wskazane kryterium nie jest możliwe, a wskazane kryterium może być tylko jedną z wielu perspektyw oceny⁷³.

Utrzymujący się do dnia dzisiejszego kierunek tzw. rozwarstwiania przestępczości, zmierzający do diametralnie różnej oceny drobnych przestępstw począł się krystalizować już od początku lat 60. ubiegłego wieku, formalnie zaś zapoczątkowała go ustawa z 17 czerwca 1966 r.⁷⁴ o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego, wprowadzając nowy, dotychczas nieznanym polskiemu ustawodawstwu stan, polegający na tym, iż niektóre wykroczenia zaczęły mieć swoje odpowiedniki w przestępstwach, granice między nimi wytycza zaś zasadniczo tylko jedno znamię, które decyduje o końcowej ocenie czynu⁷⁵. Wspomnianą wyżej ustawą procesowi kontrawencjonalizacji poddano m.in. następujące typy zachowań zabronionych: kradzież lub przywłaszczenie mienia społecznego lub innego mienia (art. 119 k.w. i 278 k.k.), wyrąb, kradzież, przywłaszczenie sobie drzewa z lasu (art. 120 k.w. i 290 k.k.), paserstwo (art. 122 k.w. i 291 k.k.) oraz uszkodzenie mienia (art. 124 k.w. i 288 k.k.)⁷⁶. We wskazanych typach to swoiste „przepełnienie” następowało bądź przez wprowadzanie znamion ocennych, bądź też przez wyrażoną w kwocie pieniężnej wartość przedmiotu czynu lub wysokość wyrządzonej szkody⁷⁷.

Proces kontrawencjonalizacji, a konkretnie jego efekt w postaci typów przepełnionych, był i jest nadal w doktrynie zdecydowanie krytykowany⁷⁸, przede wszystkim z uwagi na pojawiające się w tzw. obszarach „stycznych”⁷⁹

⁷³ M. Bojarski, *W sprawie ostatecznego uregulowania kwestii tzw. czynów przepełnionych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 2, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 37.

⁷⁴ Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego, Dz.U. Nr 23, poz. 149.

⁷⁵ A. Gubiński, M. Siewierski, *Ustawa o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego*, Warszawa 1967; J. Skupiński, *Model polskiego prawa o wykroczeniach*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974.

⁷⁶ Szczegółowo por.: ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego, Dz.U. Nr 23, poz. 149.

⁷⁷ Ustawa z 17 czerwca 1966 r. o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego, Dz.U. Nr 23, poz. 149; A. Gubiński, M. Siewierski, *Ustawa o przekazaniu...*; J. Skupiński, *Model...*

⁷⁸ K. Buchała, A. Zoll, *Niektóre problemy pogranicza kodeksu karnego i kodeksu wykroczeń*, *Zeszyty Naukowe IBPS* 1977, nr 7; J. Szumski, *Przekwalifikowanie przestępstw w wykroczenia*, *Państwo i Prawo* 1980, nr 5; T. Florek, A. Zoll, *Z problematyki pogranicza przestępstw i wykroczeń*, *Nowe Prawo* 1974, nr 3; artykuł polemiczny w tej kwestii: J. Bafia, *Jeszcze o czynach przepełnionych*, *Zagadnienia Wykroczeń* 1988, z. 6.

⁷⁹ Takim określeniem posługują się trafnie np. M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny prawne obszarów stycznych wykroczeń i przestępstw*, Wrocław 1989, s. 27 i nast.

przestępstw i wykroczeń, trudności teoretyczne i praktyczne⁸⁰. W tym stanie rzeczy już od dawna postuluje się likwidację tzw. typów przepołowionych⁸¹ za względu na obserwowany negatywny wpływ takiego rozwiązania na klarowności systemu prawa karnego, obejmującego także prawo o wykroczeniach, określane obecnie jako przedłużenie i dopełnienie prawa karnego⁸², a także będące przedmiotem niniejszego opracowania problemu w kontekście konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*. Proces ten jednakże postępuje nadal, a jednym z przykładów jego kontynuacji może być ostatnia zmiana, polegająca na skreśleniu w kodeksie karnym w art. 178a jego § 2 i uzupełnieniu tym samym zakresu art. 87 k.w. przez dodanie nowego § 1a⁸³. W wyniku tej samej nowelizacji w przepisach art. 119, 120, 122 i 124 k.w., podniesiono również wysokości kwot rozgraniczających przestępstwo od wykroczenia do jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia⁸⁴.

Jednocześnie w omawianym zakresie obecnie godny zauważenia jest projekt ustawy o zmianie zasad ponoszenia odpowiedzialności za niektóre zachowania stanowiące wykroczenia oraz zmianie ustawy Kodeks postępowania, w sprawach o wykroczenia⁸⁵, w którym autorzy założyli, że wykroczenia to typy czynów zabronionych skierowane w pierwszej kolejności przeciwko dobrom prawnym których ochrona jest w przeważającej mierze zadaniem pra-

⁸⁰ B. Szykowski, *Czyny przepołowione-problemy praktyczne*, s. 92 i nast.; W. Marcinkowski, *Kilka zagadnień z obszarów wspólnych przestępstw i wykroczeń*. Problem ten zauważa także A. Marek, *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 1967, s. 33; idem, *Kierunki postulowanych zmian prawa wykroczeń*, Państwo i Prawo 1987, z. 2, s. 31.

⁸¹ Tak m.in.: M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny...*, s. 27; M. Bojarski, *Z problematyki pogranicza wykroczeń i przestępstw, uwagi „de lege ferenda”*, Zagadnienia Wykroczeń 1988, z. 3, s. 30.

⁸² A. Marek, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 2008, s. 2; I. Andrejew, *Przyczynki do zagadnienia trójpodziału przestępstw*, Państwo i Prawo 1955, n 12; *Prawo o wykroczeniach, projekt*, Warszawa 1970, s. 65–66.

⁸³ Por. druk nr 378, Sejm VII kadencji oraz druk 870, Sejm VII kadencji; Postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z 9 maja 2009 r. (S 2/09), gdzie TK zwrócił uwagę na nieproporcjonalność orzekanych środków w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w przypadku, kiedy sprawca występku z art. 178a §2 k.k. takiego pojazdu nie prowadził, oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 2009 r. P 7/08 Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2009/4/46, Dz.U.2009/63/531 z głosem aprobusującą A. Ornowskiej. Zob. m.in.: R.A. Stefański, *Zasadność kontrawencjonalizacji prowadzenia w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego pojazdu niemechanicznego*, Prokuratura i Prawo 2014, nr 4 s. 48 i nast.; R. Pawlik, *Spoleczna szkodliwość czynu – wybrane zagadnienia na przykładzie wykroczenia typizowanego w art. 87 k.w.*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2013, nr 4; *Ochrona dobra prawnego z perspektywy procesu kontrawencjonalizacji – wybrane zagadnienia*, [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013.

⁸⁴ Zmiany wprowadzono ustawą z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r. Nr 1247.

⁸⁵ www.legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/1/154082/154088/154097/dokument77440.pdf; www.legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/154082.

wa administracyjnego, kierując je tym samym do tzw. reżimu administracyjno-karnego⁸⁶. Zdaniem D. Korczyńskiego, administracyjne kary pieniężne od grzywny odróżnia przede wszystkim pierwszoplanowa funkcja i cel, przy czym tym pierwszoplanowym celem grzywny za przestępstwo i wykroczenie jest odpłata za popełniony czyn zabroniony, natomiast kary pieniężne mają przed wszystkim stanowić środek przymusu, służący zapewnieniu realizacji wykonawczo zarządzających zadań administracji oraz działań prewencyjnej, gwarancyjnej, dopiero zaś w dalszej kolejności stanowić odpłatę za popełniony czyn⁸⁷. Generalnie jednak, co widać m.in. w orzecznictwie TK, granica jest płynna⁸⁸. Reasumując, w projekcie przyjmuje się, że kryteria decydujące o przeniesieniu odpowiedzialności za niektóre wykroczenia do reżimu administracyjnego mają charakter mieszany – przedmiotowo-podmiotowy, a są nimi łącznie: administracyjno-porządkowa natura czynu zabronionego jako wykroczenie oraz możliwość powierzenia nakładania kar pieniężnych za takie naruszenia organom posiadającym uprawnienia kontrolne, zwłaszcza wyspecjalizowanym formacjom inspekcyjnym, obecnie korzystającym z prawa do nakładania mandatów karnych oraz innym organom w sytuacjach wskazanych powyżej⁸⁹.

IV. Przechodząc do szczegółowej, a zarazem różnorodnej problematyki znamion ilościowych w procesie kontrawencjonalizacji, w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* warto w pierwszej kolejności przedstawić przykład typów opisanych w art. 177 k.k. i 86 k.w. i relewantnego z ich punktu widzenia poziomu obrażeń ciała. W zakresie wspomnianych typów problem pojawił się po wejściu w życie k.k. z 1997 r., który w art. 177 odmiennie niż dotychczasowy k.k. z 1969 r., wyraźnie wskazał, że determinujące jego realizację będą obrażenia ciała innej osoby w rozumieniu art. 157 § 1 k.k.

⁸⁶ Zob. uzasadnienie projektu, a także: D. Korczyński, *Konwersja reżimu odpowiedzialności za niektóre zachowania stanowiące obecnie wykroczenia i standardy jej stosowania*, „Przegląd Legislacyjny” 2014, nr 1 (87), s. 67 i nast.; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004; W. Fill, *Charakter prawny administracyjnych kar pieniężnych (na tle prawa ochrony środowiska)*, Państwo i Prawo 2009, nr 6, s. 63–75.

⁸⁷ D. Korczyński, *Konwersja...*, s. 69 i nast.

⁸⁸ Zob. wyroki TK z 15 stycznia 2007 r., P 19/06, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2007/1/2, Dz.U. z 2007 r. Nr 10, poz. 69; z 14 października 2009 r., KP 4/09, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2009/9/134, M.P. z 2009 r. Nr 68, poz. 888; z 8 lipca 2003 r., P 10/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A2003/6/62, Dz.U. z 2003 r. Nr 134, poz. 1265.

⁸⁹ Por. uzasadnienie projektu, s. 7 oraz załącznik, wg którego z kw byłyby to 52b, 60¹§ 3 i 4, 63, 109, 110–117, 118§1, 135, 137, 138, 138a, 138b, 138c, 146 kw; www.legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/154082/154088/154097/dokument77440.pdf; www.legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/154082.

tj. powyżej 7 dni⁹⁰. Automatycznie powstał wobec tego problem, jak zakwalifikować w tej sytuacji zdarzenie z obrażeniami ciała innej osoby które nie trwały dłużej niż 7 dni⁹¹. W uzasadnieniu zarówno projektu, jak i później samej ustawy, kodeks karny wyraźnie podkreślano, że intencją ustawodawcy w tym przypadku była kontrawencjonalizacja, polegająca na przeniesieniu ostatecznie ze wspomnianych kategorii zdarzeń do kategorii wykroczeń⁹². Takie rozwiązanie wyraźnie kwestionował jednak m.in. A. Marek, zwracając uwagę, że *de facto* w kodeksie wykroczeń nie wprowadzono odpowiednika tzw. lekkiego wypadku⁹³. Wątpliwości w tym zakresie wyjaśnił SN wskazując na art. 86 k.w. w sytuacji, gdy skutkiem zdarzenia były obrażenia ciała innej osoby do 7 dni⁹⁴. W znacznej mierze krytycznie do takiego rozwiązania odniósł się m.in. S. Majcher podkreślając, że w tym wypadku SN wyręczył niejako ustawodawcę⁹⁵.

Pozostawiając samą kwestię kontrawencjonalizacji w obrębie art. 177 k.k. i 86 k.w. na marginesie niniejszych rozważań, w zakresie kontrawencjonalizującego znamienia obrażeń ciała przypomnieć należy, że rozstrój zdrowia jako znamię funkcjonował już na gruncie k.k. z 1932 r., potem k.k. z 1969 r., następnie zaś k.k. z 1997 r.⁹⁶, gdzie ustawodawca wyraźnie rozwarstwia od-

⁹⁰ *De facto* jednocześnie dokonując analizy dogmatycznej przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu w k.k. z 1997 r., należało by wywieść z art. 157 k.k. wnioszek, że wspomniane obrażenia ciała będą kategorią nadrzędną, a zarazem zbiorczą, obejmującą naruszenie czynności narządu ciała i rozstrój zdrowia.

⁹¹ Por. m.in.: A. Marek, *Odpowiedzialność karna za spowodowanie „lekkich” uszkodzeń ciała przez sprawcę wypadku w komunikacji*, Prokuratura i Prawo 1999, nr 3, s. 7 i nast.; R.A. Stefański, *Wypadek komunikacyjny jako przestępstwo w nowym k.k.*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 10, s. 49 i nast., idem, *Odpowiedzialność za spowodowanie lekkiego wypadku drogowego*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 11–12, s. 129 i nast.; W. Marcinkowski, *Koncepcja odpowiedzialności zredukowanej w świetle art. 177 par. 3 k.k.*, Prokuratura i Prawo. 1999, nr 6, s. 36 i nast.

⁹² *Nowe kodeksy karne. Kodeks karny. Uzasadnienie*, Warszawa 1997, s. 191 i nast.

⁹³ A. Marek, *Odpowiedzialność...*, s. 9 i nast.

⁹⁴ Uchwała SN z 18 listopada 1998 r., I KZP 16/98, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Karnej i Wojskowej 1998/11-12/48, OSP 1999/2/37, Prokuratura i Prawo, wkł. 1999, nr 1, s. 4; Monitor Prawniczy 1999, nr 2, s. 7; Monitor Prawniczy 1999, nr 1, s. 8; Biuletyn SN 1998, nr 11, s. 10; Wokanda 1999, nr 1, s. 14; przegląd orzecz.: S. Zabłocki, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karnej*; glosa częściowo krytyczna: S. Bończak, *Glosa do uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r.*, I KZP 16/98; glosa krytyczna: M. Kornilowicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r.*, I KZP 16/98; glosa krytyczna: W. Marcinkowski, *Glosa do uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r.*, I KZP 16/98; przegląd orzecznictwa: R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 1998 r.*; idem, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1998 r.*; A. Gałuszka, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych oraz postanowienie SN z 10 grudnia 1998 r.*, I KZP 20/98, LEX nr 519656.

⁹⁵ S. Majcher, *W kwestii...*, s. 73.

⁹⁶ R. Mądro, G. Teresiński, K. Wróblewski, *Rozstrój zdrowia jako znamię przestępstwa z art. 157 k.k.*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 10, s. 33 i nast.

powiedzialność przyjmując naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia trwający nie dłużej niż 7 dni (art. 157 § 2 k.k.), naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia inny niż określony w art. 156 § 1 (art. 157 § 1 k.k.), ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 156 § 1 k.k.), a także zabójstwo człowieka (art. 148 § 1 k.k.) oraz w obrębie przestępstw przeciwko czci i nietykalności uderzanie człowieka lub w inny sposób naruszanie jego nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.). O ile art. 156 § 1 pkt.1 k.k. nie nastrocza znaczniejszych problemów interpretacyjnych, o tyle te z pewnością pojawiają się już w § 2 w postaci np. długotrwałej choroby realnie zagrażająca życiu⁹⁷. Definiując rozstrój zdrowia przyjmowano, że jest to skutek urazu bez widocznych anatomicznych zmian⁹⁸, odróżniając tę niewątpliwą dysfunkcję wyraźnie od naruszenia czynności narządu ciała⁹⁹. Naruszenie czynności narządu ciała jest to wywołanie w ustroju takich zmian, które w sposób wyraźnie niekorzystny odbijają się na jego całości, kształcie, wyglądzie bądź czynności¹⁰⁰, rozstrój zdrowia natomiast wyraża się dolegliwościami, które wynikają przede wszystkim ze zmienionych czynności narządów bądź układów bez uchwytne- go, przynajmniej w sposób wyraźny, podłoża autonomicznego¹⁰¹. Przykładami rozstroju zdrowia mogą być ból, gorączka, utrata świadomości, wymioty, biegunka, stopień natężenia oraz czas trwania – będą one decydowały o tym, czy należy je zaliczyć do ciężkich, średnio ciężkich, czy też lekkich¹⁰². Stwier-

⁹⁷ Jako przykład podaje T. Marcinkowski przez pryzmat skutku śmiertelnego posocznicy wywołaną wyciskaniem czyraka na karku (s. 690). Zob szeroko: B. Kolański, D. Korecka, G. Wośko, *Przestępstwo spowodowania choroby realnie zagrażającej życiu (art. 156 § 1 pkt. 2 k.k.) – aspekty prawno-medyczne*, s. 56 i nast. W zakresie choroby realnie zagrażającej życiu k.k. z 1997r. zastąpił występujące na gruncie poprzedniej regulacji znamię „choroby zazwyczaj zagrażającej życiu” wymogiem, by choroba ta stwarzała dla życia realne zagrożenie. Zmiana ta była motywowana postulatami środowiska medycznego, niemniej nie ułatwiła w zasadniczy sposób sytuacji. Nadto autorzy bardzo trafnie wskazują na trudności dowodowe w zakresie dokumentacji medycznej – znaczące pracowanie w tym zakresie: G. Teresiński, R. Mądro, *Rola dokumentacji medycznej w opiniowaniu sądowo-lekarskim*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 11, s. 17.

⁹⁸ W. Grzywo-Dąbrowski, *Podręcznik medycyny sądowej*, Warszawa 1948; *Medycyna sądowa. Podręcznik dla studentów medycyny*, red. A. Jakliński, J.S. Kobiela, Warszawa 1972.

⁹⁹ T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Szczytno 2010, s. 681 i nast.; E. Habzda-Siwiek, *Kilka uwag o przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu z rozdziału XIX kodeksu karnego w oparciu o dane ze statystyk policyjnych*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, s. 1109 i nast.

¹⁰⁰ T. Marcinkowski, *Medycyna...*, s. 691 i nast.

¹⁰¹ Spójne i pełne rozważania w tym zakresie: Z. Mazak-Łucyk, W. Łucyk, *Putapki terminologii medycznej w obszarze wspólnym medycyny, prawa i techniki*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2005, t. 55, s. 25–31; T. Jurek, B. Świątek, *Rozstrój zdrowia – próba interpretacji pojęcia*, część 1: *Ocena poprawności językowej, zakres znaczeniowy, przegląd orzecznictwa sądów*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2006, t. 56, s. 209–215; część 2: *Problemy opiniodawcze*, s. 216–222 oraz przywołana tam literatura i orzecznictwo; M. Trybus, *Kilka uwag o wybranych skutkach w grupie przestępstw przeciwko zdrowiu*, nr 3.

¹⁰² T. Marcinkowski, *Medycyna...*, s. 692 i nast.

dzenie tych okoliczności niewątpliwie ma znaczenie dla rozstrzygnięcia, wymagając jednocześnie wiadomości specjalnych. Zgodnie zatem z art. 193 § 1 k.p.k., jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych. Przypomnieć należy, że interpretacja tego przepisu zarówno w judykaturze, jak i doktrynie, nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że powołanie biegłego w sytuacji, o jakiej mowa w § 1 omawianego przepisu nie jest prawem, a obowiązkiem sądu, jeśli więc w sprawie konieczne było zasięgnięcie opinii biegłego, dowodu z biegłego nie można zastąpić innym dowodem¹⁰³. Jednocześnie przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z art. 7 k.p.k. organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego.

Wracając do założenia, że stosowanie w opisie karalnego zachowania znamion ocennych i nieostrych oznacza przekazanie przez ustawodawcę orzekającemu sędziemu kompetencji do ustalenia, czy czyn popełniony przez oskarżonego jest karalny, czy też karalny nie jest¹⁰⁴, w tym miejscu można próbować pokusić się o stwierdzenie, że w zasadzie w powołanym wyżej przykładzie jest to przekazanie wspomnianej kompetencji biegłemu, którego opinia co prawda stanowi szczególnie środek dowodowy podlegający ocenie przez organ procesowy¹⁰⁵, niemniej jak pokazuje praktyka, wymiaru sprawiedliwości w zasadzie determinuje powyższe ustalenie. Co prawda w wyroku z 13 stycznia 2011 r. SN wyraźnie wskazał, że biegły nie określa kwalifikacji prawnej czynu, a jedynie ustala rodzaj obrażeń i stopień naruszenia czynności narządów ciała, co pozwala sądowi na prawidłowe zakwalifikowanie zachowania sprawcy¹⁰⁶, niemniej, jak słusznie zauważa K. Witkowska, wa-

¹⁰³ Post. SN z 17 maja 2007 r., II KK 331/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2007/1/1070.

¹⁰⁴ A. Zoll, *Pozastawowe...*, s. 429 i nast.; T. Retryk, *Tryb ścigania przestępstwa z art. 157 par. 2 i 3 k.k. oraz niektórych innych przestępstw (uwagi „de lege ferenda”)*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 12 s. 96 i nast.

¹⁰⁵ S. Kalinowski, *Biegły i jego opinia*, Warszawa 1994, s. 134; T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 1998, s. 9; K. Witkowska, *Biegły w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2013, z. 1, s. 66; wyrok SN z 12 października 2006 r., IV KK 236/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2006/1/1958; postanowienie SN z 20 maja 2010 r., II KK 306/09, LEX nr 590219; wyrok SN z 7 października 2008 r., III KK 153/08, LEX nr 469432.

¹⁰⁶ Wyrok SN z 13 stycznia 2011 r., II KK 188/10; Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2011/2/17; wyrok SN z 12 października 2006 r., IV KK 236/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2006/1/1958; postanowienie SN z 20 maja 2010 r., II KK 306/09, LEX nr 590219; wyrok SN z 7 października 2008 r., III KK 153/08, LEX nr 469432.

runkiem przecież realizacji swobodnej oceny dowodu z opinii biegłego jest posiadanie chociażby „wycinkowej wiedzy specjalistycznej” w dziedzinie, której dotyczy opiniowanie, w przypadku zaś wysoko specjalistycznych opinii kontrolowanie takie będzie dość mocno ograniczone, co powoduje, że organ będzie w pewnym sensie „związany” opinią biegłego¹⁰⁷. W praktyce wymiaru sprawiedliwości pojawił się choćby problem różnego opiniowania w zakresie powstania drobnego sińca, pojawiały się bowiem opinie w kierunku uszkodzenia małych naczyń krwionośnych, a zatem zakładające naruszenie czynności narządu ciała¹⁰⁸, takiego poglądu nie podziela np. T. Marcinkowski¹⁰⁹, zaś Z. Gąsczyk-Ożarowski i C. Chowaniec przedstawiają konkluzję, że obrażenia ciała pod postacią podbiegnięć krwawych, które nie naruszają czynności skóry ani nie powodują rozstroju zdrowia, należy kwalifikować z art. 217 k.k., albowiem nie realizują one skutków naruszenia czynności narządów ciała, ani rozstroju zdrowia opisanych w art. 157 k.k.¹¹⁰. Szerzej wątpliwości co do poziomu opiniowania sądowo lekarskiego w sprawach karnych przez biegłych z list sądów okręgowych oraz powoływanych *ad hoc* w interesujący sposób pokazano m.in. w obserwacji Katedry Medycyny Sądowej Śląskiej Akademii Medycznej¹¹¹.

V. Kolejnym przykładem znamienia ilościowego w procesie kontrawencjonalizacji implikującym już zgoła inny problem są przestępstwa i wykroczenia przeciwko mieniu. Kryminalizując zachowania skierowane przeciwko temu dobru ustawodawca założył znaczną gradację jego ochrony¹¹², uzależ-

¹⁰⁷K. Witkowska, *Biegły...*, s. 79; W. Grzeszczyk, *Rola opinii biegłego w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo. 2005, nr 6, s. 26–27; J. Gurgul, *O swobodnej ocenie opinii biegłego*, Prokuratura i Prawo. 2013, nr 10, s. 34 i nast., T. Widła, *Ocena dowodu z opinii biegłego*, Katowice 1992, s. 61 i nast.

¹⁰⁸Szeroko problem opisują: J.A. Berent, K. Śliwka, *Ewolucja pojęcia „naruszenie nietykalności cielesnej” w kolejnych kodeksach*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 1997, t. 47, s. 209–216; T. Jurek, B. Świątek, *Rozstrój zdrowia – próba interpretacji pojęcia*, cz. 2: *Problemy opiniodawcze*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2006, t. 46, s. 216–222; Z. Gąsczyk-Ożarowski, C. Chowaniec, *Czy podbiegnięcia krwawe naruszają czynności skóry?*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2009, t. 49, s. 295–299.

¹⁰⁹T. Marcinkowski, *Medycyna...*, s. 695 i nast.

¹¹⁰Z. Gąsczyk-Ożarowski, C. Chowaniec, *Czy podbiegnięcia...*, s. 289.

¹¹¹C. Chowaniec, M. Chowaniec, A. Nowak, *Nieprawidłowości w opiniowaniu sądowo-lekarskim dotyczącym kwalifikacji obrażeń ciała i rozstroju zdrowia przez biegłych lekarzy nie będących medykami sądowymi*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2005, t. 45, s. 257–260 i przywołana tam literatura.

¹¹²W zakresie węższym ochrona odnosi się do rzeczy, których własność lub faktyczne posiadanie jest przedmiotem ochrony w przepisach dotyczących kradzieży, przywłaszczenia, rozboju, kradzieży rozbójniczej, zniszczenia rzeczy i pasterstwa (art. 278–281, 284, 288, 291 i 292). Ochrona mienia w znaczeniu szerszym, obejmującym także prawa majątkowe o charakterze rzeczowym lub obligacyjnym (w tym wszelkiego rodzaju świadczenia, zyski lub pożytki), wy-

nijając poziom ochrony od wartości mienia będącego przedmiotem zamachu (art. 278§1 k.k. i art. 119 k.w.), komplikując jednocześnie sytuację kontrawencjonalizacji w tym obszarze wprowadzeniem tzw. wypadku mniejszej wagi (art. 278 § 3 k.k.)¹¹³. W doktrynie i orzecznictwie poza spornym charakterem wspomnianej instytucji¹¹⁴, zasadniczo przyjmuje się, że o tej kwalifikacji decydują przedmiotowo-podmiotowe okoliczności czynu, wskazujące na jego niewielką społeczną szkodliwość¹¹⁵, charakteryzujące się przewagą elementów łagodzących, które sprawiają, że ten czyn nie przybiera zwyczajnej postaci, lecz zasługuje na znacznie łagodniejsze potraktowanie¹¹⁶. W orzecznictwie

stępuje w przepisach dotyczących oszustwa i wymuszenia rozbójniczego (art. 286 i 282).

¹¹³ Szczegółowy przegląd stanowisk prezentowanych w literaturze zawiera m.in.: T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw*, Warszawa 1982, s. 142 i nast.

¹¹⁴ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, Państwo i Prawo 1976, nr 1–2, s. 110; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1973, s. 390; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 307; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 544; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 567 i 578; R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 12, s. 125; O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002–2003, s. 1165–1166 i 1177; M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kamiński, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 774 i 781; *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 540 i 551; T. Hajduk, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi (ze szczególnym uwzględnieniem kradzieży z włamaniem)*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 5, s. 51 i nast.

¹¹⁵ Wyrok SA w Białymstoku z 16 listopada 2000 r., II AKA 161/00, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2001, nr 7–8; wyrok SA w Krakowie z 30 listopada 2001 r., II AKA 260/01, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2002, nr 9; wyrok SN z 3 grudnia 1980 r., V KRN 338/80, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Prokuratura Generalna 1981, nr 5, poz. 50; wyrok SN z 9 października 1996 r., V KKN 79/96, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1997, nr 3–4, poz. 27, z glosą aprobującą Buchały, Państwo i Prawo 1997, z. 9; wyrok SA w Lublinie z 8 sierpnia 1996 r., II AKA 91/96, Prokuratura i Prawo 1997, nr 5, s. 65 z glosą aprobującą Wąska, *ibidem*; wyrok SN z 4 kwietnia 1997 r., V KKN 6/97, Prokuratura i Prawo, wkł. 1997, nr 10, poz. 7; wyrok SA w Białymstoku z 16 listopada 2001 r., II AKA 161/00, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2001, z. 7–8, poz. 42; wyrok SA w Krakowie z 30 listopada 2001 r., II AKA 260/01, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2002, z. 9, poz. 70; wyrok SN z 24 kwietnia 2002 r., II KKN 193/00, LEX nr 54386; postanowienie SN z 13 czerwca 2002 r., V KKN 544/00, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2002, nr 9–10, poz. 73; I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym*, Państwo i Prawo 1970, nr 7, s. 5; T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 144; T. Hajduk, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi*, Prokuratura i Prawo 2002, z. 5, s. 54 i nast.

¹¹⁶ Spośród elementów strony przedmiotowej czynu istotne znaczenie mają w szczególności: rodzaj dobra, w które godzi przestępstwo, zachowanie się i sposób działania sprawcy, użyte przez niego środki, charakter i rozmiar szkody wyrządzonej lub grożącej dobru chronionemu prawem, a także odczucie szkody przez pokrzywdzonego, czas, miejsce i inne okoliczności popełnienia czynu. Z elementów podmiotowych szczególnego rozważenia wymagają przede wszystkim: stopień zawinienia, postać zamiaru oraz motywacja i cel działania sprawcy. Niezwykle istotne

SN oraz literaturze przedmiotu odrzuca się dwa skrajne ujęcia dotyczące elementów decydujących o przyjęciu wypadku mniejszej wagi, a mianowicie stanowisko przedmiotowe oraz tzw. całościowe¹¹⁷. Okoliczności wpływające na przyjęcie wypadku mniejszej wagi pokrywają się w znacznej mierze z okolicznościami wpływającymi na wymiar kary, dlatego też w piśmiennictwie w dużej mierze słusznie podnosi się, że efekt osiągniany przy zastosowaniu wypadku mniejszej wagi można by uzyskać, stosując przewidzianą w art. 60 k.k. instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary¹¹⁸.

Przypomnieć w tym miejscu wypada również, że polski k.k. z 1932 r. nie posługiwał się liczbowym oznaczeniem wartości w przestępstwach majątkowych – dopiero po II wojnie światowej poczynając od dekretów z 1953 r.¹¹⁹, liczbowe oznaczenia powróciły i pozostały do dziś¹²⁰. *Ratio legis* rozwarstwienia odpowiedzialności za kradzież stanowi, jak podnosi się w uzasadnieniu rządowego projektu nowego kodeksu karnego, specyfika przestępstw przeciwko mieniu, związana zwłaszcza z wartością przedmiotu przestępstwa, okolicznościami jego popełnienia oraz kategoriami sprawców dopuszczających się najczęściej tych przestępstw. Przyczyną zastosowania tej konstrukcji prawnej przez ustawodawcę było daleko idące zróżnicowanie abstrakcyjnego stopnia społecznej szkodliwości kradzieży. W praktyce bowiem w ramach szerokiego spektrum zachowań realizujących ustawowe znamiona kradzieży

są formy umyślności, premedytacja, dokładność w przygotowaniu przestępstwa, upór w dążeniu do osiągnięcia celu przestępnego albo przypadkowość działania sprawcy, wpływ innej osoby na zachowanie sprawcy, obawa przed skutkami odmowy dokonania czynu przestępnego. Por. postanowienie SN z 22 grudnia 2010 r., sygn. akt II KK 279/10; Biuletyn Prawa Karnego 2011/1/13-14; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 29 września 2010 r., sygn. II AKA 270/10; LEX nr 621279; orzeczenie SN z 7 lutego 1935 r., Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej 1935, nr 388, poz. 35; orzeczenie SN z 26 marca 1935 r., Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Karnej 1935, poz. 472; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem...*, s. 446 i nast.

¹¹⁷ Por. wyroki SN z 19 marca 1970 r., Rwn 179/170, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1970, nr 7–8, poz. 83; z 6 lutego 1973 r., V KRN 516/72, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1973, nr 9, poz. 112; z 29 sierpnia 1978 r., VI KRN 207/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 142; z 14 maja 1980 r., V KRN 90/80, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1980, nr 9, poz. 75; D. Pleńska, O. Górniok, [w:] *System prawa karnego*, t. 4, cz. 2, Wrocław–Warszawa–Kraków 1988, s. 403–404; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 594; J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 514–515.

¹¹⁸ Zgodnie z art. 60 § 2 k.k., sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Ten szczególnie uzasadniony wypadek mógłby być wywołany tymi samymi okolicznościami, które obecnie powodują zakwalifikowanie czynu jako wypadek mniejszej wagi. Por. w tym zakresie: K. Banasik, *Wypadek mniejszej wagi w prawie karnym*, Prokuratura i Prawo. 2008, nr 3 s. 48 i nast.

¹¹⁹ Dz.U. z 1953 r. Nr 17, poz. 69.

¹²⁰ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 234 i nast.

mogą znajdować się z jednej strony czyny związane z zaborem przedmiotów niewielkiej wartości, a z drugiej zaś rzeczy mających znaczną wartość materialną¹²¹. I tak dotychczasowa granica w obrębie przestępstw i wykroczeń przeciwko mieniu zakreślona została na poziomie 250,00 zł, projekt zmiany zakresu normowania w pierwotnej wersji w ramach tzw. typów przepołowionych, zakładał podniesienie tej granicy do kwoty 1 000,00 zł¹²², uzasadniając wspomnianą zmianę m.in. tym, że dotychczasowa kwota graniczna została ustalona w 1998 r., nie odzwierciedla więc obecnych realiów finansowych i ekonomicznych, z uwagi na wielokrotny od 1998 r. wzrost kwoty minimalnego i średniego wynagrodzenia, które w I kwartale 2012 r. wynosiło 3 646,09 zł¹²³, zaś kwota wynagrodzenia minimalnego od 1 stycznia 2012 r. wynosiła 1 500 zł¹²⁴. Ostatecznie zaś wartość graniczna ustalona została na poziomie jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia¹²⁵.

W ramach uzasadnienia proponowanej zmiany podnoszono, że pokrzywdzenie czynami drobnymi, jakimi są wspomniane już wykroczenia kradzieży czy uszkodzenia cudzej rzeczy, okazuje się wielokrotnie bardzo uciążliwe dla obywatela i wymaga szybkiego rozstrzygnięcia. To właśnie nieuchronność i szybkość wymierzania kary, a także jej ekonomiczna dotkliwość daje poczucie sprawiedliwości. Umiejscowienie tych czynów w Kodeksie wykroczeń eliminuje konieczność uruchomienia w sprawach o mniejszym ciężarze gatunkowym kosztownej „machiny postępowania przygotowawczego”, przy jednoczesnej gwarancji, że ten czyn zabroniony nie pozostanie bez reakcji organów ścigania¹²⁶. Zaliczenie drobnych kradzieży do kategorii wykroczeń pozwala na należytą ocenę tych zachowań, a zwłaszcza nie stwarza możliwości uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności z uwagi na stopień społecznej

¹²¹ Por. w tym zakresie: uzasadnienie k.k. z 1997 r. Wypadek mniejszej wagi, przestępstwo z art. 278 § 3 k.k. zagrożone jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W przypadku przypisania sprawcy wypadku mniejszej wagi możliwe jest odstąpienie od wymiaru kary i orzeczenie jedynie środka karnego, jeżeli zostaną spełnione przesłanki z art. 59. Odstępując od wymierzenia kary, sąd może, niezależnie od orzeczenia środka karnego na podstawie art. 59, orzec w stosunku do sprawcy świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 na określony cel społeczny. Wysokość tego świadczenia nie może przekraczać trzykrotności najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w pierwszej instancji (art. 49 k.k.). por. także wyrok SN z 14 stycznia 2004 r., V KK 121/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2004, poz. 106, s. 87–88 oraz wyrok SN z 9 października 1996 r., V KKN 79/96, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1997, nr 3–4, poz. 27.

¹²² Sejm RP VII kadencji, nr druku: 870, projekt ustawy z uzasadnieniem.

¹²³ Jak wynika z komunikatu prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z 11 maja 2012 r.; M.P. 2012 Nr 0 poz. 298.

¹²⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z 13 września 2011 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2012 r., Dz.U. z 2011 r. Nr 192, poz. 1141.

¹²⁵ Ustawa z 27 września 2013 r., Dz.U. z 2013 r. poz. 1247, zmieniająca m.in. ustawę z 9 listopada 2013 r.

¹²⁶ Por. m.in. Sejm RP VII kadencji, nr druku: 870, projekt ustawy z uzasadnieniem.

szkodliwości danego czynu. W aktualnym stanie prawnym, gdy te bezprawne zachowania kwalifikowane są jako wykroczenia, umorzenie postępowania ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu nie jest dopuszczalne, a taki stopień społecznej szkodliwości rzutuje co najwyżej na rodzaj i rozmiar reakcji organu orzekającego w stosunku do obwinionego¹²⁷.

Planowanej przez resort sprawiedliwości zmianie wysokości progu kwotowego między wykroczeniami a przestępstwami, sprzeciwiały się przede wszystkim organizacje zrzeszające sieci handlowe. Argumentem pojawiającym się najczęściej było to, że „kradzież to zawsze kradzież”, zaś niewykryte kradzieże w sklepach przekładają się na 1,5–2 mld zł strat rocznie, a w ciągu czterech lat liczba takich kradzieży wzrosła czterokrotnie: z 1359 w 2007 r. do 5202 w 2011 r. Podnosi się także, że kradzieże towarów o wartości niższej niż 250,00 zł są dokonywane regularnie przez te same osoby, znane personelowi sklepów. Przesunięcie granicy przy kradzieży do 1 000,00 zł za wykroczenie, zdaniem przedstawicieli sieci handlowych spowoduje, że straty w handlu zwiększą się czterokrotnie, do poziomu 4–5 mld zł rocznie, jednocześnie wzrośnie przestępczość i szara strefa¹²⁸.

Wprowadzenie rozwarstwienia kwotowego, jak zaznaczono to już wyżej, jest zadośćuczynieniem postulatowi zasady *nullum crimen sine lege certa*¹²⁹, wydatnie sprzyja przy tym jednolitości praktyki sądowej, przyczynia się również do jednolitości realizacji polityki karnej, wprowadzając jednocześnie pewnego rodzaju sztuczność m.in. ochrony dobra, gdy chodzi o tzw. wypadki graniczne¹³⁰. W efekcie m.in. obserwować można absurdalne wręcz sytuacje „pomyłek” co do wartości skradzionego mienia¹³¹.

¹²⁷Postanowienie Sądu Najwyższego z 10 czerwca 2003 r., II KK 87/03, LEX nr 78371; Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, z upoważnienia ministra, na interpelację nr 4120 w sprawie projektu nowelizacji ustawy Kodeks wykroczeń; www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/Interpelacja.Tresc.xsp?key=71166D1D [dostęp 10.05.2013].

¹²⁸Interpelacja nr 15627 w sprawie sprzeciwu wobec proponowanych zmian dotyczących kwalifikowania wykroczenia i przestępstwa; www.sejmmetr.pl/sejm_interpelacje/19791 [dostęp 10.05.2013]; z uwagi na to, że wskazana wyżej zmiana w zakresie kwoty granicznej na chwilę przygotowywanego niniejszego opracowania obowiązuje niecałe 8 miesięcy, niecelowe wydaje się badanie jej wpływu na statystyki przestępstw i wykroczeń we wskazanym obszarze.

¹²⁹W. Wolter, *Z problematyki języka prawnego kodeksu karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1972; idem, *Uwagi o znamionach wymagających ilościowej oceny w przepisach prawa karnego*, Państwo i Prawo 1976, z 6, s. 25 i nast.; idem, *Sądowe zastępowanie ilościowych znamion ocenianych przez znamiona określone liczbowo*, Państwo i Prawo 1977, z 1, s. 6 i nast.

¹³⁰I. Andrejew, *Podstawowe...*, s. 241 i nast.; R. Sarkowicz, *Interpretacja liczb w tekście prawnym*, Państwo i Prawo 1990, z 11, s. 79; raczej nie: W. Radecki, *Znamiona ocenne...*, s. 23; ale już pogląd zgół odmienny: T. Kozioł, *Znaczna ilość środka odurzającego*, Prokuratura i Prawo z 2010, nr 11, s. 72.

¹³¹www.kwp.radom.pl/przeglady/artukul/jednostka/komenda-powiatowa-policji-w-bialobrzegach/idPrzeglady/165/idArtykulu/8628/druk/1 [dostęp 31.07.2014]; wiadomosci.onet.pl/krakow/chcial-ukrasc-za-mniej-ale-pomylily-mu-sie-ceny/ve0sw [dostęp 31.07.2014].

Ten sam, aczkolwiek nieco zmodyfikowany problem pojawia się w przypadku przestępstwa i wykroczenia paserstwa¹³². Paserstwo rzeczy o wartości nieprzekraczającej jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia stanowi wykroczenie z art. 122 k.w., jednak gdy przedmiotami paserstwa są broń, amunicja, materiały lub przyrządy wybuchowe, zawsze stanowi ono z uwagi na art. 130 k.w. przestępstwo. Wątpliwości budzi, czy granica wartości mienia ma zastosowanie również do paserstwa rzeczy pochodzących z kradzieży z włamaniem (art. 279), rozboju (art. 280), czy kradzieży rozbójniczej (art. 281). Te ostatnie zawsze bowiem stanowią przestępstwo, niezależnie od wartości zabranej rzeczy. W związku z tym w doktrynie i orzecznictwie pojawia się pogląd, że paserstwo odnoszące się do przedmiotów pochodzących ze wskazanych wyżej kwalifikowanych typów kradzieży zawsze jest przestępstwem z art. 291¹³³. W tym zakresie przyjmuje się, że paserstwo rzeczy o wartości obecnie nieprzekraczającej jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia, jest wykroczeniem z art. 122 k.w. jeśli pochodzi ona z kradzieży z włamaniem¹³⁴, natomiast już z krytyką w piśmiennictwie spotkał się pogląd, że reguła ta dotyczy także rzeczy pochodzącej z rozboju¹³⁵.

Kolejny problem pojawia się właśnie w odniesieniu do przepołowionego charakter rozboju¹³⁶ z uwagi na nadawanie różnych znaczeń pojęciom „przemocy wobec osoby”, użytego w art. 280 § 1 k.k. i „gwałtu na osobie”, użytego w art. 130 § 3 k.w., który to pogląd pojawił się w uchwale Sądu Najwyższego

¹³² P. Palka, *Przestępstwo czy wykroczenie paserstwa – rozważania wokół przedmiotu czynności wykonawczej*, Prokuratura i Prawo 2005, nr 7–8, s. 151 i nast. i przywołana tam literatura; E. Pływaczewski, *Z problematyki rozgraniczenia wykroczeń i przestępstw*, Zagadnienia Wykroczeń 1986, z. 1, s. 28–30; idem, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 49; K. Indecki, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 roku. Analiza dogmatyczna*, Łódź 1991, s. 61–62.

¹³³ Wyrok SN z 19 września 1978 r., III KR 136/78, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1979, nr 4, poz. 43; wyrok SN z 12 września 1986 r., U 7/86, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1986, nr 11–12, poz. 85, z głosami Grzegorzcyka, NP 1988, nr 9 i Kurzępy, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1988, nr 1; wyrok SN z 6 października 1986 r., Rw 721/86, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1987, nr 5–6, poz. 45, z głosami Juszczykovicza, NP 1988, nr 10–12 i Kurzępy, Nowe Prawo 1989, nr 2–3; wyrok SN z 18 lutego 1998 r., II KKN 456/97, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1998, nr 5–6, poz. 26, z głosem Czapskiego, Przegląd Sądowy 1999, nr 6.

¹³⁴ Uchwała SN z 24 września 1997 r., I KZP 15/97, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1997, nr 11–12, poz. 96, z głosami aprobującymi Grzegorzcyka, Orzecznictwo Sądów Polskich 1998, z. 4, poz. 69 i Indeckiego, Prokuratura i Prawo 1998, nr 11–12.

¹³⁵ Wyrok SN z 18 października 1983 r., IV KR 211/83, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1984, nr 5–6, poz. 56.

¹³⁶ M. Bielski, *Wokół „przepołowionego charakteru przestępstwa rozboju”*, Państwo i Prawo 2009, nr 2, s. 89 i nast.; Postanowienie Sądu Najwyższego z 24 września 2008 r., III KK 401/07, LEX nr 464979, Prokuratura i Prawo, wkł. 2009/2/7, Biuletyn Prawa Karnego 2008/12/12.

z 21 marca 2007 r.¹³⁷. We wspomnianym judykacie SN przyjął, że „pojęcie «gwałt na osobie», zawarte w art. 130 § 3 k.w., oznacza kwalifikowaną postać przemocy wobec osoby, charakteryzującą się użyciem siły fizycznej o natężeniu stwarzającym niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia”, w rezultacie czego zachowania polegające na kradzieży rzeczy ruchomej tylko przy użyciu przemocy ulegałyby „przepełowieniu”. Gdyby bowiem wartość skradzionej rzeczy ruchomej nie przekroczyła 250 zł i zarazem intensywność użytej „przemocy” nie osiągnęła poziomu „gwałtu”, czyli nie stwarzała niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia osoby, to sprawca wyczerpałby jedynie znamiona wykroczenia z art. 119 § 1 k.w. W uchwale z 30 czerwca 2008 r. Sąd Najwyższy zajął jednak odmienne stanowisko uznając, że zakresy znaczeniowe wymienionych już wyżej pojęć, użytych w art. 280 § 1 k.k. i art. 130 § 3 k.w., są tożsame, co prowadzi do konkluzji, że kradzież rzeczy ruchomej przy użyciu przemocy stanowi przestępstwo rozboju również wówczas, gdy wartość skradzionej rzeczy ruchomej nie przekracza 250 zł, a użyta przemoc nie osiągnęła intensywności, która stwarzałaby zagrożenie dla życia lub zdrowia osoby¹³⁸.

Zaznaczyć należy, że orzecznictwo i doktryna w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 r. posługiwały się pojęciami „przemoc” i „gwałt” w odniesieniu do osoby, jako tożsamymi¹³⁹. W czasie obowiązywania tego kodeksu, wraz z wejściem w życie wspomnianej już wyżej ustawy z 17 czerwca 1966 r. wyodrębniono z jednolitej do tej pory kategorii przestępstw tzw. „przepełowione” czyny karalne z uwagi na kryterium wartości mienia będącego przedmiotem kradzieży. Jeden z wyjątków od tej zasady obejmował sposób działania sprawcy, który dopuszczał się kradzieży „używając przemocy lub grożąc użyciem natychmiastowego gwałtu na osobie albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, aby zabrać innej osobie cudze mienie ruchome w celu przywłaszczenia lub aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia” (art. 16 § 3 powołanej wyżej ustawy). Przedstawiony wyżej stan prawny uległ zmianie z chwilą wejścia w życie Kodeksu

¹³⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z 21 marca 2007 r., w sprawie I KZP 39/06; Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2007, z. 4, poz. 30.

¹³⁸ Uchwała SN z 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2008/7/53; glosa krytyczna: M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r.*, I KZP 10/08; glosa aprobująca: M. Derlatka, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r.*, I KZP 10/08.

¹³⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 592 i 593. Nie inaczej wypowiadał się w tej kwestii: J. Nisenson, *Przestępstwa przeciwko wolności według projektu kodeksu karnego i projektu ustawy o wykroczeniach. Opinie o projekcie Kodeksu karnego*, Warszawa 1931, z. 4, s. 42–43; W. Makowski, *Komisja Kodyfikacyjna RP, Sekcja Prawa karnego*, t. 3, z. 1, s. 47; a także: *Prawo karne, o przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924, s. 418; L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 550; W. Gutekunst, *O przestępstwie rabunku*, Państwo i Prawo 1954, z. 2, s. 261–264; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 807, 899.

karnego z 1969 r., gdzie w art. 210 § 1 przyjęto „używając lub grożąc natychmiastowym użyciem gwałtu na osobie”, a w art. 209 „używa gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem”¹⁴⁰. W k.k. z 1997 r. w art. 280 § 1 k.k. i art. 281 k.k. zrezygnowano z posługiwania się określeniem „gwałt na osobie” i zastąpiono je „przemoc wobec osoby”, zrezygnowano jednocześnie z konstrukcji kradzieży szczególnie zuchwałej, usuwając to pojęcie z art. 130 § 2 k.w.¹⁴¹. Nie zastąpiono natomiast w art. 130 § 3 k.w. wyrazu „gwałt” słowem „przemoc”, co właśnie spowodowało istotne rozbieżności interpretacyjne dotyczące znaczenia tego przepisu dla zakresu stosowania art. 280 § 1 i art. 281 k.k.

VI. Z jeszcze innym problemem znamion ilościowych w procesie kontrawencjonalizacji w kontekście zasady *nullum crimen sine lege* mamy do czynienia na gruncie art. 178a k.k. i 87 k.w.¹⁴², będących przykładem rozwarstwienia, aczkolwiek co należy zaznaczyć, nie bezpośrednio w wyniku wspomnianego procesu kontrawencjonalizacji rozumianego jako przesunięcie negatywnej oceny zachowania do kodeksu wykroczeń, a w wyniku wprowadzenia do kodeksu karnego z 1997 r. art. 178a¹⁴³, Wspomniany typ opisany w art. 178a k.k. od samego początku budził szereg wątpliwości¹⁴⁴, m.in. co do zakresu

¹⁴⁰ Uchwała SN z 18 kwietnia 1975 r., VI KZP 47/74 – Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1975, z. 6, poz. 69 oraz wyroki Sądu Najwyższego: z 16 lipca 1986 r., V KRN 270/86, OSNPG 1987, nr 3, poz. 34; z 13 stycznia 1986 r., I KR 422/85, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1987, nr 9, poz. 175); z 10 kwietnia 1979 r., III KR 69/79; *Kodeks karny z orzecznictwem*, red. K. Janczukowicz, Gdańsk 1996, s. 650; wyrok SN z 29 marca 1979 r., RNw 11/77, Orzecznictwo Sądów Polskich 1980, z. 7, poz. 148; z 8 listopada 1985 r., V KRN 815/85, Orzecznictwo Sądów Polskich Prokuratura Generalna 1986, nr 6, poz. 79; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 31 grudnia 1994 r., II AKr 189/94, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 1995, z. 4, poz. 19.

¹⁴¹ W wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z 28 sierpnia 1998 r. (Dz.U. Nr 113, poz. 717).

¹⁴² Szerzej: R. Pawlik, *Znamię stanu pod wpływem środka odurzającego w świetle projektu nowelizacji Kodeksu Karnego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, nr specjalny (13).

¹⁴³ Art. 178a dodany przez art. 1 pkt 7 ustawy z 14 kwietnia 2000 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 48, poz. 548) zmieniającej m.in. ustawę z 15 grudnia 2000 r.

¹⁴⁴ Nowelizacja ta była szeroko dyskutowana w doktrynie: W. Radecki, *Odpowiedzialność nie-trzeźwych kierowców*, „Problemy Alkoholizmu” 1988, nr 5, s. 17; J. Szumski, *Prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu. Ewolucja ustawodawstwa oraz polityki karnej*, „Studia Prawnicze” 1989, nr 4, s. 58–59; idem, *Prowadzenie pojazdu po użyciu alkoholu*, „Jurysta” 1996, nr 10–11, s. 31–33; W. Wróbel, *Krytycznie o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za przestępstwa komunikacyjne*, Państwo i Prawo 2001, z. 7, s. 57; Postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z 9 maja 2009 r., S 2/09, gdzie TK zwrócił uwagę na nieproporcjonalność orzekanych środków w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych w przypadku, kiedy sprawca występuje z art. 178a §2 k.k. takiego pojazdu nie prowadził; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 2009 r., P 7/08 Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2009/4/46, Dz.U. z 2009 r. Nr 63, poz. 531 z głosem aprobowującym A. Ornowskiej.

zachowań objętych oboma typami, a to z uwagi przede wszystkim na zauważalne swoiste „nałożenie” na istniejące/zastane w kodeksie wykroczeń znamię stanu po użyciu podobnie działającego środka¹⁴⁵, znamienia stanu pod wpływem środka odurzającego stanowiącego lub w zamyśle ustawodawcy mającego stanowić, alternatywę dla stanu nietrzeźwości¹⁴⁶.

W przedstawionym wyżej stanie prawnym, przy równoległym funkcjonowaniu obu wskazanych znamion w pierwszej kolejności pojawiło się pytanie, czy środki działające podobnie do alkoholu są tożsame ze środkami odurzającymi, a tym samym czy istotnie ma się do czynienia w tym zakresie z typem przepołowionym z uwagi na widoczny brak symetrii określeń. W doktrynie na tle wykładni pojęcia środka odurzającego, o którym mowa w art. 178a k.k., wystąpiły różnice poglądów¹⁴⁷, które obecnie dla omawia-

¹⁴⁵ Z zespołu znamion typu opisanego w art. 178a k.k. znamię stanu nietrzeźwości pojawiło się już znacznie wcześniej, .in.. w kodyfikacji karnej z 1969 r. (por. art. 145 k.k. z 1969 r.), natomiast znamię stanu pod wpływem środka odurzającego dopiero w zasadzie w kodyfikacji karnej z 1997 r. jako swoiste uzupełnienie zakresu kryminalizacji, obok stanu nietrzeźwości, przy równoczesnym funkcjonowaniu na gruncie art. 87 k.w. stanu po użyciu podobnie do alkoholu działającego środka. Szerzej: R. Pawlik, *Wybrane zagadnienia granic kryminalizacji i ich ewolucja na przykładzie prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego*, [w:] *Przewodnie idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014 [w druku].

¹⁴⁶ Rozróżnienia stanów związanych ze spożyciem alkoholu dokonała ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 70, poz. 473 z późn. zm.) wprowadzając „stan po użyciu alkoholu” (art. 46 ust. 2) i „stan nietrzeźwości” (art. 46 ust. 3), definiując je – co zostało następnie uwzględnione nowelizacją m.in. art. 87 k.w. Zob. m.in.: R.A. Stefański, *Pojęcie „stan pod wpływem środka odurzającego”*. *Aspekty prawne*, „Problems of Forensic Sciences” 2009, t. vol. 80, s. 386–402.

¹⁴⁷ Z jednej strony przyjmowano, że pojęcie środka odurzającego jest zdefiniowane w art. 4 pkt 26 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm. Zob. m.in.: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Kryminalizacja ucieczki sprawcy wypadku drogowego z miejsca zdarzenia w świetle nowelizacji kodeksu karnego z 12 lipca 1995 r.*, cz. 2, „Palestra” 1996, nr 5–6, s. 42; K. Buchała, [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 1999, s. 405; idem, *Zbiegnięcie kierującego pojazdem mechanicznym z miejsca zdarzenia*, [w:] *Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Prof. A. Ratajczaka*, red. A.J. Szwarc, Poznań 1999, s. 48; E. Kunze, *Przestępstwo prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a KK)*, [w:] *Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Prof. A. Tobisowi*, red. B. Janiszewski, Poznań 2004, s. 155; G. Bogdan, [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 2006, s. 478; L. Gardocki, *Prawo karne*, 2006, s. 241; J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szewczyk, *Kodeks karny*, Warszawa 2006, s. 318; M. Budyn-Kulik, [w:] M. Mozgawa, *Kodeks karny*, Warszawa 2006, s. 341; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 421–422. Prezentowany był też pogląd przeciwny, przyjmujący, że chodzi nie tylko o środki odurzające określone w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii, ale i wszelkiego rodzaju substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, oddziałujące

nego zagadnienia mają znaczenie marginalne z uwagi na ugruntowany w tym zakresie i jednolity w zasadzie obecnie pogląd, że pojęcie środka odurzającego w rozumieniu art. 178a k.k. obejmuje nie tylko środki odurzające, wskazane w ustawie z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁴⁸, lecz również inne substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, działające na ośrodkowy układ nerwowy, których użycie powoduje obniżenie sprawności w zakresie kierowania pojazdem¹⁴⁹. W kontekście zakresów obu typów, tj. przestępstwa opisanego w art. 178 a k.k. i wykroczenia opisanego w art. 87 k.w., znacznie poważniejsze problemy pojawiają się natomiast przy próbie zdefiniowania stanu pod wpływem środka odurzającego i stanu po użyciu podobnie działającego środka¹⁵⁰.

W nowszym orzecznictwie SN pojawiły się w tej materii dwa istotne rozstrzygnięcia, mianowicie w wyroku z 7 lutego 2007 r.¹⁵¹ SN przyjął, że stanem pod wpływem środka odurzającego jest taki stan, który wywołuje – w zakresie oddziaływania na ośrodkowy układ nerwowy, zwłaszcza zakłócenia czynności psychomotorycznych – takie same skutki, jak spożycie alkoholu powodujące stan nietrzeźwości¹⁵². Zdaniem SN, za przyjęciem takiego poglądu przemawia fakt, że sam ustawodawca określając te stany, już w samej ich

negatywnie na ośrodkowy układ nerwowy, powodując stan odurzenia, tak. m.in.: R.A. Stefański, *Prawna ocena stanów związanych z używaniem środków odurzających w ruchu drogowym*, Prokuratura i Prawo 1999, nr 4; idem, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu...*, s. 371–372; idem, *Środek odurzający w rozumieniu kodeksu karnego*, Paragraf na Drodze 2007, nr 4, s. 8–10; T. Huminiak, *Stan „pod wpływem środków odurzających” i stan „po użyciu środka działającego podobnie do alkoholu” u kierującego pojazdem*, Paragraf na Drodze 2004, nr 3, s. 5–16; A. Skowron, *Jeszcze raz krytycznie o środkach działających podobnie do alkoholu*, Paragraf na Drodze 2004, nr 11, s. 17, 41; K. Łucarz, *Zakaz prowadzenia pojazdów jako środek polityki kryminalnej*, Wrocław 2005, s. 166–167.

¹⁴⁸ Dz.U. Nr 179, poz. 1485 z późn. zm.

¹⁴⁹ Por. w tej materii postanowienie SN z 28 marca 2007 r., II KK 147/06, LEX 282239, oraz uchwałę SN z 27 lutego 2007 r., I KZP 36/06, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 2007/3/21 z głosami aprobującymi R.A. Stefańskiego, R. Małek, K. Łucarz-Muszyńskiej, K. Wojtanowskiej, J. Dąbrowskiego, oraz częściowo krytyczną G. Kachel i krytyczną A.T. Olszewskiego.

¹⁵⁰ Aczkolwiek stan po użyciu podobnie działającego środka pojawił się w ustawodawstwie stosunkowo dawno, bo po raz pierwszy ustawodawca posłużył się nim w rozporządzeniu Ministra Komunikacji, Spraw Wewnętrznych i Spraw Wojskowych z 27 października 1937 r. o ruchu pojazdów mechanicznych (Dz.U. Nr 85, poz. 616 z późn. zm.). Por. w tym zakresie także głosę krytyczną A. Skowrona do postanowienia SN z 31 maja 2011 r., V KK 398/10.

¹⁵¹ Wyrok SN z 7 lutego 2007 r., V KK 128/06, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2007, nr 6, poz. 39; głosa aprobująca: R.A. Stefański, *Głosa do wyroku SN z dnia 7 lutego 2007 r.*, V KK 128/06; głosa krytyczna: A. Skowron, *Głosa do wyroku SN z dnia 7 lutego 2007 r.*, V KK 128/06.

¹⁵² R.A. Stefański, *Przestępstwa drogowe w nowym kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 242; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Odpowiedzialność za spowodowanie wypadku...*, s. 43; A. Skowron, *Jeszcze raz krytycznie o środkach działających podobnie do alkoholu*, Paragraf na Drodze 2004, nr 8, s. 15.

nazwie dokonał zróżnicowania wpływu, jaki wywarł środek na organizm. Ta z pozoru prosta i jakże logiczna teza nie wytrzymuje jednakże konfrontacji z możliwościami opiniodawczymi na gruncie funkcjonujących równolegle art. 87 k.w. i 178a k.k. nie tylko w Polsce¹⁵³, ale i na świecie¹⁵⁴. W przypadku środków odurzających zagadnienie to jest bowiem nieco bardziej skomplikowane¹⁵⁵. W postanowieniu z 31 maja 2011 r.¹⁵⁶, w uzupełnieniu powołanego wyżej rozstrzygnięcia z 7 lutego 2007 r., SN przyjął, że stan po użyciu środka podobnie działającego do alkoholu jest równoznaczny jedynie ze znajdowaniem się tego środka w organizmie, nie relatywizując już wyraźnie tego stanu do stanu po użyciu alkoholu, wskazując jednocześnie, że użycie środka nie oznacza jeszcze realnego wpływu zażytego środka na zdolności psychomotoryczne kierowcy. Zdaniem SN, prowadząc ocenę zaburzeń zdolności psychomotorycznych wobec dysponowania tylko badaniem krwi wykazującym stan stężenia środka zbliżony do stężenia progowego, należy odwołać się do dowodów opisujących wygląd sprawcy, funkcjonowanie określonych jego organów oraz pozwalających na ustalenie sposobu jego zachowania, ustalając, jak wynika z uzasadnienia, te właśnie elementy¹⁵⁷.

¹⁵³ Obecnie obserwuje się intensyfikację badań w tym zakresie – por. wyniki badań prezentowane w Krakowie w dniach 28–29 listopada 2012 r. podczas konferencji „Środki podobnie działające do alkoholu. Interpretacja wyników badań krwi kierowców dla potrzeb sądowych” (materiał powielony). Prezentowane były badania pod kątem relewantności do objawów wywołanych przez obecność alkoholu we krwi na poziomie najczęściej stanu nietrzeźwości, następujących substancji: benzodiazepiny (P. Adamowicz), opiaty (B. Tokarczyk), amfetamina (D. Gil), marihuana (H. Skulska) i tetrahydrokanabinole (W. Lechowicz).

¹⁵⁴ Można tutaj przywołać odległe czasowo próby badawcze odnośnie do np. 9 THC: M. Hok Chi Chu, O.H. Drummer, *Determination of Ag-THC in Whole Blood using Gas Chromatography-Mass Spectrometry*, „Journal of Analytical Toxicology” 2002, Vol. 26, s. 575 i nast. Jedynie przykładowo przytoczyć tu warto również niemieckie wyniki badań prezentowane przez K. Laskowską, dotyczące badania prób krwi pochodzącej od kierowców uczestniczących w wypadkach, przy okazji których porównano zawartość i stężenie alkoholu oraz narkotyków i ich wpływ na zdolność prowadzenia pojazdu: K. Laskowska, *Wpływ narkotyków na bezpieczeństwo w ruchu drogowym*, „Jurysta” 2000, nr 1, s. 9.

¹⁵⁵ M. Kała, *Środki działające podobnie do alkoholu w organizmie kierowcy*, Paragraf na Drodze 2004, nr 11, s. 51 i nast.

¹⁵⁶ Postanowienie SN z 31 maja 2011 r., V KK 398/10; *LEX nr 848186* z głosem krytyczną A. Skowrona.

¹⁵⁷ Zob. na ten temat m.in.: uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z 15 lutego 1989 r., VI KZP 10/88, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1989, nr 3–4, poz. 19, z aprobowaną głosem W. Grzeszczyka, Państwo i Prawo 1989, nr 11, s. 71–74 i uwagami J. Markiewicza, W. Gubały, *Kilka uwag w sprawie analizy stężenia alkoholu w powietrzu wydychanym w związku z głosem dra W. Grzeszczyka*, Państwo i Prawo 1990, nr 4–5, s. 55–57; wyrok SN z 3 grudnia 1992 r., II KRN 204/92, Palestra 1993, nr 5–6, s. 105, z głosem R.A. Stefańskiego, Palestra 1993, nr 5–6, s. 105–109; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 lutego 1997 r., II AKa 16/97, Prokuratura i Prawo, wkł. 1997, nr 9, s. 24; uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1975, nr 3–4, poz. 33; wyrok SN z 13 kwietnia 1988 r., V KRN 55/88, Orzecznictwo Sądu Naj-

W stosunkowo niedawnym rozstrzygnięciu z 4 października 2013 r.¹⁵⁸ SN wskazał, że Sąd rozpoznający konkretny przypadek, o czyn polegający na prowadzeniu pojazdu w stanie znajdowania się pod wpływem lub po użyciu substancji odurzającej innej niż alkohol, musi nie tylko stwierdzić istnienie takiego środka w organizmie osoby kierującej pojazdem, ale również określić, czy wpłynął on na jej zachowanie w sposób analogiczny, jak w przypadku znajdowania się w stanie nietrzeźwości. Dopiero po takim ustaleniu możliwe będzie przypisanie sprawcy dodatkowego znamienia kwalifikującego, w postaci znajdowania się „pod wpływem” środka odurzającego w rozumieniu art. 178a § 1 k.k. Zdaniem SN, należy zauważyć, że ustawodawca w odniesieniu do środków odurzających nie wprowadził definicji polegającej na przyjęciu i odróżnieniu obu stanów „po użyciu” i „pod wpływem” tych środków, tylko na podstawie kryterium ich stężenia w organizmie, zatem brak jest podstaw normatywnych do wprowadzenia i stosowania takiego materialnego domniemania na etapie stosowania prawa. Zdaniem SN, wydaje się, że *de lege ferenda* nie istnieją jednak żadne przeszkody praktyczne ani prawne, by w przypadku stwierdzenia w organizmie kierującego tych środków odurzających, których stężenia mogą być oznaczone, a które wymienione są w § 2 pkt 1–5 Rozporządzenia Ministra Zdrowia z 11 czerwca 2003 r. w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunków i sposobu przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie (Dz.U. Nr 116, poz. 1104 z późn. zm.)¹⁵⁹, tak jak w przypadku alkoholu oznaczyć ilościowy ich próg, od którego przekroczenia stosowane będzie domniemanie znajdowania się osoby kierującej „pod wpływem” lub „po użyciu” takiego środka. Opinie biegłych i dowody uzupełniające opisujące stan sprawcy przestępstwa drogowego bezpośrednio po zdarzeniu byłyby wówczas zastrzeżone tylko dla sytuacji znajdowania się sprawcy po zażyciu innej substancji odurzającej, niezdefiniowanej w wyżej wymienionych przepisach¹⁶⁰. Otóż zasadniczo z dużą

wyższego Prokuratura Generalna 1988, nr 11, poz. 113; wyrok SA w Rzeszowie z 3 kwietnia 2003 r., II AKA 30/03, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2003, z. 9, poz. 95; A. Głazek, *Zmiany kryteriów i zasad opiniowania w sprawach alkoholowych*, Prokuratura i Prawo 1995, nr 2, s. 99–108; W. Gubała, *Ocena stanu nietrzeźwości na podstawie obliczeń teoretycznych*, Paragraf na Drodze 2001, nr 9, s. 48; M. Kłys, *Opiniowanie o nietrzeźwości jako problem „wiecznie żywy”*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 2003, nr 3; W. Gubała, *Wartość dowodowa analizy wydychanego powietrza na zawartość alkoholu*, Paragraf na Drodze 2001, nr 8, s. 43; idem, *Czynniki wpływające na wynik pomiaru zawartości alkoholu w wydychanym powietrzu*, Paragraf na Drodze 2001, nr 6, s. 22–33.

¹⁵⁸ Wyrok SN z 4 października 2013 r., IV KK 136/13; LEX 1379930.

¹⁵⁹ Obecnie [dopisek własny R.P.] Rozp. Min. Zdr. z 16 lipca 2014 r. w sprawie wykazu środków działających podobnie do alkoholu oraz warunków i sposobu przeprowadzania badań na ich obecność w organizmie Dz.U. z 20014 r., poz. 948.

¹⁶⁰ Uzasadnienie wyroku SN z 4 października 2013 r., IV KK 136/13; LEX 1379930.

ostrożnością podchodząc do takiego stanowiska, podkreślić równocześnie należy, że *de facto* zakreślając granicę kryminalizacji w przypadku alkoholu, ustawodawca w zasadzie całkowicie pominął wpływ, jaki alkohol wywarł na konkretny organizm ludzki¹⁶¹, zakładając/uśredniając niejako¹⁶², że przekroczenie określonego progu stężenia generuje określony poziom niebezpieczeństwa dla dobra prawnie chronionego. Możliwość wypracowania takiego miernika, jakim jest zawartość alkoholu w organizmie wyrażona w promilach lub mg/dcm³, w przypadku środków odurzających czy też podobnie działających środków *en bloc* jest w nauce wyraźnie negowana z uwagi na różnorodność substancji aktywnych, złożoność przemian, jakim ulegają środki odurzające w organizmie ludzkim, uzależnienia, jakie wywołują, oraz konsekwencje uzależnień w postaci tolerancji i objawów abstynencji, co skutecznie uniemożliwia wyznaczenie wartości granicznego stężenia lub zakresów stężeń granicznych tych środków we krwi¹⁶³. Zwrócić uwagę należy, że dotychczas podjęto próby wypracowania granic analitycznych dla sześciu podstawowych substancji¹⁶⁴, niemniej nadal nie rozwiązuje to ostatecznie problemu rozgraniczenia stanu po użyciu i stanu pod wpływem.

W raporcie opracowanym w ramach projektu „Druid” zwrócono uwagę, że obecnie w Europie pojawiają się trzy rodzaje podejścia do wartości progowych w zakresie narkotyków: tzw. „progi ryzyka” wskazujące na stężenia we krwi, które mówią o pewnym ryzyku wypadku lub utraty panowania nad pojazdem; tzw. „efekt dolnej granicy”, obejmujący najniższe stężenie, przy którym obserwuje się wpływ na prowadzenie pojazdu, oraz tzw. „granice wykrywalności”, które opierają się na ograniczeniach technicznych w oznaczeniu substancji. Jak wynika z przedstawionego raportu, obecnie w krajach UE przyjmuje się różne podejście we wskazanym zakresie¹⁶⁵. Sytuacja jest o tyle trudna, że przepisy powinny być oparte na wynikach badań naukowych, ale w przypadku narkotyków obejmują środki w przeważającej większości ustawodawstw zakazane, w znakomitej większości niebezpieczne dla organizmu człowieka, a co za tym idzie – zasadniczo niepozwalające na prowadzenie jakichkolwiek badań klinicznych w ich obrębie¹⁶⁶.

¹⁶¹ R.A. Stefański, *Stan nietrzeźwości w ustawie*, Problemy Alkoholizmu 1983, nr 4, s. 10; idem, *Prawnokarna ocena stanu nietrzeźwości w ruchu drogowym*, Prokuratura i Prawo 1999, nr 3, s. 37.

¹⁶² Zob. uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z 28 lutego 1975 r., V KZP 2/74, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych 1975, nr 3-4, poz. 33, teza 7.

¹⁶³ M. Kała, *Środki podobnie...*, s. 1048.

¹⁶⁴ Zob. wyniki badań prezentowane w Krakowie w dniach 28–29 listopada 2012 r. podczas konferencji „Środki podobnie działające do alkoholu. Interpretacja wyników badań krwi kierowców dla potrzeb sądowych”, materiał powielony.

¹⁶⁵ Por. *Driving Under...*, s. 40 i nast.

¹⁶⁶ *Ibidem*, s. 48 i nast.

Można więc pokusić się o stwierdzenie, że pierwszoplanowym problemem jest rozwarstwienie odpowiedzialności w art. 87 k.w. i 178 a k.k., które *de facto* w praktyce jest rozwarstwieniem w zasadzie o charakterze formalnym. Sprowadzenie bowiem w praktyce stanu po użyciu do obecności w organizmie nieaktywnego metabolitu nie daje się pogodzić z koniecznością negatywnego wartościowania takiego zachowania, co podważa zarazem występowanie tzw. elementu materialnego już na poziomie abstrakcyjnego opisu¹⁶⁷. Wskazane byłoby w tej sytuacji jednoczesne rozważenie nowelizacji art. 87 k.w. poprzez wyeliminowanie z opisu alternatywy dla stanu po użyciu alkoholu i konsekwentne kwalifikowanie obecności aktywnej substancji w organizmie w warunkach art. 178a k.k. co pozwoliłoby jasno i jednoznacznie zakreslić granice kryminalizacji wskazanych typów¹⁶⁸. Ewentualnie w zależności od przyjętej koncepcji dla utrzymania rozwarstwienia odpowiedzialności postulować należało przyjęcie progów wykrywalności i progów ryzyka relewantnych odpowiednio dla art. 87 k.w. i 178 a k.k., aczkolwiek każda próba rozwarstwienia tutaj odpowiedzialności obciążona będzie znacznym ryzykiem błędu, z uwagi na wspomnianą wyżej m.in. zróżnicowanie substancji oraz niezwykle różnorodny ich wpływ na organizm człowieka¹⁶⁹.

Problem stanu pod wpływem środka odurzającego został dostrzeżony również przez Komisję Kodyfikacyjną, a próba jego rozwiązania znalazła się w przygotowanym projekcie zmian kodeksu karnego, gdzie proponowano zastąpić dotychczasowe ujęcie – znamieniem stanu pod wpływem środka zakłócającego czynności psychomotoryczne w stopniu mogąącym zagrozić bezpieczeństwu w komunikacji¹⁷⁰. Na posiedzenie Rady Ministrów 29 kwietnia 2014 r. skierowany został projekt nieobejmujący już wskazanych zmian, wiadać to np. po redakcji art. 42 k.k., natomiast 8 maja 2014 r. Rada Ministrów

¹⁶⁷ Przedstawione wyżej wątpliwości poddano także ocenie TK, który jednakże zasadniczo nie odnosząc się do meritum (postępowanie zostało bowiem formalnie umorzony), jedynie w uzasadnieniu wskazał, że uwzględniając orzecznictwo oraz piśmiennictwo dotyczące interpretacji wskazanego wyżej problemu należy go rozstrzygnąć stosując technikę wykładni w zgodzie z Konstytucją, biorąc pod uwagę wyrażoną w art. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji zasadę proporcjonalności, z której wynika zasada *ultima ratio* prawa karnego, mająca zabezpieczać przed penalizacją stanów faktycznych o nikomej bądź żadnej społecznej szkodliwości czynu. Postanowienie TK z 17 grudnia 2012 r., P 16/12, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2012/11/142.

¹⁶⁸ Szerzej: R. Pawlik, *Spoleczna szkodliwość czynu...*

¹⁶⁹ M. Kała, *Środki działające podobnie do alkoholu w organizmie kierowcy*, Paragraf na Drodze 2004, nr 11, s. 51 i nast.; *Driving Under...*, s. 48 i nast.

¹⁷⁰ Projekt nowelizacji kodeksu karnego w redakcji z listopada 2013 r. dostępny na stronie: www.bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013. Nie pojawił się w projekcie skierowanym do dalszych prac.

przyjęła projekt w takim właśnie kształcie. Problem stanu po użyciu i stanu pod wpływem pozostaje więc nadal aktualny.

VII. Podsumowując powyższe rozważania widać wyraźnie różne problemy teoretyczne i praktyczne wiążące się z tzw. znamionami ilościowymi w typie czynów zabronionych poddanych procesowi kontrawencjonalizacji, które składają się na niekorzystny obraz wspomnianego procesu także jako całości przyjmując w pierwszej kolejności za horyzont oceny zasadę *nullum crimen sine lege*. Oceniając bowiem proces kontrawencjonalizacji w kontekście wspomnianej zasady zwrócić uwagę należy bowiem, jak starano się to pokazać wyżej, na jej naruszenia w różnych płaszczyznach, po pierwsze stwarzające przede wszystkim stan niepewności prawnej po stronie adresatów, niewątpliwie groźny dla zachowania standardów państwa prawa, po drugie przesuwające punkt ciężkości w kwestii ustalenia zakresu dyspozycji przepisu karnego na organ stosujący prawo ze wszelkimi tego przedstawionymi wyżej konsekwencjami, po trzecie skutkujące również w skrajnych przypadkach poddaniem kontroli TK z możliwością uznania przepisu za niekonstytucyjny¹⁷¹.

Wśród wybranych przykładów zwrócić szczególną uwagę należy na problem rozwarstwienia odpowiedzialności w obrębie art. 178a k.k. i art. 87 k.w., które *de facto* w praktyce jest rozwarstwieniem w zasadzie o charakterze formalnym. Sprowadzenie bowiem w praktyce stanu po użyciu do obecności w organizmie nieaktywnego metabolitu nie daje się pogodzić z koniecznością negatywnego wartościowania takiego zachowania, co podważa zarazem występowanie tzw. elementu materialnego już na poziomie abstrakcyjnego opisu¹⁷². W pewnym sensie pułapką jest również próba przyjęcia w proponowanym zakresie progów na wzór alkoholu z uwagi na wspomnianą już wyżej m.in. dużą różnorodność substancji oraz niezwykle różnorodny ich wpływ na organizm człowieka. Rozwarstwienie przy pomocy znamienia ilościowego opierające się na przekazaniu przez ustawodawcę orzekającemu sędziemu kompetencji do ustalenia, czy czyn popełniony przez oskarżonego jest karalny czy nie, jest również, jak widać z przedstawionych rozważań chociażby na przykładzie obrażeń ciała czy poziomu intoksykacji środka w organizmie kierowcy, nie sprawdza się w praktyce¹⁷³.

Nawiązując do wypowiedzi TK, że w świadomości prawnej jednostek jest ugruntowana podstawa aksjologiczna, z której wynika konkretny normatywny imperatyw, mieszczący się w pełni w chronionym przez art. 42

¹⁷¹L. Gardocki, *Zasada...*, s. 74–75.

¹⁷²R. Pawlik, *Společna škodliwóść czynu...*

¹⁷³A. Zoll, *Pozaustawowe okoliczności wyłączające...*, s. 429 i nast.

ust. 1 Konstytucji standardzie określoności czynu zabronionego¹⁷⁴, tytułem uzupełnienia wspomnieć należy wyrok z 7 maja 2002 r., gdzie SN wywiódł, że przedmiotem świadomości sprawcy nie ma być konkretny przepis karny zapisany w ustawie, dla przyjęcia bezprawności czynu nie jest więc konieczne ustalenie, że sprawca znał treść ustawowych znamion czynu zabronionego, wystarczy ustalenie, że uświadamia sobie, że czynem swym naruszył przewidzianą regułę postępowania, do której przestrzegania był zobowiązany¹⁷⁵, aczkolwiek i przy tak rozumianym elemencie intelektualnym może pojawić się wśród wskazanych typów problem błędu¹⁷⁶, przy czym zagadnienie to wymaga również pogłębionych rozważań przekraczających zasadniczo ramy niniejszego opracowania, podobnie jak zasygnalizowany tylko wyżej problem wypadku mniejszej wagi.

Z pewnością pozytywnie ocenić należy w tej sytuacji projekt ustawy o zmianie zasad ponoszenia odpowiedzialności za niektóre zachowania stanowiące wykroczenia oraz zmianie ustawy Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia¹⁷⁷. Autorzy co do zasady słusznie założyli w nim, że wykroczenia to typy czynów zabronionych skierowane przeciwko dobrom prawnym, których ochrona jest w przeważającej mierze zadaniem prawa administracyjnego i przewidzieli skierowanie ich do reżimu administracyjno-karnego¹⁷⁸. Wspomnieć w tym miejscu należy dotychczasowe słuszne poglądy, m.in. M. Lubelskiego, a także A. Marka, zmierzające w kierunku przyjęcia, że czyny określane mianem wykroczeń co do zasady łączy fakt godzenia w szeroko rozumiany porządek publiczny¹⁷⁹. Proponowane rozwiązanie w świetle powyższego wydaje się słuszne niemniej jednak szersze odniesienie się do wskazanego projektu wymaga w pierwszej kolejności udzielenia odpowiedzi na pytanie o istotę wykroczenia, a tym samym o granice obszaru stosowania kar i środków karnych za czyny przez prawo zabronione jako przestępstwa – przekraczając już tym samym ramy niniejszego opracowania.

¹⁷⁴Wyrok TK z 14 lutego 2012 r., P 20/10, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Sekcja A 2012/2/15, Dz.U. z 2012 r. Nr 214; glosa krytyczna: T. Koziola.

¹⁷⁵Wyrok SN z 7 maja 2002 r., II KK 39/02, LEX nr 53316.

¹⁷⁶Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Jagielloński – rozprawy habilitacyjne, s. 29; W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 174.

¹⁷⁷www.legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/1/154082/154088/154097/dokument77440.pdf ; www.legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/154082.

¹⁷⁸Uzasadnienie projektu; D. Korczyński, *Konwersja reżimu odpowiedzialności za niektóre zachowania stanowiące obecnie wykroczenia i standardy jej stosowania*, „Przegląd Legislacyjny” 2014, nr 1(87), s. 67 i nast.; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne...*

¹⁷⁹M. Lubelski, *Porządek...* s. 205; A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, wyd. 5, Warszawa 2006, s. 31.

Abstract

Quantitative traits in the process of contraventionalisation in the context of the principle of *nullum crimen sine lege* – selected issues

As for now, the Polish law of misdemeanours has not worked out a uniform concept. Historically, its developments have assumed various conceptual structures – starting with an administration type of model through the current one that comes closer to that of a criminal liability. As early as in 1918, while developing a concept of the law of misdemeanours, it was disputed whether misdemeanours should be recognised as a separate category, including cases of violation of the order, or as those that were primarily related to the sphere of administrative actions or whether they should be established on the basis of that social harm they caused and to assume that a misdemeanour was a petty form of an offence. The current model that has been worked out in the course of transformation is characterised by a significant lack of cohesion, and this assessment is even more substantiated by implementation of a concept of the so-called hybrid offences. The concept itself consisting in the diversification of liability by creating the so-called hybrid offences is a relatively new solution under the Polish system which raises significant doubts, largely in terms of its theoretical aspects, and also the one that creates serious practical issues (e.g. in 87 of the Code of Misdemeanours and under 178a of the Polish Penal Code). Conducting research within the planned extent process of contraventionalisation and principle *nullum crimen sine lege* has been assumed to provide for working out the basis for adopting coherent and uniform solutions with regard to the liability for what is referred to “petty offences,” and then allow undertaking further research, for example, into specific Polish solutions concerning offences and misdemeanours against safety in traffic in terms of clear limits and nature of such a liability which would serve as a reference point in legislation works in the future.

Key words: process of contraventionalisation, principle *nullum crimen sine lege*, misdemeanour, offences, “petty offences”

Michał Kobylarz

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Jakub Galka

student IV roku, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Pojęcie informacji przetworzonej w kontekście dostępu do informacji publicznej¹

Kwestia możliwości uzyskania przez obywatela informacji znajdujących się w posiadaniu organów państwowych niezmiennie budzi żywe zainteresowanie. Jest to również jeden z aspektów stale rozwijającego się rynku informacji. Od niepamiętnych czasów posiadanie bowiem właściwych i pożądaných informacji warunkowało odniesienie sukcesu w danej dziedzinie. Natomiast po transformacji ustrojowej, dokonanej 25 lat temu, informacja stała się wręcz towarem, którego brak prowadzi do niepowodzeń i porażek. Jednocześnie należy wskazać, że do takiego samego efektu może doprowadzić fakt posiadania informacji nieprawdziwych bądź zbytecznych². Proces kształtowania się rynku informacji w Polsce cały czas trwa, a jednym z jego elementów są także informacje publiczne i kwestia dostępu do nich³.

Pomimo że od 1 stycznia 2002 r., a zatem od momentu wejścia w życie ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, minęło już kilkanaście lat, a ustawa ta doczekała się w roku 2011 poważnej nowelizacji, jej praktyczne stosowanie nadal budzi szereg wątpliwości. Znajduje to swoje odzwierciedlenie zarówno w praktyce obrotu prawnego, jak i doktrynie. Oczywiście ma to przede wszystkim związek z faktem, że przedmiotowa ustawa nie ma charakteru wyczerpującego, a kwestie związane z szeroko rozumianym dostępem do informacji publicznej zawarte są w ponad 250 aktach normatywnych⁴.

¹ Publikacja powstała w ramach programu tutoringu realizowanego w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w roku akademickim 2013/2014.

² T. Aleksandrowicz, *Analiza informacji w administracji i biznesie*, Warszawa 1999, s. 19.

³ *Ibidem*, s. 21.

⁴ *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, red. I. Kamińska et al., Warszawa 2012, s. 9.

Do poszczególnych organów administracji wpływa coraz więcej wniosków o udostępnienie informacji publicznych, szczególnego znaczenia nabierają zatem sprawy postępowania związane z ich udzielaniem. W tym zakresie istotne znaczenie ma również pojęcie tzw. *informacji przetworzonej*, gdyż w przypadku wniosku dotyczącego takiej właśnie informacji, procedura związana z jego rozpatrzeniem nabiera cech szczególnych.

Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy pojęcia informacji przetworzonej przedstawić należy pokrótce podstawowe zagadnienia związane z dostępem do informacji publicznej. Prawo obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne ma swoje źródło w Konstytucji RP⁵, stosownie do treści art. 61 ust. 1, „obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”. Zakres tegoż uprawnienia określony jest natomiast w treści ust. 2, który przewiduje, że „prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegiałnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu”.

Ma się tutaj do czynienia z wzajemnym przenikaniem się dwóch podstawowych zasad demokratycznego państwa prawnego. Z jednej strony występuje bowiem zasada jawności działania organów państwa, która bezsprzecznie warunkuje funkcjonowanie ustroju demokratycznego, z drugiej zaś prawo do informacji publicznej jest uznawane za przejaw obowiązywania zasady zwierzchności narodu, wyrażonej w art. 4 ust. 1 Konstytucji RP⁶. Pomimo jednak tego, że – jak wyżej wskazano – obywatelskie prawo do informacji publicznej stanowi jeden z fundamentów demokratycznego państwa prawnego, w krajowym porządku prawnym przed dniem wejścia w życie przepisów Konstytucji RP było ono niezmiernie ograniczone. Najogólniej można stwierdzić, że przysługiwało ono, oprócz stron i uczestników postępowań sądowych bądź administracyjnych, jedynie parlamentarzystom, radnym oraz dziennikarzom i przedstawicielom organizacji społecznych⁷. A zatem prawo podmiotowe przewidziane w treści art. 61 Konstytucji RP stanowiło istotną nowość w prawie polskim. Warto w tym miejscu zauważyć, że również

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 483, poz. 74 z późn. zm.

⁶ P. Winczorek, *Prawo obywatela do informacji*, „Rzeczpospolita”, 24.02.2000.

⁷ B. Kudrycka, *Prawo obywateli do informacji o działaniach organów administracji publicznej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 8, s. 70.

prawo wspólnotowe nie zawierało i nie zawiera zbyt wielu szczegółowych przepisów w tym zakresie. Należy tutaj wspomnieć także o rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1049/2001 z 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. W zakresie ochrony środowiska funkcjonują przepisy Dyrektywy Parlamentu i Rady nr 2003/4/WE z 28 lutego 2003 r. o publicznym dostępie do informacji o stanie środowiska. Niemniej zakres przedmiotowy dyrektywy ograniczony jest do informacji o środowisku. Również europejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności oraz Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych nie przewidują wprost obowiązku władz publicznych w zakresie udzielania obywatelom informacji⁸. W szczególności zarówno przepis art. 10 Konwencji, jak i art. 19 Paktu, gwarantują obywatelom swobodę komunikowania się, nie nakładając jednak na państwo obowiązku dostarczania informacji publicznej. Powyższe stanowisko potwierdził również w swoich wyrokach Europejski Trybunał Praw Człowieka⁹. Stosownie do treści art. 2 ust. 1 ustawy, prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje co do zasady każdemu.

Jest to ujęcie zdecydowanie szersze, niż zawarte w treści art. 61 Konstytucji RP, gdyż przepis ten zawiera sformułowanie „obywatel ma prawo”. Biorąc pod uwagę charakter tego aktu prawnego, uzasadnione byłoby twierdzenie, że zawęża on zakres podmiotowy tylko do obywateli polskich. Tymczasem zawarty w treści art. 2 ust. 1 ustawy termin „każdy” wskazuje, że chodzi tu nie tylko o obywateli polskich, a nawet więcej, obejmując swoim zakresem nie tylko osoby fizyczne (obywateli), ale także osoby prawne i inne podmioty i jednostki organizacyjne. Termin „każdy” należy rozumieć zatem jako każdy człowiek, a także podmiot prawa prywatnego. Mając na uwadze *ratio legis* ustawy o dostępie do informacji publicznej inne, zawężone rozumienie przedmiotowego terminu stałoby w sprzeczności z ideą transparentności władzy publicznej, której urzeczywistnieniu ma wszakże służyć ustawa.

W tym miejscu należy wspomnieć o wyroku Trybunału Konstytucyjnego, w którym wskazał on m.in., że termin „każdy” obejmuje osoby fizyczne, a także osoby prawa prywatnego w zakresie praw konstytucyjnych, które przysługują osobom prawnym¹⁰. Powyższe stanowisko znajduje swoje potwierdzenie również w orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak, przykładowo, WSA w Warszawie wskazał, że pojęcie „każdy” oznacza zarówno osoby fizyczne, jak

⁸ M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Toruń 2002, s. 8.

⁹ Por. orzeczenie *Guerra i inni v. Włochy* z 19 lutego 1998 r. oraz *Leander v. Szwecja* z 26 marca 1987 r.

¹⁰ Wyrok TK z 25 maja 2008 r., SK 54/08, Lex nr 494497.

i prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, takie jak m.in. organizacje społeczne¹¹.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w uzasadnieniu wyroku z 13 grudnia 2012 r. stwierdził natomiast, że „analiza art. 2 ust. 1 ustawy zawierającego pojęcie „każdemu” oznacza, że ustawodawca precyzuje zastrzeżone w Konstytucji RP uprawnienia obywatelskie, wskazując, iż każdy może z niego skorzystać na zasadach określonych w tej ustawie. Przy czym słowo „każdy” należy rozumieć jako każdy człowiek (osoba fizyczna) lub podmiot prawa prywatnego”¹².

Co do samego pojęcia informacji publicznej, to wspomniany już wielokrotnie art. 61 ust. 1 Konstytucji RP wiąże pojęcie informacji publicznej z działalnością organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Obejmuje ono również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa. Prawo do informacji obejmuje również dostęp do dokumentów oraz prawo wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów.

Próba legalnego zdefiniowania pojęcia informacji publicznej została przez ustawodawcę podjęta w treści art. 1 ust. 1 ustawy a rozwinęta w treści art. 6. Art. 1 ust. 1 stanowi, że informacją publiczną w rozumieniu ustawy jest każda informacja o sprawach publicznych. Definicja ta ma charakter wybitnie ogólny, niedookreślony i jest przedmiotem krytyki ze strony doktryny, zarzucającej jej m.in. błąd *ignotum per ignotum*¹³. Wątpliwości co do właściwego zakresu przedmiotowego pojęcia informacji publicznej nie rozstrzyga również treść art. 6 ustawy, zawierający katalog informacji, które ustawodawca w sposób jednoznaczny kwalifikuje jako publiczne. Niemniej katalog ten – z uwagi na zawarte w nim określenie „w szczególności” – ma charakter otwarty. Ponieważ samo pojęcie informacji publicznej nie jest zasadniczym tematem prowadzonych rozważań, zainteresowanych szczegółową zawartością art. 6 należy w tym miejscu odesłać do jego treści.

Natomiast – z uwagi na przedstawione wyżej okoliczności związane z ogólnym i niedookreślonym charakterem definicji ustawowej pojęcia informacji publicznej – uzasadnione wydaje się przedstawienie kilku istotnych wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego w tej kwestii.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z 11 lutego 2004 r., II SAB 391/03, LexPolonica nr 373153.

¹² Wyrok WSA w Olsztynie z 13 grudnia 2012 r., II SA/Ol 1316/12, Lex nr 1235179.

¹³ *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz...*, s. 12.

Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z 25 marca 2003 r. stwierdził, że „informacją publiczną w rozumieniu art. 6 ustawy z 2001 r. o dostępie do informacji publicznej będzie każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do władz publicznych, a także wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub mieniem Skarbu Państwa. Informacja publiczna odnosi się jednak do faktów. Bliższa analiza art. 6 ustawy wskazuje, że wnioskiem w świetle tej ustawy może być objęte jedynie pytanie o określone fakty, o stan określonych zjawisk na dzień udzielenia odpowiedzi. Wniosek taki nie może być więc postulatem wszczęcia postępowania w jakiejś innej sprawie np. cywilnej czy karnej, ani też nie może dotyczyć przyszłych działań organu w sprawach indywidualnych. Informacje publiczne odnoszą się bowiem do pewnych danych, a nie są środkiem ich kwestionowania”¹⁴.

W uzasadnieniu wyroku z 12 lipca 2011 r. NSA podniósł, że przedstawione wyżej sformułowania przepisów art. 1 i 6 ustawy „dały podstawę do przyjęcia zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że informacją publiczną jest każda wiadomość wytworzona lub odnoszona do szeroko rozumianych władz publicznych oraz wytworzona lub odnoszona do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”. Sąd wskazał również, że nie mają charakteru informacji publicznej wnioski w sprawie indywidualnej oraz polemiki z dokonanymi ustaleniami¹⁵.

Wreszcie w uzasadnieniu wyroku z 5 marca 2013 r. NSA stwierdził, że „przy kwalifikacji danej informacji jako informacji publicznej, nie wystarczy kierować się jedynie tym, kto wytworzył daną informację i jaką ma formę, czy postać. Istotne jest przede wszystkim to, co dana informacja zawiera, a więc, czy dotyczy sprawy publicznej”¹⁶.

Istotną w tym zakresie kwestię poruszył również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z 3 lipca 2013 r. wskazał, że „informację publiczną stanowi treść wszelkiego rodzaju dokumentów odnoszących się do organu władzy publicznej, związanych z nim, bądź w jakikolwiek sposób dotyczących tego organu. Informację publiczną stanowi zarówno treść dokumentów bezpośrednio przez organ wytworzonych, jak i tych, których używa się przy realizacji przewidzianych prawem zadań (także tych, które tylko w części dotyczą działalności organu), nawet, gdy

¹⁴ Wyrok NSA w Warszawie z 25 marca 2003 r., II SA 4059/02, Lex nr 78063.

¹⁵ Wyrok NSA w Warszawie z 12 lipca 2011 r., I OSK 610/11, Lex nr 898000.

¹⁶ Wyrok NSA w Warszawie z 5 marca 2013 r., I OSK 2888/12, Lex nr 1341839.

nie pochodzą wprost od niego”. Jednocześnie Sąd powtórzył przywoływaną już tezę, zgodnie z którą nie jest informacją publiczną wniosek obejmujący pytanie o zdarzenia przyszłe lub takie, które jeszcze nie nastąpiły¹⁷.

Przechodząc do istoty rozważań należy wskazać, że stosownie do treści art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy, prawo dostępu do informacji publicznej obejmuje uprawnienia do uzyskania informacji publicznej, w tym uzyskania informacji przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego. Jest to okoliczność wyjątkowa w odniesieniu do ogólnej zasady wyrażonej w art. 2 ust. 2 ustawy, stosownie do treści którego „od osoby wykonującej prawo do informacji publicznej nie wolno żądać wykazania interesu prawnego lub faktycznego”. O ile zatem w przypadku wniosku dotyczącego tzw. informacji prostej (a zatem każdej informacji, która nie jest informacją przetworzoną) podmiot zobowiązany do jej udzielenia, ocenia tylko, czy wnioskowana informacja ma charakter informacji publicznej, to w przypadku informacji przetworzonej warunkiem jej udzielenia jest wykazanie przesłanki owej szczególnej istotności dla interesu publicznego. W tym miejscu należy podkreślić, że czynność „przetwarzania” informacji publicznej nie jest tożsama z czynnością „przetwarzania danych”, o której mowa w treści art. 7 pkt 2 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.)¹⁸. Wobec braku ustawowej definicji informacji przetworzonej należy w tym zakresie odwołać się do bogatego już dorobku orzecznictwa sądów administracyjnych w tym zakresie. Na początku należy wskazać, że w orzecznictwie istnieje podział informacji publicznej na informację prostą i przetworzoną.

Ogólnie rzecz ujmując, z informacją prostą ma się do czynienia wtedy, gdy jej zasadnicza treść nie ulega zmianie przed jej udostępnieniem¹⁹. W przeciwnym razie wnioskowana informacja stanowi informację przetworzoną. Jak wskazywano wcześniej, w związku z koniecznością wskazania przesłanki interesu publicznego, często dochodzi do sporu między korzystającym z prawa do informacji publicznej a organem, co jest informacją prostą, a co przetworzoną. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 17 października 2006 r.²⁰ wskazuje, że „Informacja publiczna przetworzona to taka informacja, na którą składa się pewna suma tak zwanej informacji publicznej prostej, dostępnej bez wykazywania przesłanki interesu publicznego”. Sąd wskazuje na relację, jakoby informacja przetworzona miała stanowić sumę informacji prostych. Nie jest to jednak zwyczajna suma arytmetyczna takich informacji. W dalszej

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 3 lipca 2013 r., II SAB/Wa 187/13, Lex nr 1359208.

¹⁸ *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz...*, s. 48.

¹⁹ Wyrok NSA z 9 sierpnia 2011 r., sygn. I OSK 792/11, Lex nr 1094536.

²⁰ Wyrok NSA w Warszawie z 17 października 2006 r., I OSK 1347/05, Lex nr 281369.

części uzasadnienia prawnego Sąd podnosi, że udzielenie informacji „wiązać się może z potrzebą przeprowadzenia odpowiednich analiz, zestawień, wyciągnięć, usuwania danych chronionych prawem. Zabiegi czynią zatem takie informacje proste, informacją przetworzoną, której udzielenie skorelowane jest z potrzebą wykazania przesłanki interesu publicznego.

Powyższe stanowisko zajęło trwałe miejsce w orzecznictwie, czego dowodem jest chociażby kilka ostatnich wyroków Wojewódzkich Sądów Administracyjnych.

I tak WSA w Warszawie podniósł, że „informacja publiczna przetworzona to taka informacja, na którą składa się pewna suma informacji tzw. informacji publicznej prostej, dostępnej bez wykazywania przesłanki interesu publicznego”²¹. Nie ma natomiast wątpliwości co do pojęcia informacji prostej. Główna linia orzecznicza jest zbieżna z doktryną. Pogląd ten ugruntował wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21 września 2012 r.²² Zgodnie z jego uzasadnieniem, „Zarówno w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów administracyjnych utrwalił się pogląd, że informacją prostą jest informacja, której zasadnicza treść nie ulega zmianie przed jej udostępnieniem”.

Wracając do charakterystyki informacji przetworzonej jako sumy informacji prostych, koncepcję dobrze ilustruje rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 8 lutego 2011 r.²³ Zgodnie z nim, „do uwzględnienia wniosku konieczne było wytworzenie z posiadanych informacji prostych (orzeczenia) informacji przetworzonej (wykaz konkretnych, wskazanych we wniosku orzeczeń), uruchamia postępowanie polegające na ustaleniu, czy wnioskodawca spełnia przesłankę wskazaną w art. 3 ust. 1 pkt 1 omawianej ustawy, będącą warunkiem uzyskania informacji publicznej przetworzonej”. Wyraźnie zastosowano konstrukcję, w której połączenie wielu informacji prostych wedle określonego przez wnioskodawcę w żądaniu klucza, czyni taki zbiór informacją przetworzoną. Jak się wydaje, nie wystarczy jednak samo uporządkowanie posiadanych już informacji. „Biorąc pod uwagę fakt, że organ nie posiada „gotowej informacji”, a jej wytworzenie wymaga dodatkowych złożonych działań, uznać należało, że żądana informacja ma charakter informacji przetworzonej”²⁴. Zdaniem NSA, nie ma też znaczenia czasochłonność oraz nakłady konieczne do poniesienia, aby żadaną informację wytworzyć. „Organ zatem był w posiadaniu żądanej informacji prostej, co nie znaczy, że mógł ją od razu udostępnić wnioskodawcy. Musiałby w tym celu sporządzić wykaz spraw, w których wydano orzeczenia wskazane we

²¹ Wyrok WSA Warszawa z 5 listopada 2013 r., II SA/Wa 1455/13, Lex nr 1408698.

²² Wyrok NSA w Warszawie z 21 września 2012 r., I OSK 1477/12, Lex nr 1264566.

²³ Wyrok NSA w Warszawie z 8 lutego 2011 r., I OSK 1938/10, Lex nr 741347.

²⁴ Wyrok NSA w Warszawie z 21 września 2012 r., I OSK 1477/12, Lex nr 1264566.

wniosku, czyli spowodować powstanie informacji publicznej przetworzonej. Związanych z tym czynności, nawet najbardziej pracochłonnych, nie można nazwać „odrębnym postępowaniem” wszczynanym na wniosek o udostępnienie informacji publicznej.

Podobnie uznał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie²⁵, oddalając skargę na decyzję Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, który odmówił udzielenia informacji publicznej wobec braku wykazania szczególnej istotności dla interesu publicznego: „w ocenie Sądu organy prawidłowo uznały, że żądana przez skarżącego informacja stanowi informację przetworzoną. Z tego mianowicie powodu, że chociaż organ, co jest oczywiste, prowadzi szereg rejestrów i ewidencji, to jednak nie posiadał przedmiotowych danych w postaci żądanej przez skarżącego i musiałby je specjalnie wytworzyć na jego potrzeby. Polegałoby to na analizie posiadanych ewidencji, dotyczących postępowań kontrolnych i postępowań karnych za lata 2009–2010 oraz na zestawieniu akt spraw karnych skarbowych w powiązaniu z aktami postępowań kontrolnych. To powoduje, że bez szczegółowej analizy akt postępowań kontrolnych nie można było udzielić odpowiedzi na wniosek skarżącego. Co więcej, wytworzenie zawartych we wniosku informacji wymagałoby powierzenia znacznej grupie pracowników wykonania czynności polegających na dokonywaniu bardzo szczegółowej analizy wszystkich akt postępowań kontrolnych, ich selekcji oraz sporządzenia na ich podstawie zestawień różnego rodzaju danych, a powyższe działania łączą się z zaangażowaniem w ich pozyskanie określonych środków osobowych i finansowych. Powyższe działania polegałyby zatem na przetwarzaniu posiadanych przez organ danych według kryteriów wskazywanych przez skarżącego, a zatem nie było tu mowy o informacji prostej”.

W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że w ostatnim czasie linia orzecznicza sądów administracyjnych zmierza w stronę zdefiniowania informacji przetworzonej wprawdzie jako sumy informacji prostych, ale których zestawienie wymaga podjęcia określonych czynności faktycznych wiążących się z konkretnym zaangażowaniem zarówno środków osobowych, jak i finansowych. Jako ilustrujący przykład wskazać można fragment uzasadnienia wyroku WSA w Poznaniu, który podniósł, że „informacją przetworzoną będzie taka informacja, co do której podmiot zobowiązany do jej udzielenia nie dysponuje taką gotową informacją na dzień złożenia wniosku, ale jej udostępnienie wymaga podjęcia dodatkowych czynności. Informacja będzie miała charakter informacji przetworzonej w sytuacji, gdy jej udostępnienie co do zasady wymaga dokonania stosownych analiz, obliczeń, zestawień sta-

²⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 7 sierpnia 2013 r., II SA/Wa 729/13, Lex nr 1378945.

tystycznych itp., połączonych z zaangażowaniem w ich pozyskanie określonych środków osobowych i finansowych”²⁶. Analogiczne stanowisko można odnaleźć również w uzasadnieniach innych wyroków Wojewódzkich Sądów Administracyjnych²⁷.

Jako potwierdzenie powszechnego przyjęcia w orzecznictwie, że informacja przetworzona musi być po pierwsze sumą informacji prostych, po drugie musi zostać wykonany określony nakład pracy konieczny do przetworzenia informacji, a po trzecie, musi w wyniku powyższych czynności powstać informacja nowa, można przytoczyć fragment uzasadnienia prawnego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 10 stycznia 2013 r.²⁸ „Sąd uznaje za celowe przypomnieć, że bogata praktyka orzecznicza sądów administracyjnych pozwala stwierdzić, że informacją przetworzoną jest informacja publiczna opracowana przez podmiot zobowiązany przy użyciu dodatkowych sił i środków, na podstawie posiadanych przez niego danych, w związku z żądaniem wnioskodawcy i na podstawie kryteriów przez niego wskazanych, czyli innymi słowy informacja, która zostanie przygotowana «specjalnie» dla wnioskodawcy wedle wskazanych przez niego kryteriów. Można także wyrazić pogląd, że informacja publiczna przetworzona to taka informacja, na którą składa się pewna suma informacji tzw. informacji publicznej prostej, dostępnej bez wykazywania przesłanki interesu publicznego”.

Informacji przetworzonej nie stanowi natomiast informacja, co do której jedyną czynnością konieczną do przeprowadzenia przez organ celem jej udzielenia, jest przeszukanie własnego archiwum. „Nie stanowi zaś przesłanki dla uznania informacji publicznej za informację przetworzoną okoliczność, iż wymaga ona poszukiwania w zasobach archiwalnych podmiotu zobowiązanego. W dalszym ciągu chodzi bowiem o informację, której udostępnienie nie wymaga jakichkolwiek analiz, obliczeń, zestawień statystycznych itp., a jedynie prostego odnalezienia jej w zbiorze dokumentów”²⁹. W tym samym wyroku zawarto jeszcze jedną istotną z punktu widzenia niniejszego opracowania tezę: „W ocenie Sądu także sporządzenie kopii określonych konkretnych dokumentów nie powinno być zaliczane do kategorii informacji przetworzonej, a to z tego względu, że ich sporządzenie nie prowadzi do powstania nowych informacji, składających się z cząstkowych informacji prostych”³⁰.

²⁶ Wyrok WSA w Poznaniu z 23 stycznia 2014 r., II SAB/Po 123/13, Lex nr 1422299.

²⁷ Wyrok WSA w Krakowie z 17 kwietnia 2013 r., II SAB/Kr 21/13 Lex nr 1310211; WSA w Warszawie z 5 listopada 2013 r., II SA/WA 1455/13 Lex nr 1408698.

²⁸ Wyrok WSA w Szczecinie z 10 stycznia 2013 r., II SAB/Sz 51/12, Lex nr 1378945.

²⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z 4 lipca 2013 r., II SAB/Po 53/13, Lex nr 1348344.

³⁰ *Ibidem*.

Dla dopełnienia obrazu rodzaju czynności, które czynią z informacji prostej informację przetworzoną warto poruszyć temat anonimizacji danych. Przedmiotem wykonywania dostępu do informacji publicznej niejednokrotnie są decyzje administracyjne zawierające tzw. dane wrażliwe. Powszechne uznanie przeprowadzenia czynności anonimizacji istniejących danych za przetworzenie informacji w rozumieniu ustawy, stanowiłoby znaczne ograniczenie wykonywania prawa do informacji publicznej. Dlatego, jak słusznie podniósł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w wyroku z 11 czerwca 2013 r.³¹, „gdy żądana informacja wymagała wyłącznie tzw. anonimizacji istniejących dokumentów, polegającej na wykreśleniu z nich elementów formalnych dotyczących danych osobowych należałoby zakwalifikować je jako informacje proste, czyli nieprzetworzone, bowiem czynności takie sprowadzają się jedynie do czynności technicznych. Również usunięcie danych objętych tajemnicą prawnie chronioną – nie tworzy informacji przetworzonej”.

Również Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2013 r. wskazał, że „informacja prosta nie zmienia się w informację przetworzoną przez proces anonimizacji, bo czynność ta polega jedynie na jej przekształceniu a nie przetworzeniu”³².

Wreszcie należy wskazać, że nie ma charakteru informacji przetworzonej informacja publiczna w zakresie kopii określonych dokumentów urzędowych. Sama czynność kopiowania dokumentów wskazanych we wniosku o udzielenie informacji publicznej nie prowadzi bowiem do wytworzenia przedmiotowo nowych informacji – co jak wskazano wcześniej – jest elementem niezbędnym do powstania informacji przetworzonej³³. W świetle powyższych rozważań można zatem wskazać, że informacja publiczna nabiera cech informacji przetworzonej o ile stanowić będzie informację nową, będącą sumą informacji prostych, które są w posiadaniu podmiotu zobowiązanego, a dodatkowo podmiot ten, w celu jej wytworzenia musi podjąć określone czynności związane z zaangażowaniem środków osobowych i finansowych. Powyższa definicja nie ma rzecz jasna charakteru ostatecznego, niemniej stanowi podsumowanie aktualnego dorobku orzeczniczego w tym zakresie.

Na zakończenie rozważań należy wskazać na istotne różnice proceduralne związane z ewentualnym wystąpieniem we wniosku o udzielenie informacji, informacji publicznej przetworzonej. Ciężar określenia, czy w danym wypadku ma się do czynienia z wnioskiem o udzielenie informacji prostej czy

³¹ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 11 czerwca 2013 r., II SA/Bd 955/12, Lex nr 1461970.

³² Wyrok WSA w Warszawie z 5 listopada 2013 r., II SA/Wa 1455/13, Lex nr 1408698.

³³ Wyroki WSA w Poznaniu z 4 lipca 2013 r., II SAB/Po 53/13, Lex nr 1348344; z 6 marca 2013 r., II SAB/Po 87/12, Lex nr 1303673.

też przetworzonej, spoczywa na podmiocie zobowiązanym do jej udzielenia. Nie można bowiem twierdzić, że to wnioskodawca występujący o udzielenie informacji publicznej powinien już na etapie składania wniosku określić, jaki charakter ma wnioskowana informacja. Mając jednak na uwadze charakter przedmiotowego prawa, o czym była już mowa wcześniej, podmiot zobowiązany ma obowiązek – po stwierdzeniu, że w sprawie występuje informacja przetworzona – poinformować o tym wnioskodawcę, a także wezwać go do wykazania przesłanki szczególnej istotności dla interesu publicznego³⁴.

W tej sytuacji niezwykle istotne jest przyjęcie odpowiednich rozwiązań prawnych właściwych we wspomnianej sytuacji, przede wszystkim w kwestii terminu, jaki zostaje wyznaczony wnioskodawcy do wykazania omawianej przesłanki. Należy podkreślić, że wniosek o udzielenie informacji publicznej przetworzonej, wobec braku szczególnych uregulowań w tym zakresie, powinien być rozpatrzony w terminach określonych w treści art. 13 ustawy. Wydaje się również, że w omawianej sytuacji podstawą skierowania do wnioskodawcy wezwania do wykazania przesłanki szczególnej istotności dla interesu publicznego nie może być art. 14 ust. 2 ustawy, gdyż zakres jego zastosowania został wskazany w sposób wyczerpujący³⁵. Z drugiej strony nieuzasadniony wydaje się występujący w literaturze pogląd, zgodnie z którym to organ rozpatrujący wniosek określa termin na wykazanie przez wnioskodawcę stosownej przesłanki³⁶.

Mając na uwadze stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego należy w tym wypadku przyjąć, że odpowiednie zastosowanie powinien w tym wypadku znaleźć art. 64 § 2 kpa³⁷. Jak bowiem podniósł NSA, „zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy, do decyzji odmownej stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, co oznacza, że Kodeks ten ma zastosowanie do całego procesu wydawania decyzji, a więc także do kwestii usuwania braków formalnych wniosku o dostęp do informacji publicznej, o ile zobowiązany organ zmierza do wydania takiej decyzji”.

W sytuacji, gdy ma się do czynienia z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej, która w ocenie podmiotu zobowiązanego ma charakter informacji przetworzonej, jest oczywiste, że podmiot ten występując do wnioskodawcy o uzupełnienie wniosku, musi zakładać ewentualność wydania decyzji odmownej, a zatem podniesiona przez NSA okoliczność działania z zamiarem wydania decyzji w omawianej sytuacji ma miejsce. Należy zatem przyjąć, że

³⁴ *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz...*, s. 52.

³⁵ Podobnie A. Korzeniowska-Polak, Lex nr 172875/4.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Wyrok NSA z 16 grudnia 2009 r., sygn. I OSK 1002/09, Lex nr 602573; z grudnia 2009 r., sygn. I OSK 1003/09, Lex nr 582457.

w takiej sytuacji podmiot będący adresatem wniosku powinien wezwać wnioskodawcę do uzupełnienia braków formalnych w trybie art. 64 §2 kpa.

Wnioskodawca nie ma obowiązku wykazywania, że uzyskanie informacji ma szczególne znaczenie dla interesu publicznego. Jednakże podmiot zobowiązany, który odmawia udzielenia informacji z tej właśnie przyczyny, musi w uzasadnieniu decyzji odmawiającej wykazać brak zaistnienia tejże przesłanki w sprawie i to pomimo faktu, że nie stanowi o tym bezpośrednio art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy³⁸. Wydaje się, że przy biernej postawie wnioskodawcy w tym zakresie – oczywiście po jego uprzednim wezwaniu do wykazania owej przesłanki – wystarczające będzie zamieszczenie w uzasadnieniu decyzji odmownej stanowiska podmiotu zobowiązanego, zgodnie z którym w jego ocenie przesłanka ta nie zaistniała w przedmiotowej sprawie.

Jak już wcześniej wspomniano, decyzja odmawiająca udzielenia informacji publicznej przetworzonej, stosownie do treści art. 16 ust. 1 ustawy ma formę decyzji administracyjnej w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, a zatem musi zawierać wszystkie elementy określone w treści art. 107 § 1 kpa.

Abstract

The concept of processed information within the context of public information access

The aim of the publication is an attempt to define the notion of *processed public information* as mentioned in the act from September 6, 2001 about access to public information.

Due to the lack of relevant statutory definition it was of key importance to refer to judicial record in this field as well as doctrinal standpoint.

The authors first focused on the already existing definition of public information, characterizing simple public information as well as processed public information according to analysis of number of sentences by Supreme Administrative Court as well as Regional Administrative Court. This let them categorize certain type of information as processed information.

Finally, the publication refers to procedural key issues connected with examination of public information questions in the case when it is categorized as processed public information.

Key words: Public information, processed, access to public information

³⁸ Podobnie WSA w Warszawie w wyroku z 20 czerwca 2005 r., sygn. II SA/Wa 795/05, Lex nr 874232; WSA we Wrocławiu w wyroku z 25 stycznia 2006 r., sygn. IV SAB/Wr 40/05, Lex nr 887692.

Piotr Zaporowski

doktorant, Uniwersytet Wrocławski; Bangkok, Tajlandia

Wskazanie w firmie statusu przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną oraz przedsiębiorcy będącego fundacją

Wprowadzenie

Regulacja dotycząca wyłącznie firmy przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną jest prosta i lapidarna. W art. 43⁴ k.c. przewidziano bowiem, że firmą tą jest jej imię i nazwisko, dopuszczając włączenie do niej „pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie obranych”.

We wcześniejszych publikacjach autor przedstawił wiele zagadnień wiążących się z tym przepisem¹. Nie nawiązał jednak szerzej do znanej już obserwacji, że gdy przedsiębiorca będący osobą fizyczną będzie działał pod firmą składającą się tylko z jego imienia i nazwiska, wtedy inni uczestnicy rynku nie zawsze muszą być pewni, że mają do czynienia z przedsiębiorcą działającym pod firmą², nie zaś z osobą fizyczną niebędącą przedsiębiorcą. Nie jest więc

¹ Zob. tegoż autora: P. Zaporowski, *Imię i nazwisko w firmie osoby fizycznej*, PiP 2004, z. 7, s. 59 i nast.; *Określenie w firmie przedmiotu działalności przedsiębiorcy*, RP 2005, nr 4, s. 56 i nast.; *Pseudonim w firmie*, PPH 2006, nr 6, s. 46 i nast.; *Oznaczenia przedsiębiorców prowadzących działalność w spółce cywilnej. Glosa*, „Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2009, nr 3, s. 64 i nast.

² Można w tym miejscu wspomnieć o wyroku WSA w Warszawie z 5 września 2006 r. (VI SA/Wa 889/06, LEX nr 255747), w którego tezie stwierdzono, że w „przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą firma, pod nazwą której prowadzona jest działalność gospodarcza, nie jest podmiotem praw i obowiązków i dlatego też decyzję należy kierować do osoby fizycznej podając jej nazwisko i imiona, a następnie nazwę firmy, pod którą działalność jest wykonywana”. Pomijając błędne posługiwanie tu się określeniem „firma” (w zwrocie „nazwa firmy”) oraz to, że firma przedsiębiorcy w ogóle nie zawierała jego nazwiska, warto dodać, iż uzasadnieniem dla wskazanego orzeczenia WSA był fakt, że działalność gospodarcza osoby fizycznej („wspomniane przedsiębiorstwo”) „nie należy do kręgu podmiotów, które – w świetle przepisu art. 29 k.p.a. – mogą być stronami postępowania administracyjnego”. Nie tylko w tym werdykcie można zauważyć, że nawet w sądowych wyrokach czy innych praw-

pozbawiony racji postulat *de lege ferenda*, aby przynajmniej do umieszczonego w firmie wyłącznie imienia i nazwiska przedsiębiorcy będącego osobą

nicznych tekstach, firmą określa się niekiedy przedsięwzięcie gospodarcze albo nazwę przedsiębiorstwa. Zob. np. uzasadnienie wyroku NSA z 21 listopada 2007 r. (II GSK 114/07, OSP poz. 2008/132, s. 907); postanowienie SN z 22 września 2008 r. (III SW 7/08, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Zbiór Urzędowy. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, poz. 2010/56); wyrok WSA w Białymstoku z 2 października 2008 r. (I SA/Bk 256/08, Rej. 2008, nr 11, s. 179); wyrok NSA z 2 lutego 2010 r. (II FSK 72/08, „Prawo i Podatki” 2011, nr 4, s. 40); wyrok WSA w Warszawie z 17 maja 2010 r. (III SA/Wa 2132/09, III SA/2133/09, Rej. 2010, nr 5, s. 154); A. Janiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1: *Część ogólna*, Warszawa 2009, red. A. Kidyba, s. 202–203. W innym niż cywilistyczne rozumieniu termin firma występuje na gruncie m.in. art. 3 pkt 33 ustawy z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2014 r., poz. 94), zgodnie z którym, ilekroć w ustawie tej mowa jest o „firmie inwestycyjnej – rozumie się przez to dom maklerski, bank prowadzący działalność maklerską, zagraniczną firmę inwestycyjną prowadzącą działalność maklerską na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz zagraniczną osobę prawną z siedzibą na terytorium państwa należącego do OECD lub WTO, prowadzącą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej działalność maklerską”. Por. przepisy ustawy z 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 1382), gdzie często mowa o firmie inwestycyjnej, raz tylko o firmie (nazwie), a w art. 8 i 27 ust. 1 pkt 1 i 1a jednocześnie o firmie inwestycyjnej i o firmie (nazwie). Wymowna jest też obserwacja, że W. Śmid w *Leksykonie przedsiębiorcy*, Warszawa 2010, wymienia, poza pojęciem firmy afiliowanej i firmy dominującej, także samo pojęcie firmy (*firm*), definiując je jako „przedsiębiorstwo mające samodzielność finansową, nazwę oraz właściciela, prowadzące działalność zgodnie z obowiązującymi przepisami” (s. 60, 61). Por. też: J. Penc, *Leksykon biznesu*, Warszawa 1997, s. 122–123 (w leksykonie tym brak wyrażenia „firma” jako oznaczenia przedsiębiorcy, są natomiast wyrażenia: firma globalna, przemysłowa, reasekuracyjna i wielonarodowa); B. Gliniecki, *Firma i prokura*, [w:] *Polskie prawo handlowe*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2009, s. 59; S. Sołtyński, *Powstanie spółki akcyjnej*, [w:] *System prawa prywatnego*, t. 17B: *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtyński, Warszawa 2010, s. 49. Szerzej o niekonsekwentnym posługiwaniu się przez ustawodawcę terminem „firma” pisał B. Gliniecki, *Firma firmie nierówna*, „Rzeczpospolita” 2006, nr 125, s. C4. Najczęściej jednak inne niż cywilistyczne rozumienie firmy występuje w tekstach z zakresu szeroko rozumianej ekonomii, w także rachunkowości, gdzie nazwą tą określane jest zorganizowane przedsięwzięcie gospodarcze. Zob. np. T. Kiziukiewicz, K. Sawicki, *Rachunkowość małych firm*, Warszawa 1998, *passim* oraz: *Zasoby ludzkie w firmie: organizacja, kierowanie, ekonomika*, red. A. Sajkiewicz, Warszawa 2002; *Bankowa obsługa firmy*, red. R. Szewczyk, Kraków 2002; T. Maciejowski, *Firma w Internecie. Budowanie przewagi konkurencyjnej*, Kraków 2004; J. Tuczko, *Zrozumieć finanse firmy*, Warszawa 2005; D.N. Sull, *Firma przetrwania. Rekonstrukcja przedsiębiorstwa w obliczu kryzysu*, Gliwice 2006, *passim*; M. D’Vari, *Zdobądź rozgłos dla siebie i swojej firmy*, Kraków 2007; M. Porajska, *Jak oszukać własną firmę?*, „Compliance – Standardy i Audyty Bankowe” 2008, nr 1, s. 34 i nast.; S. Schindler, *Nowoczesne metody wykorzystania Internetu w celach strategicznych dla rozwoju firm na podstawie crowdsourcingu w dobie globalizacji*, „Uniwersytet Szczeciński. Zeszyty Naukowe” nr 507 (Ekonomiczne problemy usług, nr 24), s. 340 i nast.; H. Pawlak, R. Nierebiński, *Sposoby nawiązywania służbowych kontaktów przez firmowych użytkowników Internetu*, „Uniwersytet Szczeciński. Zeszyty Naukowe” nr 519 (Ekonomiczne problemy usług, nr 27), s. 421 i nast.; M. Osikowicz, *Rachunkowość małych firm według wymogów funduszy unijnych*, Kraków 2008; *Prawo w firmie*, red. P. Grabarczyk, T. Stempowski, Warszawa 2009; I. Kienzler, *Pisma i umowy w firmie. Wzory pism, umów i dokumentów w języku polskim, angielskim i niemieckim*, Warszawa 2009, *passim*; D. Hołubiec, *Prawnik firmowy, czyli in house lawyer*, „Kancelaria” 2009, nr 9, s. 24; „Magazyn Przedsiębiorcy euro firma.pl”; M. Sidor-Rządowska, *Zwolnienia pracowników a polityka personalna firmy*,

fizyczną, dołączając określenie wskazujące na to, że jest to firma przedsiębiorcy będącego taką osobą.

„Jan Kowalski”, czyli kto?

Zwróciła na to uwagę M. Klapczyńska stwierdzając iż, fakt, „że firma osoby fizycznej nie zawiera dodatku obowiązkowego, należy uznać za poważny błąd legislacyjny. Moim zdaniem, firma osoby fizycznej powinna zawierać dodatek obowiązkowy, analogicznie jak firmy pozostałych przedsiębiorców. Najtrafniejszy wydawałby się dodatek obligatoryjny w formie «przedsiębiorca». W takim wypadku firma brzmiałaby: «Jan Kowalski – przedsiębiorca». Za takim stanowiskiem przemawia kilka względów. Dodatek «przedsiębiorca» stanowiłby ważną informację skierowaną do pozostałych uczestników obrotu o prowadzonej przez danego przedsiębiorcę działalności gospodarczej (lub zawodowej). Z punktu widzenia obrotu gospodarczego informacja, że Jan Kowalski to nie tylko osoba fizyczna, ale i przedsiębiorca, który w sposób trwały lub zawodowy prowadzi działalność gospodarczą, ma ogromne znaczenie praktyczne. Co więcej, dodatek obligatoryjny stanowiłby jasne wskazanie formy prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności gospodarczej lub zawodowej»³.

W świetle argumentacji M. Klapczyńskiej nie wydaje się przekonujące odmienne stanowisko J.P. Naworskiego, że poza imieniem i nazwiskiem, wszelkie „dodatkové oznaczenia są zbędne”⁴. Janusz Szwaia wskazując na tę

Warszawa 2010; R. Mbewe, *Firmy bez pieniędzy*, „Fundusze Europejskie” 2010, nr 2, s. 15; *Firmy szkolą pracowników*, „Fundusze Europejskie” 2010, nr 3, s. 36. Por. na gruncie prawa angielskiego, ale w kontekście bez jakiegokolwiek związku z przyjętym w polskim prawie cywilnym rozumieniem firmy: A. Gawrysiak-Zabłocka, *Pojęcie spółki w prawie europejskim*, SP 2003, z. 4, s. 10, 11; J. Szwaia, I.B. Miła, *Oznaczenia przedsiębiorcy (prawo firmowe)*, [w:] *System prawa handlowego*, t. 1: *Prawo handlowe – część ogólna*, red. S. Włodyka, Warszawa 2009, s. 776; M. Aluchna, *Skład rady w kontekście wartości firmy. Przypadek gospodarki wschodzącej*, „Przegląd Organizacji” 2011, nr 1, s. 45 i nast.

³ *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2004, s. 161; A. Powałowski, *Publicznoprawny status osoby fizycznej wykonującej działalność gospodarczą w Polsce*, Gdańsk 2008, s. 67 („Oznaczenie osoby fizycznej powinno przede wszystkim wskazywać na okoliczność, iż występuje ona w charakterze przedsiębiorcy. Np. poprzez użycie określenia «przedsiębiorca»”). Autor ten powtórzył ten pogląd w artykule *Firma osoby fizycznej*, GSP, t. 29, s. 176-177 (powołując się także na przepisy już uchylone przez rozporządzenie ministra sprawiedliwości z 30 listopada 2011 r. w sprawie szczegółowego sposobu prowadzenia rejestrów wchodzących w skład Krajowego Rejestru Sądowego oraz szczegółowej treści wpisów w tych rejestrach, Dz.U. Nr 273, poz. 1616 ze zm.). Szeroko o oczywistej konieczności kierowania się przy kształtowaniu prawa spółek, choć oczywiście nie tylko tego prawa, potrzebami życia gospodarczego zob. np.: M. Romanowski, *Czy polskie prawo spółek zasługuje na stabilność?*, MPH 2013, nr 4, s. 52 i nast.

⁴ *Oznaczenie jednoosobowych podmiotów gospodarczych*, „Rzeczpospolita” 1995, nr 156, s. 15, gdzie autor zastrzega, że stanowisko to nie dotyczy sytuacji, gdy oznaczenia dodatkowe „służą innym celom, np. uzasadniają właściwość sądu gospodarczego czy bliżej określają dłużnika we

wypowiedź J.P. Naworskiego najpierw zauważa, że w „firmie przedsiębiorcy indywidualnego dodatek taki [dotyczący formy prawnej przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną – uw. P.Z.] jest zbędny”, potem zaś dodaje, że jeżeli firma „przedsiębiorcy składa się z imienia i nazwiska, to już sam jej rdzeń wskazuje osobom zainteresowanym, że przedsiębiorca ten jest osobą fizyczną, a nie jednostką organizacyjną. Dodatkowo informację tę potwierdza brak dodatku obowiązkowego określającego formę prawną przedsiębiorcy, który by musiał w firmie wystąpić, jeżeli jego imię i nazwisko byłoby firmą typu osobowego przedsiębiorcy będącego jednostką organizacyjną”⁵.

Wydaje się, że J. Szwaja odnosi się tu jednak przede wszystkim do innej niż M. Klapczyńska kwestii, nie chodzi mu o wskazanie, że w określonej sytuacji imię i nazwisko spełnia funkcję firmy, a nie oznaczenia niebędącej przedsiębiorcą osoby fizycznej czy nawet wskazuje na osobę fizyczną, która jest przedsiębiorcą, ale dotyczy jej *in casu* w kontekście niezwiązanym z prowadzoną przez nią działalnością jako przedsiębiorcy. Przy czym oczywiście jest, że rację ma J. Szwaja podnosząc, iż firma składająca się wyłącznie z imienia i nazwiska nie pozostawia wątpliwości (przynajmniej) co do tego, że nie jest firmą przedsiębiorcy będącego „jednostką organizacyjną”.

Ale przecież za słuszne należy uznać stwierdzenie, że firma powinna być czytelna *prima facie* i nie tylko dla znającego reguły prawa firmowego, lecz także dla przeciętnego uczestnika rynku, np. indywidualnego klienta, którego raczej interesuje firma, a zaledwie wyjątkowo reguły prawa firmowego – pomijając już fakt, że sugerowanej przez J. Szwaję prawnej „egzegezy” firmy przeprowadzić najczęściej nie jest w stanie. Może więc ten przeciętny klient (wyjątkowo zapewne profesjonalny kontrahent) znaleźć się w sytuacji, w której nie jest pewien, czy oznaczenie składające się z imienia i nazwiska jest w określonej sytuacji firmą, czy tylko imieniem i nazwiskiem osoby fizycznej (zarówno wtedy, gdy osoba ta w ogóle nie jest przedsiębiorcą, jak i wtedy, gdy będąc przedsiębiorcą *in casu*, występuje nie jako przedsiębiorca)⁶.

wniosku o ogłoszenie jego upadłości. Tak jest zwłaszcza wówczas, gdy nazwa podmiotu jednoosobowego używana w obrocie zawiera elementy rzeczowe (np. Jerzy N. – Przedsiębiorstwo Obrotu Artykułami Kosmetycznymi)”.

⁵ S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 5, Warszawa 2004, s. 322; J. Szwaja, I.B. Miła, *Oznaczenia przedsiębiorcy...*, s. 842 z konkluzją, że jeżeli „przedsiębiorcy zależy na tym, by podkreślić, że działa w obrocie jako przedsiębiorca indywidualny, może zamieścić w swej firmie słowo «przedsiębiorca» jako dodatek nieobowiązkowy”. Jako właściwy wskazuje tu termin J. Szwai „indywidualny przedsiębiorca” W.J. Katner, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa–Kraków 2009, s. 409–410. Zob. też: W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2013, s. 180, który o dodatku takim nie wspomina.

⁶ Warto wspomnieć, jak podobną, nietożsamą kwestię, unormowano w prawie niemieckim, gdzie, w odniesieniu do kupca indywidualnego (*Einzelkaufmanns*), o ile prowadzi działalność

„Jan Kowalski przedsiębiorca”

Zasadność propozycji umieszczania w firmie przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną określenia wskazującego na to, że prowadzi on we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową zwłaszcza wtedy, gdy firma składa się wyłącznie z jej imienia i nazwiska, jest trudna do podważenia. Wygląda też na to, że zaproponowany przez M. Klapczyńską dodatek „przedsiębiorca” (pomińjąc możliwe, ale też chyba i w tym przypadku przesadne zarzuty o językową stronniczość⁷ czy nawet antyfeminizm, które można zresztą postawić wielu postanowieniom ogólnego prawa firmowego⁸) jest rozsądny⁹. I to mimo tego, że przecież, przynajmniej *ex ante*, nie do końca jest ten dodatek czytelny, bo także ci, którzy prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową w formie osób prawnych i jednostek organizacyjnych, o których mowa w art. 33¹ § 1 k.c., również są przedsiębiorcami. Jak jednak wiadomo, mają oni obowiązek umieszczać w swych firmach dodatek informujący o przyjętej formie prawnej (art. 43⁵ § 2 k.c. oraz tenże artykuł w zw. z art. 33¹ § 1 k.c.), który jasno będzie wskazywać, iż nie chodzi o przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną.

w większym rozmiarze – jego firma musi zawierać dodatek *eingetragener Kaufmann* (zarejestrowany kupiec) lub *eingetragene Kauffrau* (zarejestrowana kupczyni), albo ogólniej zrozumiałe skróty tych pojęć, zwłaszcza „e.K.”, „e.Kfm.” lub „e.Kfr.” (§ 19 (1) 1 HGB). J.J. Sitko, *Firma i jej ochrona*, Warszawa 2009, s. 103. Powtarza to w skrócie A. Powałowski, *Firma...*, s. 176, przyp. 21.

⁷ Wbrew stereotypowym opiniom, podobne kwestie rozważano w polskim piśmiennictwie nawet przed półwiekiem, zob. np. W. Doroszewski, *O żeńskich formach tytułów męskich*, [w:] idem, *Rozmowy o języku*, Warszawa–Kraków 1948, s. 66 i nast. Osobna sprawa, że kobiecy charakter niektórych określeń nie zawsze był przejawem troski o równoprawne traktowanie kobiet, zob. np.: J. Litwin, *Nabycie i zmiana nazwiska w świetle Kodeksu rodzinnego*, NP 1951, nr 2, s. 34.

⁸ Por. np. sformułowaną na gruncie art. 90 § 1 k.s.h. opinię, że nie można, „jak się wydaje, używać określenia «i partnerka» bądź «i partnerki»”, z tonującym spostrzeżeniem, że „na gruncie identycznego przepisu w prawie niemieckim przeważa stanowisko o dopuszczalności używania dodatku w formie sfeminizowanej, tj. «i partnerka» bądź «i partnerki»” (E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002, s. 157). Także A. Nowacki (*Firma spółki partnerskiej*, Pr.Sp. 2011, nr 4, s. 19–20) zwraca uwagę, że w odniesieniu do firmy spółki partnerskiej nie jest dopuszczalne posługiwanie się jako dodatkiem obowiązkowym wyrażeniem „i partnerka” lub „i partnerki”, choć mogą być one podane jako dodatek nieobowiązkowy, wtedy jednak konieczne jest zamieszczenie dodatku obowiązkowego „spółka partnerska”. Wydaje się, że przyjęte we wskazanym przepisie ograniczenie formy dodatku obowiązkowego narusza nakaz równoprawnego traktowania kobiet i mężczyzn (zob. art. 33 ust. 1 Konstytucji RP, w którym mowa, że kobieta „i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu [...] gospodarczym”) i może kiedyś stać się przedmiotem werdyktu Trybunału Konstytucyjnego.

⁹ To drobiazg, ale oczywiste, że określenia „przedsiębiorca” nie musi poprzedzać myślnik, tak, jak to proponuje M. Klapczyńska, *Firma...*, Warszawa 2004, s. 161.

Nie wydaje się, że zaproponowane określenie dodatku obowiązkowego było mniej czytelne niż ganione oznaczenie dopuszczalnego w obrocie używania skrótu s.k.a. dla spółek komandytowo-akcyjnych (art. 127 § 2 k.s.h.), który przeciętnemu uczestnikowi rynku ma prawo kojarzyć się przede wszystkim ze skrótem określenia „spółka”.

Nazwa fundacji a firma fundacji

Nietrudno zauważyć, że podobne, choć i odmienne zagadnienie dotyczyć może np. fundacji, która we własnym imieniu prowadzi, poza działalnością np. kulturalną, także działalność gospodarczą¹⁰. Jak bowiem, nie tylko przeciętny uczestnik rynku, ale ktokolwiek, ma odróżnić nazwę fundacji¹¹ od jej firmy, jeśli zarówno nazwa fundacji¹², jak i jej firma może składać się tylko z nazwy fundacji¹³ i (w odniesieniu do nazwy fundacji niekoniecznie¹⁴) określenia wskazującego na jej formę prawną. I jak ma się on zorientować, kiedy fundacja występuje pod nazwą¹⁵, gdyż realizuje niekomercyjną działalność statutową, np. wspierając finansowo działalność teatralną amatorów, kiedy zaś działa jako firma, finansując profesjonalne spektakle teatralne w ramach działalności komercyjnej?

¹⁰ J. Koczanowski, *Fundacje i ich dobra osobiste*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie”, nr 369, s. 11; L. Drożdżewicz, *Pojęcie „instytut” w nazwie fundacji*, *Rej.* 2009, nr 12, s. 9, 16; A. Kidyba, [w:] H. Cioch, A. Kidyba, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 57 i nast.

¹¹ J. Koczanowski, *op. cit.*, s. 11; E. Bugajna-Sporczyk, I. Janson, *Fundacje* [w:] D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 58–59; P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2008, s. 379–380; A. Kidyba, *op. cit.*, s. 53 i nast.; H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 73; R. Barański, *Powoływanie i rejestracja organizacji pozarządowych*, [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, Warszawa 2012, s. 3–4.

¹² G. Gura, *Zakładanie samodzielnych fundacji prawa prywatnego w prawie niemieckim*, „Roczniki Nauk Prawnych” t. 21, nr 1, s. 98.

¹³ Por. w odniesieniu do firmy osoby prawnej oraz ułomnej osoby prawnej, że nie jest „możliwe inne brzmienie nazwy podmiotu i jego firmy” (A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2012, s. 102).

¹⁴ Por. art. 5 ust. 1 ustawy z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203 z późn. zm.); B. Niemirka, *Statut fundacji*, Warszawa 1995, s. 32 (nazwa fundacji nie musi zawierać wyrazu „fundacja” czy „fundacyjny”).

¹⁵ Zob. ustawa z 5 stycznia 1995 r. o fundacji Zakład Narodowy imienia Ossolińskich (Dz.U. Nr 23, poz. 121 z późn. zm.), której art. 1 ust. 1 stanowi: „Ustanawia się fundację pod nazwą «Zakład Narodowy imienia Ossolińskich» (Ossolineum)”; ustawę z 20 lutego 1997 r. o fundacji Centrum Badania Opinii Społecznej (Dz.U. Nr 30, poz. 163 z późn. zm.), której art. 1 stanowi: „Ustanawia się fundację pod nazwą «Centrum Badania Opinii Społecznej»”; ustawę z 18 września 2001 r. o fundacji Zakłady Kórnickie (Dz.U. Nr 130, poz. 1451), której art. 1 ust. 1 stanowi: „Ustanawia się fundację pod nazwą «Zakłady Kórnickie»”.

Wytykając zasadnie błędy w przedstawionej przez mnie przed laty argumentacji J. Szwaja i I.B. Mika uważają, że fundacja, która prowadzi działalność gospodarczą pod firmą będącą nazwą fundacji, winna zmienić tak wykorzystywaną nazwę, która musi wówczas odpowiadać wymogom prawa firmowego, podkreślając przy tym, że używanie „przez osobę prawną, która prowadzi działalność gospodarczą i nazwy, i różniącej się od niej firmy od firmy [wyrazy „od firmy” znalazły się tu chyba przez pomyłkę edytorską – P.Z.], jest niedopuszczalne ze względu na zasadę jedności firmy”¹⁶.

Podzielając te spostrzeżenia należy dodać, że fundacja, której podstawowym zadaniem jest przecież prowadzenie statutowej działalności (która nie może być działalnością gospodarczą) powinna, gdy prowadzi jednak działalność gospodarczą, posługiwać się firmą wskazującą, iż działa jako przedsiębiorca. Na to bowiem powinna wskazywać jej uzupełniona nazwa, będąca firmą spełniającą wymogi przewidziane dla przedsiębiorcy, będącego osobą prawną, przestrzegając w ten sposób przede wszystkim zakazu wprowadzania firmą w błąd.

Przy tym nie chodzi tu tylko, ani nawet głównie, o konieczność uzupełnienia nazwy fundacji niezawierającej określenia wskazującego na jej formę prawną, czyli na „bycie fundacją” (jak wiadomo art. 43⁵ § 2 k.c. wymaga, aby firma osoby prawnej zawierała określenie formy prawnej osoby prawnej, choćby podane w skrócie). Najdonioślejsze wydaje się bowiem umieszczenie w firmie fundacji określeń wskazujących na jej aktywność jako przedsiębiorcy, a więc że działająca pod firmą fundacja nie prowadzi pod nią swojej działalności statutowej (niegospodarczej), ale właśnie gospodarczą.

Doniosłe jest też takie uzupełnienie firmy fundacji, który eliminowałyby możliwość wprowadzania w błąd wtedy, gdy nazwa fundacji będzie sugerowała inny przedmiot działalności gospodarczej niż ta, która jest wykonywana. Oczywiście podstawą dla takiego uzupełnienia nazwy fundacji stanowiącej jej firmę jest ten sam art. 43⁵ § 2 k.c., który przewiduje możliwość umieszczenia w firmie przedsiębiorcy będącego osobą prawną także określenia wskazu-

¹⁶ *Oznaczenia przedsiębiorcy...*, s. 872; W. Popiołek, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–449*¹⁰..., s. 226, gdzie moje stanowisko wydaje się komentatorowi niezasadne, po czym dodaje, że „odróżnieniu rodzajów prowadzonej przez danego przedsiębiorcę działalności służyć mogą inne oznaczenia np. nazwy przedsiębiorstw, natomiast firma ma odróżniać przedsiębiorcę, niezależnie od tego jak zróżnicowana jest jego działalność”. Propozycję W. Popiołka trudno zaakceptować w sytuacji, gdy w ramach tej samej działalności gospodarczej przedsiębiorcy, ma on różne przedsiębiorstwa, ale nie jest rozwiązaniem wówczas, gdy ta sama osoba fizyczna (także prawna, w tym ułomna osoba prawna) podejmie się, co jest przecież dopuszczalne, prowadzenia dwóch czy więcej odrębnych co do formy, w szczególności odmiennych co do rodzajów, działalności gospodarczych. Pomijając zastrzeżenie, że określenie zróżnicowanych (odmiennych) przedmiotów działalności przedsiębiorcy powinno jednak znaleźć odzwierciedlenie w jego firmie, nie tylko w nazwie przedsiębiorstw.

jącego na przedmiot jego działalności. Tyle, że przepis ten przewiduje taką możliwość, natomiast wówczas, gdy nazwa fundacji będąca jej firmą miałaby wprowadzać w błąd co do przedmiotu jej działalności gospodarczej, określenie wskazujące w firmie na przedmiot tej działalności jest konieczne.

Firma fundacji musi się różnić od nazwy fundacji

Dlatego zdając sobie sprawę z niedostatków, a nawet pokrętności dawnej argumentacji, autor tego tekstu pozostaje przy stanowisku, że firma fundacji musi się różnić od nazwy fundacji¹⁷. Na zasadność takiego stanowiska wskazywać się zdają także te argumenty przywołanych ostatnio innych autorów, w których podnoszą, że coraz częściej podmioty tworzone do celów niegospodarczych uczestniczą w obrocie bezpośrednio, nie za pośrednictwem np. utworzonych spółek prawa handlowego, występując pod swoją nazwą, nie spełniającą wymogów prawa firmowego (w szczególności uniwersytety, inne publiczne szkoły wyższe, w szczególności techniczne i rolnicze). Jeśli więc takie podmioty prowadzą także działalność gospodarczą bezpośrednio, wtedy jasne jest, że a) prowadząc swą działalność główną, niegospodarczą, powinny występować dalej pod swą, jak piszą J. Szwaia i I.B. Mika, „szacowną nazwą”, nie stwarzając pozorów, że jest ona firmą, 2) natomiast ich działalność gospodarcza powinna być prowadzona pod firmą spełniającą wymogi prawa firmowego, np. wskazując inny od wynikającego z nazwy osoby prawnej przedmiot jej działalności gospodarczej. Dopiero wówczas wyraźną stanie się różnica między nazwą i firmą tego samego podmiotu. To, że wspomniane podmioty formalnie otrzymują swoje nazwy, a nie kształtują je same (w rzeczywistości otrzymują jednak nazwę przez siebie ukształtowaną), nie powinno być argumentem usprawiedliwiającym je z zarzutu naruszania wymogów prawa firmowego¹⁸.

„Przedsiębiorca – to brzmi dumnie”

W tym miejscu usprawiedliwiona jest dygresja, czy status przedsiębiorcy jako przedsiębiorcy¹⁹, nie stanowi elementu stanu osobistego osoby fizycznej będą-

¹⁷ J. Szwaia, I.B. Mika, *op. cit.*, s. 872–873.

¹⁸ Zob. odmienny pogląd J. Szwaia, I.B. Mika, *op. cit.*, s. 873. Autorzy nadto zwracają uwagę, że w „praktyce mogą wystąpić przypadki naruszenia zasad wyłączności lub prawdziwości firmy”. Zob. także szerzej s. 819–820, gdzie jednak znajdują bardzo podobną, do przedstawionej tutaj, argumentację.

¹⁹ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 61–62; J. Wolski, *Przepisy ogólne*, [w:] M.P. Ilnicki, J. Wolski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 28 i nast.; P. Lissoń, *Zakres pojęcia „przedsiębiorca” w prawie działalności gospodarczej*

cej przedsiębiorcą²⁰, podobnie jak osoby prawnej oraz jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 33¹ § 1 k.c., będących przedsiębiorcami? W szczególności jednak odnosi się to do osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą, nie tylko dlatego, że jedynie jej firma nie musi zawierać dodatku wskazującego na status tej osoby jako przedsiębiorcy.

Wydaje się, że dzisiaj jest to jedynie hipoteza, ale nie można wykluczyć, że w przyszłości także „bycie przedsiębiorcą” będzie stanowiło element *sensu largo* stanu osobistego podmiotu prawa, być może kiedyś stanie się nawet dobrem osobistym? Nie jest to myśl oryginalna, choć jak dotąd podobne sugestie, odnoszące się do stanu zawodowego, były przed kilkudziesięciu laty w Polsce przedmiotem wyłącznie krytyki, uzasadnianej racjami ideologicznymi, płynącymi wbrew pozorom chyba głównie z sytuacyjnego przymusu, niż rzeczywistego przeświadczenia o ich wartości²¹.

oraz w innych aktach prawnych, RPEiS 2002, z. 2, s. 53, 55; Z. Gawlik, *Nazwa przedsiębiorcy jako element jego identyfikacji w obrocie*, [w:] *Bezpieczeństwo i porządek publiczny – historia, teoria, praktyka. Konferencja naukowa, Hadle Szklarskie, 26 września 2003 r.*, red. E. Ura, Rzeszów 2003, s. 132 i nast.; W.J. Katner, *Podstawowe zagadnienia prawne nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, PPH 2004, nr 12, s. 6 i nast.; J. Olszewski, *Pojęcie „przedsiębiorca” w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, RPEiS 2004, z. 4, s. 70; E. Grzegorzewska-Mischka, *Przedsiębiorca po nowemu wraz z tekstem ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, Gdańsk 2004, s. 1–2; D. Szafrąński, *Podjęmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2005, s. 62 i nast.; S. Koroluk, *Przedsiębiorca jako podmiot działalności gospodarczej*, [w:] A. Powałowski, S. Koroluk, *Podjęmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej w świetle regulacji prawnych*, Bydgoszcz–Gdańsk 2005, s. 51 i nast.; D. Szafrąński, *Podjęmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej*, [w:] *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2007, s. 96 i nast.; J. Frąckowiak, *Handlowe czynności kreujące*, PPH 2008, nr 12, s. 6–7; M. Gajewski, *Działalność gospodarcza i przedsiębiorca*, [w:] *Podstawy prawa w gospodarce*, red. S. Piątek, I. Postuła, Warszawa 2008, s. 96–97; M. Manowska, *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2008, s. 17; A. Stępień-Sporek, *Działalność gospodarcza z udziałem małżonków*, Warszawa 2009, s. 242; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 35; J. Frąckowiak, *Handlowe czynności kreujące. Zagadnienia wybrane*, [w:] *Zaciąganie i wykonywanie zobowiązań. Materiały III Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów (Wrocław, 25–27.9.2008 r.)*, red. E. Gniewek, K. Górską, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 82–83; M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Warszawa 2010, s. 11, 23; S. Gurgul, *Jasne i niejasne oblicza Prawa upadłościowego i naprawczego po nowelizacji z 6.3.2009 r. – cz. 1*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 4, s. 191; T. Szymanek, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2010, s. 19 i nast.

²⁰ J. Szwaia, *O przyszłym uregulowaniu firmy*, PiP 1994, z. 12, s. 46.

²¹ „O sytuacji prawnej jednostki w zbiorowości mogą decydować – stosownie do przepisów konkretnego ustawodawstwa – także właściwości inne [...], a w szczególności jego zawód, funkcja wykonywana w ramach administracji państwowej lub samorządowej oraz przynależność do określonego wyznania. Jednakże według przeważających obecnie poglądów, tych właściwości człowieka nie traktujemy jako elementów jego stanu. W nauce burżuazyjnej pojawiają się głosy, które w ramach stanu człowieka wyróżniają jego stan zawodowy (*l'état professionnel*), zwracając uwagę, że w miarę zaniku liberalizmu politycznego (ściślej: w miarę faszycyzacji życia

Abstract

Indication in the company of the status of an entrepreneur being a natural person and an entrepreneur being a foundation

The business name of an entrepreneur who is a natural person may be composed of its sole name and surname. The business name of an entrepreneur, who is the foundation, is the name of the foundation. This can sometimes lead to confusion as it is not always possible to determine whether the name and surname is a business name of an entrepreneur who is a physical or the name and surname refer to that entrepreneur in circumstances not related to her business activities. Similarly, there might be doubts whether the name of the foundation is its business name as an entrepreneur or is it her name in circumstances not related to its business activities. Author approves and proposes other solutions to prevent such threats.

Key words: business name, natural person, foundation, confusion

społecznego) przynależność do określonego zawodu wpływa na sytuację prawną jednostki, tworząc stan kupca, przedsiębiorcy, robotnika itp. W rzeczywistości jest to tendencja do nadania prawnego charakteru przywilejom klasowym. Rzecz oczywista, że w naszych warunkach ustrojowych brak jest jakichkolwiek podstaw do tworzenia pojęcia stanu zawodowego, skoro w świetle Konstytucji, której zasady znajdują pełne urzeczywistnienie w życiu, wszyscy obywatele mają równe prawa we wszystkich dziedzinach życia państwowego (art. 69), a o różnicach między ludźmi można mówić tylko ze względu na przynależność państwową i przynależność do rodziny oraz ze względu na inne ściśle osobiste właściwości każdego człowieka. Zatem w świetle naszego ustawodawstwa w rachubę wchodzi jedynie stan polityczny (obywatelstwo), stan cywilny i tzw. stan osobisty” (J. Ignatowicz, *Stan cywilny i jego ochrona*, Ann.UMCS, t. 10, nr 4, s. 133–134).

Izabela Pilarczyk

studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Poszukiwanie prawdy w procesie cywilnym

Ochrona cywilnoprawna jest ustanowiona przez prawo procesowe, którego cechy determinuje przyjęcie odpowiedniej koncepcji zasady prawdy – albo prawdy formalnej, albo prawdy materialnej. Alternatywa rozłączna powstała za pośrednictwem zastosowania spójnika „albo”, sugerować ma dychotomiczny podział znanych teorii prawdy. Niektórzy autorzy wyróżniają jednak dodatkowe, pośrednie kategorie tej zasady. Na uwagę zasługuje stanowisko H. Pietrkowskiego¹, który twierdzi, że do roku 2007 polski proces cywilny opierał się na konstrukcji zasady prawdy obiektywnej, jego zdaniem, mylnie utożsamianej z prawdą materialną. Koncepcję tę wywodzi z marksistowskiej tezy o poznawalności obiektywnej istniejącej rzeczywistości.

Określenie „prawda obiektywna” zostało sformułowane w uchwale Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 27 czerwca 1953 r.² Zasadność wyróżnienia tej kategorii prawdy H. Pietrkowski dostrzega w postawieniu przed wymiarem sprawiedliwości „niewykonalnego zadania wszechstronnego wyjaśnienia w procesie cywilnym każdego stosunku prawnego, ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy i wydania orzeczenia odpowiadającego faktom istniejącym obiektywnie. Zasada prawdy obiektywnej, łącznie z zasadą inkwizycyjności, spowodowała niemal całkowicie uśpienie inicjatywy stron i pełnomocników, przy jednoczesnym zwolnieniu ich z jakiegokolwiek odpowiedzialności za wynik sprawy; cała odpowiedzialność została przerzucona na sąd”³. Zdaniem autora, obecnie na skutek przeprowadzonych nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego⁴, zasadę prawdy obiektywnej wyparła zasada prawdy materialnej.

¹ F. Siemiński, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1980, s. 25–28.

² Uchwała Całej Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 27 czerwca 1953 r. C. Prez. 195/52, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna 1953, OSNCP 1953, nr 4, poz. 95.

³ H. Pietrkowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2005, s. 26.

⁴ Ustawa z 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 101 (dalej jako k.p.c.).

Wyodrębnienie kategorii prawdy obiektywnej oparto na nieostrych kryteriach. Można raczej przyjąć, że w zasadzie wprowadzona przez H. Pietrzakowskiego „prawda obiektywna” jest w rzeczywistości czystą postacią prawdy materialnej. Wprowadzanie dodatkowego kryterium podziału zdaje się zabiegiem sztucznym, a ponadto zbyt wymagalnym. Określenia „prawda obiektywna” oraz „prawda materialna” stosowane są zasadniczo zamiennie, a za uzasadnione uznaje się traktowanie ich jako pojęć synonimicznych⁵. W doktrynie, ale także w orzecznictwie, dominuje bowiem dychotomiczny podział koncepcji prawdy, oznaczający wyróżnianie dwóch przeciwstawnych zasad – zasady prawdy formalnej i zasady prawdy materialnej.

Istotą tej drugiej jest idea orzekania w zgodzie z rzeczywistością. Sąd ma za zadanie dążyć do wyjaśnienia wszystkich istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności, mając za cel wykrycie realnie istniejącego stosunku prawnego łączącego obie strony sporu. Z takiego założenia wynika konieczność przyznania sądowi niezbędnych środków umożliwiających ustalenie prawdy faktycznej, a zatem wyjście poza materiał dowodowy zebrany i przedstawiony przez strony. Sędzia orzekający powinien mieć możliwość samodzielnego działania.

Dokładnie odwrotne założenia leżą u podstaw zasady prawdy formalnej. Sąd rozstrzyga spór w oparciu o materiał dowodowy przedłożony do jego dyspozycji przez strony, chociażby prowadziło to do wydania orzeczenia odbiegającego od rzeczywistego stanu. Rola sędziego sprowadza się w głównej mierze do prawidłowej subsumpcji. Jest on zasadniczo bierny przy gromadzeniu materiału dowodowego⁶.

Historycznie rzecz przedstawiając należy zauważyć, że na gruncie k.p.c. z 1932 r.⁷ przyjęto zasadę prawdy formalnej, pomimo nieznaczących odstępstw na rzecz prawdy materialnej, przemawiał za tą tezą całokształt ówczesnej redakcji k.p.c.⁸ Sąd mógł na mocy art. 251 k.p.c. dopuścić dowód z urzędu, jeżeli powziął o nim wiadomość z oświadczeń stron lub z akt sprawy. Kompetencja ta była jednakże mocno ograniczona dalszymi przepisami (art. 266 i art. 282 k.p.c.), gdyż sąd nie mógł dopuścić dowodu z dokumentu czy też dowodu z przesłuchania świadków, jeżeli sprzeciwiły się temu obie

⁵ Dalej zamiennie jest używane pojęcie prawdy materialnej i prawdy obiektywnej na oznaczenie tej samej koncepcji.

⁶ Z. Resich, *Poznanie prawdy w procesie cywilnym*, Warszawa 1958, s. 20 i nast.; idem, *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1985, s. 119 i nast.

⁷ Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z 1 grudnia 1932 r., Dz.U. Nr 112, poz. 934, powstałe z połączenia rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej z 29 listopada 1930 r., Dz.U. Nr 83, poz. 651 i z 27 października 1932 r., Dz.U. Nr 93, poz. 803. Na temat ewolucji polskiej procedury cywilnej zob.: M. Waligórski, *Gwarancje wykrycia prawdy w procesie cywilnym*, „Państwo i Prawo” 1953, nr 8–9, s. 263 i nast.

⁸ J. Jodłowski, *Zasady naczelne socjalistycznego postępowania*, [w:] *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego*, red. J. Jodłowski, Warszawa 1974, s. 75 i nast.

strony. Art. 246 k.p.c. stanowił, że nie wymagały dowodu fakty przyznane w przewodzie sądowym przez stronę przeciwną – sąd mógł poprzestać na okolicznościach przytoczonych przez jedną ze stron bez potrzeby ich sprawdzenia pod względem zgodności z istniejącym stanem rzeczy.

Zmieniła ten stan ustawa z 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów w sprawach cywilnych⁹, nadając zasadzie prawdy w znowelizowanym k.p.c. charakter materialny. Pozbawiono strony prawa sprzeciwu co do dowodu z dokumentu i dowodu z przesłuchania świadków. Sąd mógł oprzeć się na przytoczeniach faktycznych tylko o tyle, o ile nie budziły one uzasadnionych wątpliwości co do ich zgodności z istotnym stanem (art. 238 § 1, art. 218 § 2 i art. 345 § 2d k.p.c.).

Kodeks postępowania cywilnego z 17 listopada 1964 r. utrzymano w duchu koncepcji prawdy materialnej. Uwidocznieniem tego faktu była redakcja art. 3 k.p.c., gdyż przepis ten *expressis verbis* wyrażał zasadę prawdy obiektywnej. Potwierdzały to również dalsze przepisy k.p.c. Na wyróżnienie zasługują chociażby art. 213 i art. 232 k.p.c., na podstawie których sąd był władny wszcząć dochodzenie w celu uzupełnienia materiału faktycznego lub wykrycia i przeprowadzenia środków dowodowych nie przedstawionych przez strony. Sąd nie mógł wydać orzeczenia zanim nie poznał obiektywnej prawdy o stosunku prawnym leżącym u podstaw sprawy. Jeżeli nie wyjaśniono wszystkich okoliczności faktycznych mających znaczenie dla wyniku sprawy, każda ze stron mogła powołując się na przyczynę zaskarżenia z art. 368 pkt 3 k.p.c., skierować przeciwko wyrokowi sądu pierwszej instancji rewizję. Sąd odwoławczy, niezależnie od inicjatywy strony w tym zakresie, brał z urzędu pod rozwagę powyższą podstawę rewizyjną (art. 381 § 1 k.p.c.)¹⁰.

Kolejna nowelizacja dokonana ustawą z 1 marca 1996 r.¹¹ znacząco wpłynęła na koncepcję zasady prawdy. Na strony nałożono ciężar dążenia do wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy, a także zwiększono kontradyktoryjność postępowania. Zdaniem Sądu Najwyższego, od 1 lipca 1996 r. wskutek zmiany treści art. 232 k.p.c. oraz skreślenia § 2 w art. 3 k.p.c. nastąpiło zniesienie zasady odpowiedzialności sądu za wynik postępowania dowodowego, „zmiany w procesie cywilnym, w szczególności skreślenie przepisu art. 3 § 2 oraz zmiany treści art. 6 i 232 k.p.c. oznaczają wprowadzenie w procesie dominacji zasady kontradyktoryjności i odstąpienie od odpowiedzialności sądu orzekającego za rezultat postępowania dowodowego, którego dysponentem są strony”¹².

⁹ Dz.U. Nr 58, poz. 349.

¹⁰ M. Waligórski, *op. cit.*, s. 263 i nast.

¹¹ Dz.U. Nr 43, poz. 189 ze zm.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 7 października 1998 r., II UKN 244/98; wyrok Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1997 r., II UKN 406/97.

Od 1 lipca 1996 r. nie obowiązuje zapis „Sąd powinien dążyć do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy i do wyjaśnienia rzeczywistej treści stosunków faktycznych i prawnych. Sąd z urzędu może podejmować czynności dopuszczalne według stanu sprawy, jakie uzna za potrzebne do uzupełnienia materiału i dowodów przedstawionych przez strony i uczestników postępowania”. Zasadność tej nowelizacji w duchu prawdy materialnej tłumaczono dotychczasową możliwością biernego uczestniczenia w procesie. Ponadto podkreślano, że na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji istniała możliwość celowego ukrywania istotnych okoliczności sprawy, aby w późniejszym czasie uniemożliwić uprawomocnienie się wyroku¹³. Sędzia miał stać się katalizatorem postępowania. Jego zadaniem miało stać się inspirowanie stron do działania. Odtąd do przegrania procesu prowadzić mogła, nieznajdująca uzasadnienia, bierność strony. Zgodnie z zasadą *vigilantibus iura sunt scripta* – strona jest zobowiązana do dbania o swoją sprawę. Sąd Najwyższy trafnie opisał zmiany wprowadzone omawianą nowelizacją: „Przy rozpoznawaniu sprawy na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego, zmienionych ustawą z 1 marca 1996 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 43, poz. 189), rzeczą sądu nie jest zarządzenie dochodzeń w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenia z urzędu dowodów zmierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 232 k.p.c.). Obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na stronach (art. 3 k.p.c.), a ciężar udowodnienia faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 227 k.p.c.) spoczywa na stronie, która z faktów tych wywodzi skutki prawne (art. 6 KC)”¹⁴.

„Działanie sądu z urzędu i przeprowadzenie dowodu niewskazanego przez stronę jest po uchyleniu art. 3 § 2 k.p.c. dopuszczalne tylko w wyjątkowych sytuacjach procesowych oraz musi wypływać z opartego na zobiektywizowanej ocenie przekonania o konieczności jego przeprowadzenia”¹⁵. Na stronach procesowych spoczywa ciężar wskazania niezbędnych dowodów¹⁶, co

¹³ T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, cz. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 119.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 1996 r. I CKU 45/96.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 9 września 1998r., II UKN 182/98, nr 17, poz. 556.

¹⁶ J. Bodio, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Bodio, A. Jakubecki et al., Warszawa 2012, s. 37.

stwierdził również Sąd Najwyższy w jednym ze swych orzeczeń: „Strony mają obowiązek dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i przedstawiać dowody (art. 3 k.p.c.). Ewentualne ujemne skutki nieprzedstawienia dowodu obciążają stronę, która nie dopełniła ciężącego na niej obowiązku”¹⁷. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 3 k.p.c. zaadresowanego do stron postępowania – strony te są obciążone nie tylko ciężarem dowodu, czyli wskazywanym już obowiązkiem przedstawiania dowodów na okoliczność wyjaśnienia sprawy, czy ciężarem przytoczenia stanowiącym zobowiązanie do wyjaśnienia okoliczności sprawy. Cięży na nich ponadto obowiązek mówienia prawdy. Z tym jednak zastrzeżeniem, że nie obejmuje to obowiązku przytaczania okoliczności poniżających, hańbiących czy narażających je na odpowiedzialność karną. Regulacja ta opiera się na założeniu działania stron w zgodzie z zasadą dobrej wiary. Ustawodawca poprzestaje na wymogu przedstawienia prawdy postrzeganej subiektywnie. Jednocześnie jest to norma o charakterze *lex imperfecta* – gdyż nie przewiduje sankcji za niezrealizowanie dyspozycji normy przez jej adresata. Nie ma możliwości przymuszenia do postępowania zgodnego z tą normą. „Kłamstwo procesowe” może spotkać się jedynie z pośrednimi sankcjami (art. 103, 120 § 4 k.p.c.). Podejmowanie czynności procesowych przez strony co do zasady nie jest obowiązkowe. Nie podejmując ich, strona musi się jednak liczyć z prawdopodobnymi negatywnymi konsekwencjami jak np. możliwość uznania okoliczności faktycznych za przyznane, pominięcie materiału procesowego przedłożonego z naruszeniem reguł prekluzji dowodowej, a także z przegraniem procesu¹⁸. Jest to obowiązek etyczny i moralny. Obowiązek dotyczący nie tylko stron, ale także uczestników postępowania i ich pełnomocników. Trafnie określa go Z. Resich pojęciem ciężaru procesowego¹⁹.

Kolejne nowelizacje Kodeksu postępowania cywilnego. Zarówno z 2 lipca 2004 r.²⁰, jak i 22 grudnia 2004 r.²¹ oddaliły koncepcje prawdy w postępowaniu cywilnym od zasady prawdy materialnej. Wzmocniono bowiem zasadę dyspozycyjności, która bliższa jest teorii prawdy formalnej: „nastąpiło dalsze wyeliminowanie z Kodeksu przepisów dotyczących obowiązku sądu dochodzenia prawdy w procesie oraz opieki nad stronami naruszającymi zasadę równości i kontrydiktoryjności”²².

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 lipca 1999 r., I CKN 415/99.

¹⁸ M. Manowska, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do art. 1–505 (37)*, red. A. Adamczuk, M. Manowska et al., Warszawa 2011, s. 26.

¹⁹ Z. Resich, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1975, s. 58.

²⁰ Dz.U. Nr 172, poz. 1804.

²¹ Dz.U. z 2005 r. Nr 13, poz. 98.

²² T. Ereciński, *Kodeks postępowania...*, s. 119.

Współczesny kształt procedury cywilnej ogranicza wykrycie obiektywnej prawdy przez sąd do poszczególnych jego kompetencji. Sąd może, w razie uzasadnionej potrzeby, udzielać niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych stronom i uczestnikom postępowania, które występują w sprawie bez adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego lub radcy Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa – art. 5 k.p.c., czy też dopuszczać dowody niewskazane przez strony – art. 232 k.p.c.²³ Należy przy tym mieć na uwadze, że art. 232 k.p.c. pozwala na wprowadzenie do postępowania środków dowodowych, a nie faktów stanowiących przedmiot dowodu. W przeważającej mierze dotyczy to będzie stron nieporadnych procesowo, które przytaczając fakty nie powołują dowodów na ich uzasadnienie. Przeprowadzenie dowodu z urzędu może okazać się niekiedy konieczne, np. wobec potrzeby usunięcia z procesu fikcji²⁴. Należy podkreślić, że przewidziana w zdaniu drugim art. 232 k.p.c. możliwość dopuszczenia przez sąd dowodu z urzędu, stanowi wyjątek od zasady aktywności stron w procesie. Nasuwającą się konkluzję wyartykułowała M. Manowska, stwierdzając, że „Sąd powinien dążyć do poznania prawdy w granicach przyznanych mu przez prawo procesowe”²⁵.

Pomimo istnienia silnego obozu doktrynalnego (np. J. Gutowski) opowiadającego się nadal za oparciem współczesnego procesu cywilnego na zasadzie prawdy materialnej, pojawiają się co raz liczniejsze głosy (A. Kallus, K. Knopek, M. Manowska) przedstawiciele nauki prawa wskazujące na dominację zasady prawdy formalnej. Obowiązują bowiem *de lege lata* przepisy prawne silnie ograniczające, a nawet uniemożliwiające poznanie prawdy takiej, jaką ona była, a nie takiej, jak ustalono. Do regulacji tych można zaliczyć przykładowo: konstrukcje domniemań prawnych (ze szczególnym naciskiem na domniemania prawne nie do obalenia) – art. 234 k.p.c., ograniczenie dowodu z zeznań świadków lub przesłuchania stron na fakt dokonania czynności prawnej zawartej w formie pisemnej *ad probationem* (czy to z uwagi na wymóg ustawowy, czy też zastrzeżenie umowne stron) – art. 74 k.c. Bardzo szeroko zastosowano zasadę prekluzji dowodowej (art. 479¹² § 2, 479¹⁴ § 2, 479^{14a}, 495 § 3, 505⁵ k.p.c.), w myśl której ustawa w sposób wyraźny wskazuje moment czasowy, do którego możliwe jest gromadzenie materiału dowodowego – pod rygorem utraty możliwości późniejszego ich powołania. Dotyczy to także faktów, dowodów i zarzutów powoływanych tylko warunkowo, tzn. na wypadek bezskuteczności lub nieuznania przez sąd ich odpowiedników powoływanych w pierwszej kolejności.

²³ A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–505*¹⁴, red. A. Zieliński, Warszawa 2006, s. 60.

²⁴ K. Piasecki, [w:] *K.p.c. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1996, s. 68.

²⁵ M. Manowska, *Kodeks postępowania...*, s. 38.

Niebagatelne znaczenie ma równie szerokie zastosowanie zasady dyskrecjonalnej władzy sędziego (207 § 2 i 3, 217§ 2, 242 k.p.c.), zgodnie z którą sąd decyduje o czasowych granicach gromadzenia materiału dowodowego. W obecnym stanie prawnym sąd, przy podejmowaniu rozstrzygnięcia w postaci wyroku zaocznego lub upominawczego nakazu zapłaty, nie ma bowiem obowiązku ustalenia, czy okoliczności wskazane przez powoda są zgodne z prawdziwym stanem rzeczy. Zgodnie z brzmieniem art. 229 k.p.c. – nie wymagają również dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości. Zrezygnowano zatem z wymogu „braku uzasadnionych wątpliwości co do zgodności z prawdziwym stanem rzeczy”. Charakter absolutny uzyskała zasada wyrażona łacińską paremią: *ne eat idex ultra petita partium* – w procesie sąd związany jest żądaniem stron²⁶.

W związku z powyższym, nie są pozbawione sensu poglądy tych przedstawicieli nauki prawa, którzy optują za dokonującą się ewolucją konstrukcji prawdy współczesnego postępowania cywilnego w kierunku ujęcia formalnego. W czystej postaci zasada prawdy formalnej, oznaczałaby oparcie rozstrzygnięcia sądu wyłącznie na materiale dowodowy zebrany i przedstawiony przez strony postępowania, a zatem bez względu na przekonanie sądu o jego zgodności z prawdą. Ustawodawca nie przeszedł w tak skrajną i radykalną konstrukcję zasady prawdy. *De lege lata*, na skutek omówionych nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego, sąd rozstrzygając bazuje w głównej mierze na materiale dowodowym zebrany i przedstawiony przez strony. Jednakże równocześnie wyposażony jest także w narzędzia, które umożliwiają mu (częściowo) weryfikację dokonanych ustaleń. Wśród odstępstw na rzecz prawdy materialnej należy wskazać prawo sądu do swobodnej oceny dowodów – art. 233 k.p.c., czy prawo do wzięcia pod uwagę faktów znanych sądowi urzędowo – 228 § 2 k.p.c.

Gdyby strony przedstawiły materiał dowodowy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek, wydany wyrok odpowiadałby prawdzie rozumianej jako rzeczywisty stan, tj. zgodny pod względem prawnym, ale także faktycznym²⁷. Zdaniem K. Piaseckiego, „prawda w procesie zależy w znacznej mierze od stanowiska samych stron i innych uczestników postępowania”²⁸. Spostrzeżenia cytowanego autora wzmacnia fakt, że zasada dyspozycyjności może prowadzić do nadużyć. Nie bez kozery § 15 Kodeksu etyki adwokackiej stanowi, że adwokat nie ponosi odpowiedzialności za zgodność z prawdą faktów po-

²⁶ Efekt uchylecia art. 321 § 2 k.p.c.

²⁷ A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 59–60.

²⁸ K. Piasecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1: *Komentarz do artykułów 1–366*, red. K. Piasecki, G. Bieniek et al., Warszawa 2010, s. 85.

danych mu przez klienta, powinien jednak zachować umiar w formułowaniu okoliczności drastycznych lub mało prawdopodobnych²⁹. Potwierdzają to również nieobce praktyce przypadki czy to procesów fikcyjnych, czy też koluzji (zmowy stron)³⁰.

Dodatковым zagadnieniem, które warto poruszyć przy okazji omawiania teorii prawdy jest kwestia wykorzystywania w procesie dowodów nielegalnie zdobytych i braku regulacji w obowiązującym Kodeksie postępowania cywilnego tzw. owoców zatrutego drzewa.

Problemem kłamstwa w prawie interesował się wybitny filozof Wojciech Chudy, czemu dał wyraz w jednym ze swych dzieł, *Spoleczeństwo zakłamanie*³¹. Myślą przewodnią tej publikacji jest teza o odejściu od ustalania czystej prawdy, a w konsekwencji od realizacji sprawiedliwości we współczesnym prawie. Autor ten upatruje zdradę prawdy w istocie funkcjonowania prawa, w nieadekwatności poznania, w pierwszeństwie zysku, a także w niedoskonałości ustawodawstwa³².

„Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie” – art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.³³, a także analogiczny art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.³⁴ statuują w prawie międzynarodowym jedno z podstawowych praw obywatelskich, jakim jest prawo do sądu. Innymi określeniami stosowanymi w piśmiennictwie są: prawo do drogi sądowej, prawo do powództwa, a także prawo do obrony przed sądem. Przywołane akty stanowią część polskiego porządku prawnego. Dostęp do wymiaru sprawiedliwości ma charakter zasady ustrojowej wyrażonej w Konstytucji RP, przede wszystkim w jej art. 45 ust 1, zgodnie z którym „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. W konsekwencji wszystkie akty hierarchicznie niższe (w tym ustawy) muszą być z nią zgodne.

²⁹ Uchwała nr 52/2011 Naczelnej Rady Adwokackiej z 19 listopada 2011 r.; Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) uchwalony przez Naczelną Radę Adwokacką 10 października 1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98 z późn. zm.).

³⁰ W. Siedlecki, *Proces fikcyjny*, „Państwo i Prawo” 1955, nr 2, s. 212.

³¹ W. Chudy, *Esej o społeczeństwie i kłamstwie*, t. 1: *Spoleczeństwo zakłamanie*, Warszawa 2006.

³² *Ibidem*, s. 480 i nast.

³³ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³⁴ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

We wszystkich przywołanych przepisach pojawia się określenie „sprawiedliwy”, będące pojęciem nieostрым. Nie da się raz na zawsze, stanowczo i jednoznacznie zdefiniować tego, co nazywa się sprawiedliwością. Nad zakresem znaczeniowym słowa sprawiedliwość dywagowali już starożytni Rzymianie. W myśl Justyniana: „Sprawiedliwość jest stałą i niezmienną wolą przyznającą każdemu należne mu prawo”³⁵. Kontynentalne prawo prywatne mające swoje korzenie w prawie rzymskim wiąże semantycznie pojęcia sprawiedliwości i prawa³⁶. Potwierdza tę tezę również etymologia tego słowa: łac. *ius* – prawo, *iustitia* – sprawiedliwość. Sprawiedliwość utożsamiana jest z wykonywaniem prawa, przestrzeganiem jego przepisów i z praworządnością³⁷. W takim rozumieniu stanowi główny element konstrukcyjny pojęcia wymiaru sprawiedliwości, rozumianego jako działalność polegająca na wiążącym rozstrzygnięciu sporów o prawo, w których co najmniej jedną stroną jest jednostka, tudzież inny podmiot³⁸.

Według S. Siemińskiego, „Sędzia nie może wybierać takiej czy innej koncepcji sprawiedliwości, lecz musi przyjąć i stosować tę, którą przyjmuje system danego państwa”, a ponadto – „wymierzając sprawiedliwość ma on obowiązek postępowania zgodnie z zasadą: oddaj każdemu to, co mu się należy według prawa”³⁹.

Wadliwość działania prawa wynika z nastawienia na wypracowanie kompromisu, ugody między stronami nawet kosztem nadużyć. Stanowi to cel sam w sobie pozostający w zupełnej niezależności od ustalania prawdy⁴⁰. Wyrazistą ilustracją tego zjawiska jest przytoczenie przez W. Chudego wzorca ze Stanów Zjednoczonych, gdzie „Nawet tak zwani prawnicy sądowi starają się unikać rozwiązywania sprawy w sali rozpraw, albowiem jest ono najmniej korzystne”⁴¹.

Nieadekwatność poznania jest immamentną cechą człowieka. Ludzi cechuje niedoskonałość. Rzeczą ludzką jest mylenie się, upiększanie rzeczywistości, czy też wypełnianie luk w pamięci obrazami podsuwanymi przez wyobraźnię. Żaden człowiek nie jest w stanie rejestrować stu procent otaczającej go rzeczywistości. Niczyja pamięć nie jest obojętna wobec upływu czasu. Również ustawodawca jest tylko człowiekiem i pomimo założenia jego

³⁵ *Institucje Justyniana*, Warszawa 1986, s. 15.

³⁶ K. Piasecki, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Kraków 2005, s. 14.

³⁷ W. Włodkiewicz, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 85.

³⁸ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 354.

³⁹ F. Siemiński, *Prawo...*, s. 328.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 487.

⁴¹ J. Brandon, *Adwokat z klatki schodowej*, [w:] *Oblicza sprawiedliwości*, red. W. Bernhardt, przeł. G. Kołodziejczyk, Warszawa 1999, s. 83.

racjonalności nie brakuje przykładów wskazujących na ułomności tworzonego przezeń ustawodawstwa. Wszystko to prowadzi do zniekształcania rzeczywistości.

Pozostał jeszcze problem pierwszeństwa zysku. Przedstawił to zagadnienie W. Chudy: „Z istotą rozumu spekulującego, dyskursywnego, negocjującego i jego zaangażowaniem w proces egzekwowania prawa wiąże się największe zagrożenie dla prawdy [...] [prawda] poddana obróbce rozumowej podlega redukcji pod naciskiem interesów: finansowego, gospodarczego czy politycznego. Ślepa Temida nie ujmuje już prawdy oczyma duszy, nie widzi sprawiedliwości w pełnej i jasnej wizji, lecz poogląda spod opaski, gdzie biją źródła większego zysku”⁴².

Istnieje wiele ujęć i teorii prawdy. Zdaniem W. Chudego, ostatnio dominuje teoria socjologiczna, w myśl której o prawdzie rozstrzyga opinia większości⁴³.

Kierunek obrany przez polskiego ustawodawcę, na co wskazują kolejne, wyżej opisane nowelizacje, wpisuje się w obraz nakreślony przez W. Chudego. Niedostrzeżenie problemu i brak konstruktywnych zmian doprowadzić może do wykorzystywania sądownictwa do realizacji partykularnych celów, przełamania idei sprawiedliwości i upadku autorytetu prawa.

Wprawdzie lekceważenie zakazu kłamstwa procesowego statuowanego w art. 3 k.p.c. w jego znowelizowanym brzmieniu, a także brak regulacji nadużywania przez strony i uczestników postępowania ich uprawnień procesowych⁴⁴ miało zostać złagodzone kolejną zmianą Kodeksu postępowania cywilnego. Ustawą z 16 września 2011 r. poszerzono treść art. 3 k.p.c. o nakaz dokonywania czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami. Jest to jednak kolejny obowiązek o wymiarze moralnym. Norma ta nie wprowadza formalnego obowiązku procesowego, nie przewiduje sankcji. Wydaje się, że niewiele zmieni w dotychczasowym sposobie ustalania prawdy w postępowaniu cywilnym. Jest to jednakże sygnał, że ustawodawca dostrzegł problem. Podobnie przyjął T. Ereciński, który podsumowując tę nowelizację stwierdził, że „Nie jest to pełne wprowadzenie klauzuli nadużycia uprawnień procesowych, stanowi jednak sygnał, że ustawodawca jest bliski w przyszłości takiego rozwiązania”⁴⁵. *De lege ferenda* należy postulować dalej idące zmiany przywracające dominację zasady prawdy materialnej w postępowaniu cywilnym.

⁴² W. Chudy, *Esej o społeczeństwie...*, s. 485.

⁴³ W. Chudy, *Filozofia kłamstwa. Kłamstwo jako fenomen zła w świecie osób i społeczeństw*, Warszawa 2003, s. 22.

⁴⁴ T. Cytowski, *Procesowe nadużycie prawa*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 5; K. Piasecki, *Nadużycie praw procesowych przez strony*, „Palestra” 1960, nr 11, s. 20.

⁴⁵ T. Ereciński, *Kodeks postępowania...*, s. 121.

Niezależnie od argumentów zwolenników funkcjonowania w postępowaniu cywilnym zasady prawdy materialnej – współczesny proces cywilny bazuje na materiale zebranym i przedstawionym przez strony. To strony, a także uczestnicy postępowania, mając w perspektywie możliwość przegrania procesu i bacząc na swój interes, ulokowany w jego wygraniu, kształtują przebieg procesu i zasobność posiadanego, a następnie poddawanego swobodnej ocenie sądu materiału dowodowego. Prawdliwość postępowania nie daje gwarancji prawidłowości rozstrzygnięcia. „Zmiana ta powoduje wręcz ustawowe odejście od paradygmatu prawdy jako zgodności sądu z rzeczywistością do koncepcji prawdy jako koherencji mającej zapewnić wewnętrzną spójność, oraz prawdy pragmatycznej mającej zapewnić skuteczność”⁴⁶. Potrzeba poruszenia problemu niedoskonałości ustawodawstwa w tym zakresie jest konieczna.

Prawo procesowe ma na celu urzeczywistnienie regulacji materialnoprawnych. Jest narzędziem umożliwiającym realizację uprawnień i obowiązków przewidzianych obowiązującymi przepisami. Nie można zatem przemilczać tak daleko idących braków i błędów legislacyjnych, które tym samym burzą fundamenty demokratycznego państwa prawnego, jakim w myśl Konstytucji jest Rzeczpospolita Polska. Oczywiście stan polskiego sądownictwa wymaga usprawnienia. Jednakże ekonomia procesowa oraz chęć przyspieszenia postępowań nie może odbywać się kosztem braku ustalenia prawdy obiektywnej w procesie, a w konsekwencji wydawaniem rozstrzygnięć sprzecznych z rzeczywistym stanem prawnym i faktycznym.

Abstract

Looking for the truth in a legal civil proceeding

Fundamentally, it is expected that dispensation of justice guarantees a fair judgement. However, both terms -‘justice’ and ‘truth’, which are closely related to each other, are ambiguous. What is more, their common meaning strays from the legal one. At the same time, the adoption of the proper concept of truth (procedural or objective) by a legislator leads to the significant consequences in practice which have an impact on drawing conclusions and on settling a civil law dispute.

This paper attempts to determine the concept of the principle of the adopted truth in the Polish civil procedure. The author analyses the development of the Code of Civil Procedure and assesses the amendments. The matter of the principle of truth in force is still a moot point among lawyers since the amendment of the Code of Civil Procedure was introduced on March 1, 1996. It was a turning point in reference to the previous accepted concept of the objective truth. Next changes, especially the latest ones,

⁴⁶ A. Kallus, *Konsekwencje prawne zmiany przepisu art. 3 k.p.c. w postępowaniu procesowym*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 4.

confirm the thesis about applying *de lege lata* the principle of the objective truth. That conclusion is the central thought of this short essay.

The goal of the paper is to discuss the practical and theoretical aspects of the principle of the truth which can be recognized as the most justifiable. The author of the article tries to present advantages and disadvantages of both concepts of truth and also formulate the postulates *de lege ferenda*. They should provide the grounds for a detailed discussion among legal experts, and particularly among the theorists of law.

Key words: principle of the procedural truth, principle of the objective truth, justice

Rafał Dubowski
doktorant, Uniwersytet Wrocławski

Egzaminy wstępne na aplikacje prawnicze. Uwagi *de lege ferenda* w świetle ustawy deregulacyjnej

Na polskim rynku wydawniczym praktycznie nie ma opracowań bezpośrednio traktujących o tym, jak nauczać i egzaminować studentów prawa¹. Wiele jest publikacji poświęconych dydaktyce ogólnej², niemniej w odróżnieniu od innych dyscyplin naukowych, które wyodrębniły w obszarze swoich zainteresowań zagadnienia dotyczące dydaktyki w zakresie danej dziedziny³, pozycje odnoszące się do metodyki nauczania prawa należą do rzadkości⁴. Ten stan pogarsza fakt, że na wydziałach prawa praktycznie nie organizuje się zajęć poświęconych tym zagadnieniom⁵. Już w latach 70. ubiegłego stulecia, I. Drozd

¹ Por. opinie: M. Całkiewicz, *Interaktywne formy nauczania w dydaktyce prawa karnego procesowego*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 887; P. Czarnecki, *Dydaktyka – głupcze!..., czyli jak i po co uczyć, by procesu karnego nauczyć*, *ibidem*, s. 910.

² E. Szadzińska, *Podstawy poznawcze procesu kształcenia*, Katowice 2012; F. Bereźnicki, *Podstawy dydaktyki*, Kraków 2011; J. Placha, *O lepszą jakość uczenia się*, Warszawa 2010; D. Klus-Stańska, *Dydaktyka wobec chaosu pojęć i zdarzeń*, Warszawa 2010; M. Kostera, *Nauczyciel akademicki: zajęcia dydaktyczne, jak je prowadzić by...*, Gdańsk 2008; I. Król, *Nauczyciel i jego warsztat pracy*, Poznań 1995; M. Silberman, *Uczymy się uczyć*, Gdańsk 2005.

³ G. Bryll, *Wybrane zagadnienia dydaktyki matematyki*, Opole 2012; E. Gajewska, *Techniki nauczania języka obcego*, Tarnów 2011; I. Jankowska, *Podejście zadaniowe do nauczania i uczenia się języków obcych na przykładzie języka polskiego jako języka obcego*, Kraków 2011; *Dydaktyka informatyki: multimedia w teorii i praktyce szkolnej*, red. W. Furmanek, A. Piecucha, Rzeszów 2008; M. Kuczyński, *Skuteczna nauka języka obcego*, Sulechów 2008; J. Soczewka, *Metody kształcenia chemicznego*, Warszawa 1988.

⁴ Por. opinie: A. Matusin, *Kilka uwag na temat dydaktyki prawa*, [w:] *Węzłowe problemy...*, s. 901; F. Zoll, *Jaka szkoła prawa? Czy amerykańskie metody nauczania prawa mogą być przydatne w Polsce?*, Kraków 2004; *Studencka poradnia prawna: idea, organizacja, metodologia*, red. D. Łomowski, Warszawa 2005; *Egzamin powinien mieć sens i być sprawiedliwy. O egzaminowaniu studentów prawa, kandydatów na aplikantów, aplikantów, doktorantów i innych prawników. Konferencja międzynarodowa 14 grudnia 2012 r.*, red. J. Mazurkiewicz, Wrocław 2013. Publikacja ta dostępna jest także w wersji elektronicznej w Bibliotece Cyfrowej Uniwersytetu Wrocławskiego: www.bibliotekacyfrowa.pl.

⁵ P. Czarnecki, *op. cit.*, s. 910.

i I. Weiss – uczeni i dydaktycy z Uniwersytetu Jagiellońskiego – zwracali uwagę na brak należytego zainteresowania metodyką nauczania prawa⁶. Jednak pomimo upływu prawie 40 lat, sytuacja ta nie uległa zmianie. Wydarzeniem, które pozwala mieć nadzieję na poprawę tego stanu jest międzynarodowa konferencja naukowa pt. „Egzamin powinien mieć sens i być sprawiedliwy. O egzaminowaniu studentów prawa, kandydatów na aplikantów, aplikantów, doktorantów i innych prawników”, która odbyła się 14 grudnia 2012 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Jej organizatorami byli pracownicy naukowcy i studenci Uniwersytetu Wrocławskiego, a także Fundacja GEO we Wrocławiu. Jak wskazuje tytuł, zostały na niej poruszone zagadnienia dotyczące metodyki nauczania prawa.

To oczywiste, że żaden egzamin nie ma większego sensu, jeśli nie zostanie poprzedzony przygotowującym do niego kursem. Kurs zaś ten, bez znaczenia, czy prowadzony na uniwersytecie czy też w ramach aplikacji, powinien uwzględniać charakter zadań, jakie będzie musiał rozwiązać zdający podczas egzaminu⁷. Te oczywiste konstatacje legły u podstaw rozważań podczas wrocławskiej konferencji, której konkluzje były stanowcze i krytyczne. I – jak dołąd – jedyne w Polsce co do swego badawczego zasięgu, warto więc podążyć wskazanym tam szlakiem po to, by zastanowić się, jak nauczać i egzaminować młodych adeptów prawa.

Powszechnie przyjmuje się, że – co do zasady – wybór metod nauczania i weryfikowania nabytej wiedzy należy do osoby prowadzącej zajęcia edukacyjne. Niemniej także w tym zakresie występują wyjątki. Takim przykładem mogą być egzaminy wstępne i końcowe na aplikacjach prawniczych, których sposób przeprowadzania został określony przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W związku z tym można poddać analizie przepisy dotyczące tych egzaminów i odpowiedzieć na następujące pytania. Czy forma egzaminów wstępnych i końcowych na aplikacjach prawniczych jest właściwa? Czy egzaminy te pozwalają zweryfikować umiejętności niezbędne z punktu widzenia wymagań przyszłego zawodu? Jeśli nie, to jakie powinny być ewentualne zmiany?

Dobry prawnik, czyli jaki?

Dyskusja o kształcie egzaminów na aplikacjach prawniczych wymaga określenia cech, jakimi powinien charakteryzować się dobry prawnik. Dopiero w tej

⁶ E. Drozd, I. Weiss, *Niektóre problemy dydaktyczne studiów prawniczych*, „Życie Szkoły Wyższej” 1976, nr 3, s. 69–77.

⁷ A. Drozd, *Egzamin może mieć sens, gdy student będzie sensownie przygotowany – o potrzebie dostosowania „uczenia się” do formy egzaminu*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 167–171; K. Janowski, *Nie taki test straszny... Egzamin jako pochodna systemu nauczania*, *ibidem*, s. 177–180.

perspektywie możliwe będzie wskazanie adekwatnych form egzaminowania kandydatów do zawodów prawniczych. Nie ma przecież większego sensu egzamin, który jest pozbawiony kryteriów oceny. Nie ma też sensu egzamin, który nie weryfikuje umiejętności przydatnych prawnikowi. Na potrzeby niniejszego opracowania warto posłużyć się listą praktycznych umiejętności prawniczych, opracowaną przez komisję Amerykańskiego Związku Prawników American Bar Association (ABA). Komisja ta, zwana też komisją MacCrate, w 1992 r. opracowała raport, który wskazywał wady amerykańskiego systemu nauczania. Zwrócono w nim uwagę na potrzebę zmiany charakteru nauczania prawa, które w myśl raportu powinno mieć wymiar praktyczny, a nie teoretyczny⁸. Jednocześnie w raporcie przedstawiono listę umiejętności, które są niezbędne każdemu prawnikowi. Należą do nich:

- 1) rozwiązywanie problemów,
- 2) analiza prawa i rozumowanie,
- 3) ustalanie stanu prawnego,
- 4) ustalanie stanu faktycznego,
- 5) porozumiewanie się, czyli komunikacja,
- 6) doradzanie,
- 7) prowadzenie negocjacji,
- 8) prowadzenie postępowania sądowego oraz procedur alternatywnych służących do rozwiązywania sporu,
- 9) organizacja i zarządzanie pracą prawniczą,
- 10) rozpoznawanie oraz rozwiązywanie problemów etycznych⁹.

Europejski system nauczania, w tym polski, koncentruje się na rozwijaniu umiejętności ustalania stanu prawnego poprzez odtwarzanie treści przepisów z pamięci oraz – ale już wyraźnie na drugim planie – na doskonaleniu umiejętności dokonywania analizy prawnej i rozumowania¹⁰. Zdolność analizy jest zazwyczaj pogłębiana w toku aplikacji, chociaż zdarzają się przypadki, kiedy dzięki stosowaniu metody kasusowej, już na etapie studiów uniwersyteckich przyszli prawnicy rozpoczynają rozwijać tę umiejętność¹¹. Pozostałe umiejętności z przedstawionej listy nie są ćwiczone w ogóle lub jedynie w znikomym stopniu¹².

Skoncentrowanie procesu edukacyjnego wokół zapamiętywania przepisów i stanowisk doktryny zasługuje na merytoryczną refleksję, ale przede wszyst-

⁸ A. Ratajczak, *Wykorzystanie metody kasusowej w nauczaniu prawa cywilnego*, [w:] *Wybrane problemy nauki i nauczania prawa*, red. E. Kozerska, P. Sadowski, A. Szymański, Opole 2010, s. 259.

⁹ F. Zoll, B. Namysłowska-Gabrysiak, *Metodologia klinicznego nauczania prawa*, [w:] *Studencka poradnia prawna...*, s. 214.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 110.

¹² F. Zoll, B. Namysłowska-Gabrysiak, *Metodologia klinicznego nauczania prawa...*, s. 214.

kim na ocenę praktyczną. Przytłaczająca większość absolwentów wydziałów prawa prowadzi bowiem działalność zawodową nie w instytutach badawczych i katedrach uniwersyteckich, ale w kancelariach prawniczych, sądach, prokuraturach oraz różnego rodzaju biurach. Ta pragmatyczna perspektywa winna być decydującą w ocenie dotychczasowego systemu nauczania. Nie jest ona jednak pozbawiona wartości także dla akademickiego badacza prawa. Ten ostatni bowiem, a dotyczy to nawet filozofów i teoretyków prawa, uczy ni najrozsądniej, gdy swe refleksje osadzi w realiach obowiązującego prawa i praktyce jego wykonywania albo nie wykonywania. Dlatego należy przyjąć, że wąsko zorientowane zagadnienie egzaminowania prawników ma dużo szerszy kontekst, wart równie szerokiej dyskusji uczonych i praktyków. I jest ono doniosłe dla całego społeczeństwa – wszyscy bowiem, bez wyjątku, żyją w świecie prawnych uwarunkowań, ograniczeń, swobód i zakazów.

Egzaminy wstępne i końcowe na aplikacjach prawniczych – obowiązujący stan prawny

Obowiązujące przepisy regulują zasady naboru i warunki ukończenia następujących aplikacji prawniczych: adwokackiej, radcowskiej, aplikacji ogólnej, sędziowskiej, prokuratorskiej, komorniczej, notarialnej i legislacyjnej. Za zaliczeniem wymienionych aplikacji do jednej wspólnej grupy przemawia to, iż ukończenie wyższych studiów prawniczych jest niezbędnym warunkiem pozwalającym ubiegać się o przyjęcie na każdą z nich.

Kandydaci zdający na aplikację oprócz spełnienia szeregu kryteriów o charakterze formalnym, muszą wykazać się przygotowaniem merytorycznym. Z wyjątkiem aplikacji legislacyjnej, w tym celu przeprowadzane są egzaminy wstępne, obejmujące rozwiązywanie zadań o charakterze testowym. Podczas egzaminu zabronione jest korzystanie z tekstów ustaw, komentarzy, orzecznictwa oraz innych materiałów. Testy polegają na tym, że kandydat musi wskazać prawidłową odpowiedź na pytanie spośród zaprezentowanych do wyboru wariantów¹³. Testów nie przeprowadza się także podczas rekrutacji

¹³ Art. 75h ust. 3 oraz art. 75i ustawy z 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 ze zm.); art. 33^s ust. 3 oraz art. 33^g ustawy z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 ze zm.); art. 71i § 3 oraz art. 71j ustawy z 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 ze zm.); art. 29g ust. 3 oraz art. 29h ustawy z 29 sierpnia 1997 o komornikach sądowych i egzekucji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1376 ze zm.); art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z 23 stycznia 2009 o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1230); (§ 14.1 oraz § 14.3 rozporządzenia ministra sprawiedliwości z 29 kwietnia 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu przeprowadzania naboru dla kandydatów na aplikację ogólną oraz trybu powoływania i działania zespołu konkursowego i komisji konkursowej

na aplikację sędziowską i prokuratorską, które stanowią kontynuację aplikacji ogólnej, o czym jest dalej mowa. Dodatkowo należy wspomnieć, że egzaminy wstępne na aplikację ogólną obejmują oprócz rozwiązywania testów także inne zadania o charakterze praktycznym¹⁴.

Zasady przeprowadzania egzaminów końcowych niedawno zostały zmienione przez ustawę z 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów¹⁵. Ustawę przyjęło się nazywać ustawą deregulacyjną z uwagi na przyświecający jej cel – ograniczenie liczby wymagań stawianych osobom, które chcą wykonywać określony zawód. Wśród 51 deregulowanych profesji znalazły się też zawody prawnicze: adwokat, radca prawny, notariusz, komornik. W tym zakresie zmiany dotyczą m.in. likwidacji części testowej egzaminów końcowych. Utrzymane w mocy zostały natomiast przepisy przewidujące rozwiązywanie na egzaminach końcowych zadań o charakterze praktycznym, polegających głównie na przygotowaniu odpowiednich pism procesowych, opinii prawnych lub wykonaniu innych czynności wchodzących w zakres praktyki danego zawodu. Podczas tej części egzaminu zdający mogą korzystać z aktów prawnych, komentarzy oraz orzecznictwa. Likwidacja części testowej nie dotyczy egzaminu komorniczego, ponieważ dotychczasowe unormowania w ogóle nie przewidywały rozwiązywania na tym egzaminie zadań w formie testu. W myśl założeń ustawy deregulacyjnej, zniesiona została część ustna egzaminu komorniczego i wprowadzony został nowy system oceniania pracy pisemnej¹⁶.

Jeśli chodzi o aplikację ogólną warunkiem jej ukończenia jest uzyskanie pozytywnych ocen ze wszystkich sprawdzianów i praktyk objętych programem aplikacji¹⁷. Następnie na podstawie punktów zdobytych w trakcie aplikacji ogólnej zainteresowane osoby mogą starać się o przyjęcie na aplikację sędziowską lub prokuratorską. Końcowy egzamin sędziowski oraz prokuratorski składa się z części pisemnej i ustnej, w ramach których rozwiązywane są zadania praktyczne oraz kazusy¹⁸.

(tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1006); § 8.3. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 1 września 2010 r. w sprawie aplikacji legislacyjnej (Dz.U. z 2010 r. Nr 161, poz. 1079).

¹⁴ Art. 17 ust. 1 ustawy z 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1230).

¹⁵ Dz.U. z 2013 r. Nr 0, poz. 829.

¹⁶ Art. 2 pkt 14, art. 3 pkt 12, art. 6 pkt 25, art. 11 pkt 17 lit. b oraz art. 11 pkt 19–20 ustawy z 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r. Nr 0, poz. 829).

¹⁷ Art. 26 ust. 1 ustawy z 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

¹⁸ Art. 33 ust. 1–2 oraz art. 36 ust. 3 ustawy z 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

Egzaminy wstępne i końcowe na aplikacjach prawniczych – ocena rozwiązań normatywnych

Wydaje się, że egzaminy polegające na rozwiązywaniu zadań praktycznych we właściwy sobie sposób weryfikują umiejętności: ustalania stanu prawnego oraz analizy prawa. Zdający może korzystać ze zbiorów przepisów oraz orzeczeń. Kandydat do zawodu prawniczego musi nie tylko odnaleźć właściwe przepisy prawa i dokonać ich interpretacji, ale również musi wykazać się zdolnością całościowego spojrzenia na system prawa. Tym samym zadania te stwarzają możliwość sprawdzenia, czy zdający jest należycie przygotowany do wykonywania określonego zawodu. Niestety, nie można tego powiedzieć o egzaminach testowych, które w odróżnieniu od zadań praktycznych są rozwiązywane bez możliwości sięgnięcia po tekst aktu prawnego czy komentarza¹⁹. Z punktu widzenia metodyki nauczania prawa stwarza to bardzo złą sytuację. Charakter tego egzaminu i zakres materiału, który on obejmuje, zmuszają zdającego do ustalania stanu prawnego wyłącznie w oparciu o zapamiętane informacje. W efekcie skutkuje to przyjęciem określonej postawy poznawczej, którą możemy nazwać „uczeniem się przepisów na pamięć”²⁰. Tym samym dobra pamięć, a nie umiejętność odnajdywania i dokonywania wykładni przepisów, staje się kryterium warunkującym dopuszczenie na aplikację.

Problemu zupełnie nie dostrzega Ministerstwo Sprawiedliwości i kompletnie ignoruje potrzebę jakichkolwiek zmian w tym zakresie. Nie tylko uważa ono, że testy nie wymagają od kandydatów pamięciowej znajomości aktów prawnych ale również, że we właściwy sposób weryfikują one predyspozycje kandydata²¹. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem ministra sprawiedliwości wyrażonym w odpowiedzi na jedną z interpelacji poświęconych temu zagadnieniu, w której stwierdza: „jakkolwiek egzaminy wstępne na aplikację mają formę testową, nie należy z tego wnioskować, że przygotowanie do nich polega na przyswajaniu aktów prawnych na pamięć”²². Ponadto w ocenie mi-

¹⁹ J. Mazurkiewicz, *Bezsensownie, niesprawiedliwie, niemoralnie. O egzaminach wstępnych na aplikację notarialną*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 53–69; F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 129–133; *Orędzie do posłów i senatorów RR oraz do ministra sprawiedliwości*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 239–241.

²⁰ F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 129; J. Mazurkiewicz, *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 53–69; P. Chaber, *Test jako optymalna forma egzaminowania. Rozważania w świetle teorii i praktyki*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 155–156; M. Mazur, *W kierunku do edukacyjnego podejścia do egzaminowania – analiza zjawiska na przykładzie egzaminów organizowanych na aplikacji radcowskiej*, [w:] *ibidem*, s. 47.

²¹ *Odpowiedź ministra sprawiedliwości na orędzie*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 281–288; *Odpowiedź ministra sprawiedliwości na interpelację nr 15116 w sprawie metod nauczania prawa*, [www.orka.sejm.gov.pl/izo7.nsf/www1/i15116o0/\\$File/i15116o0.pdf](http://www.orka.sejm.gov.pl/izo7.nsf/www1/i15116o0/$File/i15116o0.pdf) [dostęp 22.04.2013].

²² *Interpelacje poselskie w sprawie orędzia*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 253–255; *Odpowiedź ministra sprawiedliwości na interpelację nr 15116 w sprawie metod nauczania prawa...*, s. 2.

nistra zdający nie musi legitymować się pamięciową znajomością prawa, lecz „umiejętnością zrekonstruowania nieskomplikowanej normy prawnej”²³.

Należy wskazać, że dochodzi tu do pewnego pomieszania pojęć. Pamięciowa znajomość przepisów zostaje zastąpiona pojęciem rekonstrukcji normy prawnej. Nie zaprzeczając temu, że w rzeczywistości niektóre pytania mogą być tak skonstruowane, iż wymagają od zdającego wykazania się znajomością kilku przepisów, na podstawie których może on udzielić właściwej odpowiedzi, to należy podkreślić, że nie zmienia to faktu, iż w sytuacji, gdy nie ma on możliwości sięgnięcia po tekst aktu prawnego, jest on zmuszony odtworzyć brzmienie odpowiednich przepisów z pamięci. Niemniej ustalanie stanu prawnego w oparciu o zasoby własnej pamięci wydaje się nie mieć większego sensu, ponieważ do ustalania stanu prawnego służą akty prawne, które przecież ten stan prawny określają.

* * *

Odnosząc się do przedstawionego przez ministra sprawiedliwości stanowiska mówiącego, że test pozwala zweryfikować umiejętność zrekonstruowania nieskomplikowanej normy prawnej, warto przytoczyć interesujący pogląd, który wyraża F. Zoll w swojej pracy: *Jaka szkoła prawa? Czy amerykańskie metody nauczania prawa mogą być przydatne w Polsce?* Twierdzi, że w zakresie dogmatyki prawa, w szczególności w odniesieniu do prawa cywilnego, istnieje niewielka liczba pytań, na które mogłaby zostać udzielona jednoznaczna odpowiedź. O ile jednoznaczne odpowiedzi mogą dotyczyć treści danego przepisu, o tyle niemożliwe jest udzielenie takiej odpowiedzi w stosunku do pytania o brzmienie normy prawnej. Wskazuje, że odpowiedzi do większości egzaminów testowych w zakresie prawa cywilnego można kwestionować. Wynika to z wielości występujących w danym zakresie stanowisk. Poza tym istnienie utartych poglądów nie wyklucza możliwości racjonalnego sformułowania nowych²⁴. W tym świetle należałoby stwierdzić, że forma testowa egzaminu wstępnego na aplikacje prawnicze, przynajmniej w zakresie prawa cywilnego, albo weryfikuje tylko pamięciową i literalną znajomość przepisów (lecz nie norm prawnych), albo rzeczywiście „sprawdza” umiejętność rekonstrukcji norm prawnych – jak twierdzi minister, niemniej egzamin taki jest skrajnie niesprawiedliwy.

* * *

Ustalanie stanu prawnego za pomocą tekstów aktów prawnych jest rutynową czynnością prawnika. Chcąc przeprowadzać nadal egzaminy wstępne

²³ *Ibidem*, s. 4.

²⁴ F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 129–130.

w formie testowej należałoby dokonać odpowiednich zmian w przepisach i umożliwić zdającym korzystanie z aktów prawnych, a nawet z komentarzy i orzecznictwa. Limit czasu, odpowiednio dostosowany do liczby i stopnia skomplikowania pytań pozwala sprawdzić w warunkach egzaminacyjnych, czy zdający na tyle dobrze zna przepisy, że potrafi sprawnie je odnaleźć i następnie potrafi udzielić poprawną odpowiedź na zadane w teście pytanie. Wydaje się zasadne, aby obok testu każdy kandydat na aplikacje prawnicze miał także możliwość wykazania swoich umiejętności rozwiązując kazusy. Wyniki testów i kazusów, a nie ponadprzeciętna pamięć powinny zaś stanowić o kolejności miejsc na liście kwalifikacyjnej.

* * *

Dziwi fakt, iż minister sprawiedliwości zaprzecza temu, jakoby egzaminy testowe w obecnej formie wymuszały naukę przepisów na pamięć. Jak zauważył w rozmowie ze mną inicjator europejskiej dyskusji o egzaminowaniu prawników, Jacek Mazurkiewicz z Uniwersytetu Wrocławskiego, po wejściu w życie przepisów ustawy deregulacyjnej, doszło do sytuacji paradoksalnej. Z inicjatywy Ministerstwa Sprawiedliwości zlikwidowano testy na egzaminach kończących aplikacje uzasadniając to tym, że: „egzamin powinien sprawdzać umiejętność stosowania prawa, a nie zmuszać do uczenia się na pamięć kodeksów i dziesiątek ustaw”²⁵. Obok tego, w uzasadnieniu projektu ustawy podano, iż zniesienie formy testowej egzaminów przyczyni się do „skuteczniejszej weryfikacji przydatności do zawodu”²⁶. Jednocześnie to samo ministerstwo wyklucza jakąkolwiek zmianę dotyczącą testowego egzaminu wstępnego, mimo tego, że argumenty przeciw egzaminom testowym, podnoszone przez ministerstwo, w równym, a może nawet w większym stopniu przemawiają za likwidacją testów na egzaminach wstępnych na aplikacje.

* * *

Zakaz korzystania z kodeksów, komentarzy czy orzecznictwa podczas egzaminów zupełnie nie przystaje do realiów pracy zawodowej prawnika i dla-

²⁵ *Informacja na oficjalnej stronie Ministerstwa Sprawiedliwości o przyjęciu ustawy przez Sejm*, www.ms.gov.pl/pl/informacje/news,4929,i-transza-deregulacji-przyjeta-przez--sejm.html [dostęp 27.06.2013.]. W tym miejscu należy podkreślić, że informacja podana na stronie jest niepełna, gdyż forma testowa egzaminu końcowego została zniesiona nie tylko na aplikacji adwokackiej i radcowskiej, ale także na aplikacji notarialnej zob. art. 6 pkt 25 ustawy z 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów. Niemniej niezależnie od tego, że podane informacje są niepełne, to sposób uzasadniania proponowanych zmian legislacyjnych wydaje się być niezwykle trafny.

²⁶ *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów*, www.ms.gov.pl/pl/deregulacja-dostepu-do-zawodow/i-transza/, s. 84-86 oraz s. 91 [dostęp 27.06.2013].

tego wyniki takiego testu nie są odpowiednim kryterium naboru na aplikacje prawnicze. W zasadzie prawnik nigdy nie spotyka się z sytuacjami, w których byłby zmuszony ustalać obowiązujący stan prawny lub interpretować prawo bez możliwości sięgnięcia po tekst aktu prawnego bądź orzecznictwo²⁷. Jest przeciwnie, kancelarie prawne, sądy i prokuratury są obecnie wyposażone w nowoczesne oprogramowanie, które nie tylko stanowi elektroniczną bazę aktów prawnych, ale pozwala wyszukać wszystkie akty prawne, które w swoim tekście zawierają dane, kluczowe słowo lub istotną poszukiwaną frazę – wraz z odmianami gramatycznymi. Zakaz korzystania z określonych materiałów podczas egzaminu nie tylko nie odzwierciedla pracy wykonywanej przez prawnika, ale jest też niesprawiedliwy, ponieważ zespoły przygotowujące pytania egzaminacyjne w szerokim zakresie posiłkują się nowymi zdobyczami techniki. Natomiast kandydat na aplikację rozwiązując test powinien analogiczną wiedzę mieć w głowie.

* * *

Pamięciowa znajomość aktów prawnych nie jest szczególnie istotna. Dobry prawnik to ten, który potrafi sprawnie odnaleźć w tekście aktów prawnych przepisy potrzebne do rozstrzygnięcia danego problemu i następnie potrafi dokonać ich trafnej interpretacji²⁸. Kluczowe są umiejętności szczególne, takie jak: umiejętność stosowania reguł kolizyjnych czy zasad wykładni. Poza tym mając na względzie, że stan prawny nieustannie podlega zmianom, wymaganie od młodych adeptów prawa, aby uczyli się ustaw na pamięć jest niecelowe. Jak wskazuje prof. W. Rozwadowski: „studia [prawnicze – przyp. aut.] mają wreszcie tak ukształtować jego [studenta – przyp. aut.] formację intelektualną, by posiadał on umiejętność zastosowania w określonych sytuacjach odpowiedniej normy prawnej, bez względu na to, czy zetknął się z nią w czasie studiów, czy też nie, a wprowadzenie nowych kodeksów czy też ustaw nie może czynić zeń wtórnego analfabety”²⁹. To samo powinno dotyczyć egzaminów wstępnych i końcowych na aplikacjach prawniczych. Nie ma znaczenia ilu przepisów nauczył się na pamięć zdający. Co z tego, że potrafiłby on wyrecytować cały kodeks postępowania cywilnego, jeśli każda kolejna nowelizacja stwarzałaby ryzyko wystąpienia zjawiska „wtórnego analfabetyzmu”. Dobry prawnik, o ile posiada odpowiednie umiejętności, może samodzielnie zgłębić każdą dziedzinę prawa bez znaczenia, czy była ona przedmiotem zajęć na studiach bądź aplikacji i, co najważniejsze, nie

²⁷ *Orędzie do posłów i senatorów RP oraz do ministra sprawiedliwości...*, s. 239–241; F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 129; J. Mazurkiewicz, *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 53–69.

²⁸ *Ibidem*, s. 64.

²⁹ W. Rozwadowski, *Reformy studiów prawniczych*, „Edukacja Prawnicza” 1994, nr 1, s. 4.

jest mu do tego wcale potrzebna ponadprzeciętna pamięć³⁰. Dlatego wydaje się zasadne, że egzamin powinien weryfikować, czy kandydat do zawodu prawniczego posiada umiejętności, które pozwolą mu rzetelnie wykonywać swoją pracę, niezależnie od zmian stanu prawnego. Mając na względzie poziom „inflacji legislacyjnej” w Polsce jest to niezwykle istotne. W „Dzienniku Ustaw” z 1999 roku znalazło się ponad 7 tysięcy stron nowych przepisów. W roku wstąpienia do Unii Europejskiej „Dziennik Ustaw” liczył aż 21 tysięcy stron. W latach 2009–2011 liczba ta wahała się w granicach 18 tys. stron. Zauważyć należy, że liczby te dotyczą wyłącznie prawodawstwa polskiego, nie uwzględniają one szeregu przepisów wprowadzanych każdego roku przez instytucje Unii Europejskiej³¹.

* * *

Oczekiwanie od adeptów prawa, że będą z pamięci ustalali stan prawny jest nie tylko niecelowe, ale ponadto spełnienie tego oczekiwania jest po prostu niemożliwe. Warto wskazać, że przykładowo wykaz aktów prawnych wymaganych na egzaminie wstępnym na aplikację notarialną w 2010 obejmował teksty następujących aktów prawnych: kodeks postępowania cywilnego (ponad 1 200 artykułów), ordynacja podatkowa (ok. 300 artykułów), ustawa o finansach publicznych (ok. 300 artykułów), kodeks spółek handlowych (ponad 600), kodeks cywilny (około 1 300 artykułów), prawo bankowe (200), kodeks postępowania administracyjnego (ok. 300), ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych (ok. 120), kodeks pracy (około 300 artykułów), ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (prawie 100), tekst skonsolidowany traktatu o Unii Europejskiej uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony. To tylko ok. jedna piąta wymaganego materiału, poza wskazanymi ustawami w wykazie ministerialnym w roku 2010 znajdowało się jeszcze 45 innych ustaw³².

Christopher Columbus Langdell wskazywał, że systemy prawa są na tyle obszerne, iż wymaganie znajomości wszystkich regulacji wchodzących w skład danego systemu jest pozbawione sensu, ponieważ nikt nie może tego wymagania spełnić. W rezultacie wyniki egzaminów obejmujących zbyt duży fragment wiedzy prawniczej zostają uzależnione nie od wiedzy zdającego, lecz od stanu wiedzy egzaminatora³³. Langdell pisał to pod koniec XIX stulecia. Wówczas rzeczywiście rezultaty tego typu egzaminów były mierzone pozio-

³⁰ F. Zoll, *Przyszłość kształcenia prawników w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 6, s. 25.

³¹ *Oreędzie do posłów i senatorów RR oraz do ministra sprawiedliwości...*, s. 239–241; *Interpelacje poselskie w sprawie oreędzia*, [w:] *Egzamin powinien mieć sens...*, s. 253–255.

³² *Ibidem*.

³³ F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 136–137.

mem wiedzy osób przeprowadzających egzamin. Innymi słowy, jeśli egzaminator czegoś nie wiedział, tego na egzaminie po prostu nie było. Brak rozwiniętych technologii i narzędzi komunikacji znacznie utrudniał zdobywanie nowych informacji. Obecnie niestety np. egzaminy wstępne na aplikacje prawnicze są odzwierciedleniem zasobu danych, jakie może pomieścić komputer. W ten sposób kandydat do zawodu prawniczego musi konkurować z maszyną. Jednak, jak mawiali Rzymianie – niemożliwe nie może być przedmiotem zobowiązania (*impossibile nulla obligatio est*), tak też analogicznie nie można wymagać rzeczy niemożliwych od młodych adeptów prawa.

* * *

Pogląd mówiący, że test „zamkniętego kodeksu” nie stanowi właściwej formy egzaminu potwierdzają ponadto dane Ministerstwa Sprawiedliwości pokazujące rozbieżności pomiędzy zdawalnością części testowej i części kasusowej podczas egzaminów wstępnych na aplikację ogólną. Wynika z nich, że średnia zdawalność części kasusowej w 2012 roku wynosiła 55,2%, w tym kasusu z prawa prywatnego – 60,9%, kasusu z prawa karnego – 57,3%, zaś z prawa publicznego – 47,5%³⁴.

Nie ulega wątpliwości, że rozwiązywanie zadań opartych na hipotetycznych stanach faktycznych w najlepszy sposób imituje pracę intelektualną, którą wykonuje prawnik. Pozwalają sprawdzić, czy kandydat sprawnie potrafi ustalić stan prawny i następnie w jego świetle dokonać analizy określonego przypadku. Przedstawione wyżej dane pokazują, że osoby wykazujące się ponadprzeciętną pamięcią podczas testów niekoniecznie posiadają inne, bardziej wartościowe umiejętności. Podobna prawidłowość została zaobserwowana także w toku nauczania na wydziałach prawa. Studenci, którzy uzyskiwali słabsze oceny na klasycznych egzaminach, znacznie lepiej radzili sobie w pracach studenckiej kliniki prawa niż osoby z wyższymi notami³⁵.

Dane Ministerstwa Sprawiedliwości mogą budzić niepokój. Egzaminy wstępne na aplikację ogólną są jedynymi egzaminami wstępnymi, które przewidują część kasusową. Oznacza to, że weryfikacja dokonana wyłącznie w oparciu o testy, jak ma to miejsce na przykład w przypadku aplikacji adwokackiej czy radcowskiej skutkuje tym, że prawdopodobnie średnio ok. 45% osób, które dostały się na aplikacje, nie posiada najważniejszych prawniczych umiejętności. Stąd też kluczowe jest, aby oprócz testów rozwiązywane były także zadania praktyczne.

³⁴ *Odpowiedź ministra sprawiedliwości na interpelację nr 15116...*, s. 6.

³⁵ F. Zoll, *Jaka szkoła prawa...*, s. 134.

Podsumowanie

Przedstawione rozważania w dostatecznym zakresie ukazują, że system weryfikacji wiedzy osób przystępujących do egzaminów wstępnych na aplikacje prawnicze powinien ulec zmianie. Testowa forma egzaminów skutkuje w efekcie tym, że ocenie podlega pamięć kandydata, a nie to, czy posiada on predyspozycje do wykonywania zawodu prawniczego. Przy ustalaniu stanu prawnego znacznie bardziej istotne jest sprawne odnajdywanie przepisów mających zastosowanie do określonego przypadku, ponieważ podstawowym narzędziem pracy prawnika nie jest ponadprzeciętna pamięć, lecz logika, za pomocą której wykonuje on operacje myślowe w celu dokonania właściwej interpretacji prawa. Pamięciowa znajomość aktów prawnych nie jest szczególnie ważna dlatego, że praktycznie nie występują sytuacje, w których prawnik musiałby ustalać stan prawny lub interpretować prawo bez możliwości sięgnięcia po tekst aktu prawnego, komentarz lub orzecznictwo. Dodatkowo nieustanne zmiany legislacyjne sprawiają, że raz zapamiętany materiał staje się szybko bezużyteczny. Poza tym w obecnych czasach korzystanie z dostępu do elektronicznych baz aktów prawnych i orzecznictwa jest stałym elementem pracy prawnika, co sprawia, że pamięciowa wiedza o normach prawnych nie odgrywa takiej roli, jak dawniej. Ponadto, jak pokazują przytoczone dane liczbowe, forma testowa egzaminu wcale nie weryfikuje umiejętności właściwych prawnikowi. Są to podstawowe argumenty uzasadniające potrzebę nowelizacji przepisów dotyczących egzaminów wstępnych na aplikacje prawnicze. O ile w przypadku egzaminów końcowych zostały dokonane zmiany znoszące absurdalne egzaminy testowe „zamkniętego kodeksu”, to gdy chodzi o egzaminy wstępne, Ministerstwo Sprawiedliwości w ogóle nie dostrzega problemu, chociaż uzasadniając rozwiązania przyjęte w ustawie deregulacyjnej powołuje się na argumenty, które przemawiają za koniecznością dokonania analogicznych zmian w odniesieniu do egzaminów wstępnych. Nie negując potrzeby szerszej reformy, jako absolutne minimum, jawi się konieczność wprowadzenia regulacji, umożliwiających korzystanie z tekstów aktów prawnych, komentarzy i orzecznictwa podczas tych egzaminów. Być może należałoby również, zamiast testów lub obok nich, wprowadzić zadania praktyczne. Nie przesądzając tego w tym miejscu i pozostawiając tę kwestię otwartą, warto podkreślić, że nie wolno ustawać w stawianiu doniosłych dla społeczności akademickich, instytucji wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawnej, a także dla całego społeczeństwa, pytań o to, w jaki sposób można zmienić nasz system edukacji prawniczej tak, aby oprócz umiejętności ustalania stanu prawnego i analizy prawnej, adepci prawa mieli okazję rozwijać także inne umiejętności wskazane w raporcie MacCrate.

Abstract

Legal training admission examinations. *De lege ferenda* comments in the light of the deregulatory act

The aim of the article is to conduct an analysis of polish legal provisions relating the entrance examination for legal specialist courses. Graduating those courses allows in Poland to become a professional lawyer. Recently in Poland the rules of the final exams of legal specialist courses were changed. New amendment of law has abolished the form of tests at the final exams. Knowledge of the candidates will be verified by practical tasks. Author says that this new amendment is not sufficient. There should be a similar change made in relation to the entrance exams.

Key words: legal education, Poland, legal professions

Adam Wróbel
doktorant, Uczelnia Łazarskiego

Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika z powodu popełnienia oczywistego przestępstwa

Treść artykułu dotyczy rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie popełnienia przez niego w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, uniemożliwiającego dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo to jest oczywiste; co określa art. 52 § 1 pkt 2 k.p.¹. W tymże zakresie rozważania autora koncentrują się w głównej mierze na kwestii przestępstwa oczywistego, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym dotychczas stanowisku. Problem badawczy – ukazany w świetle poglądów wyrażanych w judykaturze oraz doktrynie – zostaje podjęty w perspektywie prawnopracowniczej, prawnokarnej oraz konstytucyjnej.

Możliwość rozwiązania przez pracodawcę umowy o pracę z pracownikiem, który popełnił oczywiste przestępstwo, uniemożliwiające dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku zachodzi, gdy zostało popełnione w czasie trwania umowy o pracę. Oznacza to, że oczywiste przestępstwo nie musi nastąpić w czasie trwania stosunku pracy, lecz wystarczy, gdy zaistnieje już w odcinku czasowym pomiędzy dniem podpisania umowy o pracę a dniem rozpoczęcia pracy, o ile stan taki zaistnieje².

Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że niezwłoczne rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p., może także dotyczyć

¹ Przepis ten wskazuje wprost, że pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie popełnienia przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem; autor wyłącza jednak spośród rozważań aspekt przestępstwa stwierdzonego prawomocnym wyrokiem.

² F. Małysz, *Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 1, s. 28; K. Jaśkowski, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz LEX*, red. K. Jaśkowski, Warszawa 2012, s. 237.

zachowań pracownika w trakcie trwania wcześniejszej umowy o pracę; zachowań, o których pracodawca dowiedział się – w terminie 1 miesiąca od uzyskania wiadomości o okoliczności uzasadniającej rozwiązanie umowy – w toku realizowania następnej umowy, zawartej bezpośrednio po ustaniu poprzedniego stosunku pracy³. Pogląd ten należy uznać za zasadny z tego względu, że ustawodawca nie precyzuje, czy rozwiązanie umowy o pracę z pracownikiem bez wypowiedzenia, na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p., musi dotyczyć tej konkretnie umowy w czasie której przestępstwo (oczywiste lub stwierdzone prawomocnym wyrokiem) zaszło. Przemawia to za tym, aby takie rozwiązanie umowy o pracę możliwe było również wówczas, gdy „zachowania pracownika” miały miejsce podczas poprzedniej umowy o pracę, czy nawet poprzednich umów o pracę, bezpośrednio poprzedzających umowę, która mogłaby – z zastrzeżeniem terminu z art. 52 § 2 k.p. – ulec rozwiązaniu; jednakże z takim zastrzeżeniem, że umowy te zawierane byłyby przez tego samego pracodawcę z tym samym pracownikiem, a praca pracownika wykonywana byłaby przez niego na tym samym stanowisku w czasie trwania każdej z umów.

Należy rozważyć, jakie jest literalne rozumienie przymiotnika „oczywisty”. Oznacza on tyle, co „wyraźnie zgodny z prawdą”, „taki, który nie wywołuje sporów, nie budzi wątpliwości; pewny”⁴, „niebudzący wątpliwości”⁵, „taki, który w widoczny sposób jest zgodny z prawdą”, „będący czymś (czym jest) w sposób widoczny, niewątpliwy; bezsporny, namacalny, rzucający się w oczy”⁶, „taki, który nie budzi żadnych wątpliwości”⁷, „nie budzący wątpliwości co do znaczenia, wagi, prawdziwości; bezsporny, pewny”, dawniej rozumiany również jako „naoczny”⁸.

Przestępstwo zaś – zgodnie z art. 1 k.k. – definiuje się jako czyn człowieka, zabroniony przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy, zawiniony i zagrożony karą.

Zgodnie z powyższym, przestępstwem oczywistym, o jakim mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p., jest przestępstwo w przypadku którego nie ma ja-

³ Wyrok SN z 12 listopada 2003 r., I PK 625/02, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia-1/I%20PK%20625-02-1.pdf. W piśmiennictwie wskazuje się, że rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p., jest prawidłowe również wtedy, gdy przestępstwo podlega abolicji lub uległo przedawnieniu. A. Sobczyk, *Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia*, Gdańsk 2005, s. 55.

⁴ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 1, red. H. Zgólkowa, Poznań 2000, s. 221.

⁵ *Słownik języka polskiego PWN*, t. 1, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 475.

⁶ *Współczesny słownik języka polskiego*, t. 2, red. B. Dunaj, Warszawa 2007, s. 1055.

⁷ *Wielki słownik języka polskiego*, red. P. Źmigrodzki, Kraków 2007, www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=11549&ind=0&cw_szukaj=oczywisty.

⁸ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 2010, www.doroszewski.pwn.pl/haslo/oczywisty.

kiejkolwiek obiektywnej wątpliwości co do jego zaistnienia, jest bezsporne, pewne. Nie ma zatem w takim przypadku jakiegokolwiek obiektywnej wątpliwości co do zaistnienia któregośkolwiek ze znamion konkretnie popełnionego, oczywistego przestępstwa; znamion po stronie: podmiotu, przedmiotu, strony podmiotowej, strony przedmiotowej.

Także w literaturze przedmiotu czyni się próby określenia tego, co należy rozumieć pod pojęciem przestępstwa oczywistego. Wskazuje się przykładowo, że:

– oczywistość przestępstwa związana jest z tym, że „z okoliczności sprawy wynika praktycznie pewne przekonanie”, że przestępstwo to zostało przez pracownika-sprawcę popełnione, np. został on schwytany na gorącym uczynku podczas dokonywania kradzieży mienia pracodawcy⁹,

– oczywistość przestępstwa (nie stwierdzona na podstawie prawomocnego wyroku) dotyczy bezsporności, obiektywności samego zaistnienia czynu, który w świetle prawa jest przestępstwem, bez względu na fakt ścigania czy skazania sprawcy. Oczywistość może zostać stwierdzona także „na podstawie takiej oceny konkretnego zdarzenia, która nie pozostawia wątpliwości co do wyniku ewentualnego postępowania karnego”, np. jeśli miało miejsce złapanie sprawcy na gorącym uczynku¹⁰,

– popełnienie przestępstwa oczywistego jest równoznaczne z popełnieniem przez pracownika czynu, który wyczerpuje znamiona przestępstwa, w przypadku którego brak jest jakichkolwiek wątpliwości odnośnie do jego charakteru i jego sprawcy¹¹,

– przestępstwo uzyskuje przymiot oczywistego, jeżeli dostępne pracodawcy informacje wskazują niewątpliwie, że to pracownik jest jego sprawcą. „Informacje te zawsze muszą posiadać obiektywną siłę dowodową, ażeby każdy racjonalnie oceniający człowiek mógł nabrać wewnętrznego przekonania, że to właśnie konkretna osoba dokonała przestępstwa”. Wskazuje on, że przestępstwo oczywiste ma w praktyce często miejsce, jeżeli sprawca zostaje ujęty na gorącym uczynku, oraz w sytuacji, w której przestępstwo zostało już co prawda dokonane, lecz sprawca pozostaje nadal w miejscu jego popełnienia; podobnie w sytuacji gdy pracownik zostaje ujęty w czasie bezpośredniego pościgu na terenie zakładu pracy czy poza nim. K.W. Baran podkreśla, że doniesienie o przestępstwie, które jest anonimowe nie może uzasadniać rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem bez wypowiedzenia¹²,

⁹ J. Wratny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 115.

¹⁰ A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 307.

¹¹ F. Małysz, *op. cit.*, s. 30.

¹² K.W. Baran, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K.W. Baran, Warszawa 2012, s. 372; E. Baran, K.W. Baran, *Przestępstwo jako podstawa rozwiązania stosunku pracy*, „Prawo Pracy” 2001, nr 7–8, s. 37.

– w przypadku przestępstwa oczywistego pracodawca powinien posiadać bezpośrednie dowody jego popełnienia (przykładowo, gdy w czasie rewizji zostanie znaleziony przedmiot kradzieży)¹³.

Sąd Najwyższy zakłada, że przestępstwo jest oczywiste wówczas, gdy stan faktyczny nienasuwiający wątpliwości, pozwala na pewne stwierdzenie, że pracownik dopuścił się czynu, który zagrożony jest sankcją karną przez ustawę¹⁴. „Nie można natomiast uznać oczywistości przestępstwa pracownika, jeżeli brak jest pewności, czy przestępstwo w ogóle zostało popełnione albo kto dopuścił się czynu przestępnego”¹⁵ oraz „że «oczywistość» popełnienia przestępstwa może być stwierdzona nie tylko na podstawie prawomocnego wyroku skazującego, ale również i bez tej podstawy, lecz na podstawie takiej oceny konkretnego zdarzenia, które nie pozostawia wątpliwości co do wyniku ewentualnego postępowania karnego, np. gdy sprawca został «złapany na gorącym uczynku» w momencie dokonywania kradzieży. [...] Oczywistość przestępstwa w rozumieniu art. 52 § 1 pkt 2 k.p. dotyczy bezsporności (obiektywności) faktu, a więc samego zaistnienia czynu kwalifikowanego przez prawo jako przestępstwo bez względu na to, czy przestępstwo to będzie następnie ścigane i sprawca jego skazany”¹⁶. Pogląd ten został ugruntowany w orzecznictwie późniejszą wypowiedzią Sądu Najwyższego, że „czyn zabroniony pod groźbą kary jest «oczywisty» tylko wtedy, gdy istnieją niebudzące najmniejszych wątpliwości dowody jego popełnienia (np. ujęcie sprawcy «na gorącym uczynku»), przy czym «oczywistość» w tym znaczeniu musi występować przed złożeniem przez pracodawcę oświadczenia o rozwiązaniu umowy o pracę, a nie być wynikiem postępowania dowodowego przeprowadzonego w toku procesu sądowego”¹⁷.

W perspektywie językowego rozumienia pojęcia oczywistości oraz definicji przestępstwa, przedstawione powyżej poglądy, wyrażane w doktrynie oraz judykaturze, odnośnie do koncepcji przestępstwa oczywistego, należy uznać za słuszne.

Posiłkując się orzecznictwem Sądu Najwyższego, można założyć, że prawomocne orzeczenie sądu karnego uniewinniające pracownika, który miałby

¹³ M. Barzycka-Banaszczyk, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 125.

¹⁴ Dawniej w judykaturze wskazywano także, że przestępstwo jest oczywiste, jeśli oskarżony przyznaje się do winy; zob. wyrok SN w Katowicach z 24 listopada 1961 r., III CR 2522/61, „Prokuratura i Prawo” 1962, nr 8–9, s. 477. Słusznie w tym kontekście wskazuje K.W. Baran, że „dopiero uzyskanie dowodów lub informacji pochodzących z innych źródeł, które potwierdzają wyjaśnienia oskarżonego, pozwala na skorzystanie przez pracodawcę z tego uprawnienia”. K.W. Baran, *op. cit.*, s. 372.

¹⁵ Wyrok SN z 31 stycznia 1977 r., I PRN 141/76, OSNCP 1977, nr 8, poz. 147.

¹⁶ Wyrok SN z 4 kwietnia 1979 r., I PR 13/79, OSNCP 1979, nr 11, poz. 221.

¹⁷ Wyrok SN z 12 września 2000 r., I PKN 28/00, www.prawo.legeo.pl/prawo/i-pkn-28-00.

rzekomo w czasie trwania umowy o pracę popełnić przestępstwo uniemożliwiające mu dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku – wyklucza możliwość przyjęcia oczywistego charakteru przestępstwa¹⁸. Natomiast w sytuacji przeciwnej, w przypadku stwierdzenia przez sąd karny w prawomocnym wyroku, że pracownik-sprawca popełnił przestępstwo, pracownik ten nie może już skutecznie bronić się, że w czasie rozwiązania z nim umowy o pracę, popełnione przezeń przestępstwo nie posiadało przymiotu oczywistości; „w takim bowiem wypadku należy przyjąć, że dla osoby podejmującej decyzję o rozwiązaniu z pracownikiem umowy o pracę było ono oczywiste”¹⁹. Toteż słusznie podnosi w tym kontekście M. Barzycka-Banaszczyk, że chociaż art. 52 § 1 pkt 2 k.p. zawiera dwie podstawy, dające możliwość rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia – czyli po pierwsze oczywistość przestępstwa oraz, po drugie stwierdzenie popełnienia przestępstwa prawomocnym wyrokiem – to w przypadku sporu sądowego, jedynie prawomocne skazanie pracownika-sprawcy wskazuje na to, że rozwiązanie umowy o pracę było zgodne z art. 52 § 1 pkt 2 k.p., zaś jeżeli pracownik został uniewinniony prawomocnym orzeczeniem sądu, wówczas wyłączona zostaje możliwość przyjęcia przez sąd pracy oczywistości przestępstwa²⁰.

L. Florek wyraża jednakże pogląd, że „wykrycie później dowodów, w świetle których przestępstwo staje się oczywiste lub uprawomocnienie się orzeczenia (stwierdzającego przestępstwo) po dokonanych już rozwiązaniu stosunku pracy nie «konwaliduje» omawianej czynności prawnej, która – jako bezprawna – może być zaskarżona przez pracownika do sądu pracy, chociaż okazał się on winny przestępstwa”²¹. Wedle tego poglądu założyć można zasadnie, że jeżeli doszło do rozwiązania umowy o pracę w oparciu o przepis art. 52 § 1 pkt 2 k.p., gdy jednakże przestępstwo nie posiadało *de facto* przymiotu oczywistości, natomiast posiadało go niejako później (ze względu na wykrycie dowodów), wypowiedzenie to może zostać przez pracownika zaskarżone do sądu pracy, gdyż w czasie gdy doszło do skutku, pozbawione było podstaw prawnych. Niemniej, prawomocny wyrok sądu karnego stwierdzający przestępstwo, powoduje nie tylko jurydyczne stwierdzenie tego przestępstwa, ale także określa zarazem jego oczywistość.

¹⁸ Wyrok SN z 27 kwietnia 1993 r., I PRN 27/93, LexisNexis nr 317876 oraz wyrok SN z 4 lutego 1982 r., I PRN 1/82, OSNPC 1982, nr 8–9, poz. 131.

¹⁹ Uchwała SN z 12 października 1976 r., I PZP 49/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 67.

²⁰ M. Barzycka-Banaszczyk, *op. cit.*, s. 125; por. wyrok SN z 4 lutego 1982 r., I PRN 1/82, OSNCP 1982, nr 8-9, poz. 131 oraz wyrok SN z 27 kwietnia 1993 r., I PRN 27/93, LexisNexis nr 317876.

²¹ L. Florek, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. L. Florek, Warszawa 2011, s. 300.

Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, że „odmowa wszczęcia postępowania karnego przez uprawnionego oskarżyciela publicznego z powodu braku dostatecznych przesłanek podejrzenia o popełnienie przestępstwa nie wyklucza uznania zasadności niezwłocznego rozwiązania stosunku pracy z powodu dopuszczenia się oczywistego przestępstwa”²². Z twierdzeniem tym także nie należy się zgodzić, ponieważ, przestępstwo takie pozbawione jest – od chwili takiej odmowy wszczęcia postępowania karnego przez uprawnionego oskarżyciela – elementu oczywistego; jego popełnienie, zaistnienie staje się tym samym wątpliwe, niepewne, sporne.

Podkreślić należy, że nie każde przestępstwo mające charakter oczywistego uzasadnia rozwiązanie umowy o pracę z winy pracownika. Ustawodawca określił w art. 52 § 1 pkt 2 k.p., że powinno ono prócz tego uniemożliwiać dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym przezeń stanowisku²³. Zgodnie z rozumieniem językowym przestępstwo takie: sprawia że nie można²⁴...; czyni że nie można (nie jest możliwym²⁵, nie da się urzeczywistnić²⁶)...; powoduje że nie można urzeczywistniać, realizować²⁷ tego, aby...; – dalej zatrudniać pracownika na zajmowanym dotychczas stanowisku.

Słusznie wskazuje Sąd Najwyższy w kontekście kwestii przestępstwa uniemożliwiającego dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym stanowisku, że niekoniecznie powinno się ono charakteryzować obiektywną niemożliwością, ale uzyskiwać taką formę, która – „ujmując rzecz rozsądnie – nakazuje natychmiastowe odsunięcie pracownika od wykonywanej przez niego pracy”. Na przykład w przypadku, gdy dalsze zajmowanie przez pracownika dotychczasowego stanowiska pracy, wiązałoby się z dezaprobatą załogi i mogło mieć przez to negatywny wpływ na funkcjonowanie zakładu pracy. Przestępstwo to nie musi zostać popełnione na szkodę zakładu pracy, w którym pracownik-sprawca pracuje, lecz wystarcza jego popełnienie na szkodę innych osób. Przepis art. 52 § 1 pkt 2 k.p. nie zawiera bowiem ograniczenia, które określałoby, że przyczynkiem do rozwiązania z pracownikiem umowy o pracę z jego winy, może być wyłącznie przestępstwo popełnione na szkodę pracodawcy²⁸. Pogląd ten potwierdził Sąd Najwyższy także w innym judykacie, wskazując

²² Wyrok SN z 12 listopada 2003 r., I PK 625/02; www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/I%20PK%20625-02-1.pdf.

²³ A.P. Kuźniar, *Kodeks pracy 2013 z komentarzem*, Warszawa 2013, s. 44.

²⁴ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, t. 44, red. H. Zgólkowa, Poznań 2003, s. 157.

²⁵ *Wielki słownik języka polskiego...*, www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=2921&cind=0&w_szukaj=uniemo%C5%BClivia%C4%87; *Słownik języka polskiego...*, www.doroszewski.pwn.pl/haslo/uniemo%C5%BClivia%C4%87.

²⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, t. 2, red. L. Drabik, E. Sobol, Warszawa 2007, s. 426.

²⁷ *Współczesny słownik języka polskiego...*, s. 1912.

²⁸ Uchwała SN z 12 października 1976 r., I PZP 49/76, OSNCP 1977, nr 4, poz. 67.

nadto, że „nie ma natomiast znaczenia, czy przestępstwo pracownika miało bezpośredni związek z wykonywanymi przez niego obowiązkami pracowniczymi. Czyn przestępny może uniemożliwiać dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym stanowisku także wówczas, gdy nie został popełniony na szkodę pracodawcy, jeżeli rodzaj przestępstwa ma związek z charakterem zatrudnienia pracownika”²⁹. Przykładem takiego przestępstwa może być świadome używanie przerobionego świadectwa pracy jako autentycznego albo przerabianie autentycznego i używanie jako autentyczne, przez pracownika (zatrudnionego dla potrzeb kadrowych) w okresie trwania umowy o pracę³⁰.

W literaturze przedmiotu także podejmuje się próby określenia, czym powinno charakteryzować się przestępstwo, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym przez niego stanowisku. W tymże kontekście wskazuje się, że:

– w szczególności w zawodach, które wymagają szczególnego zaufania (np. gdzie w grę wchodzi odpowiedzialność materialna pracownika, zawodzie nauczyciela i wychowawcy, zawodach związanych z kontrolą czy kierownictwem) również popełnienie przestępstwa niemającego związku z wykonywaną pracą, daje możliwość rozwiązania z takim pracownikiem umowy o pracę bez wypowiedzenia³¹,

– omawiane przestępstwo nie tylko nie musi mieć związku z wykonywaną przez pracownika pracą, lecz również może zostać popełnione poza miejscem, w którym pracownik świadczy pracę, niezależnie na czyją szkodę. Znaczenia nie ma również jego zdaniem to, czy zostało ono popełnione z chęci zysku czy też z innych niskich pobudek. Istotne jest, aby uniemożliwiało dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym stanowisku³²,

– w praktyce pracodawca może rozwiązać umowę o pracę na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p., jeżeli przestępstwo nie ma związku z naruszeniem obowiązków pracowniczych, lecz mimo to uniemożliwia kontynuowanie zatrudniania pracownika na zajmowanym stanowisku; może mieć dla przykładu miejsce gdy kasjer okradł sąsiada, w związku z czym pracodawca utraci zaufanie względem pracownika-kasjera³³,

– przestępstwo uniemożliwiające dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym przez niego stanowisku, musi w ten sposób dyskwalifikować pracownika, że uniemożliwia mu dalsze pozostawanie na zajmowanym stanowisku;

²⁹ Wyrok SN z 7 kwietnia 1999 r., I PKN 668/98, static.e-prawnik.pl/pdf/orzeczenia/3_I_PKN_98_668.pdf.

³⁰ Wyrok SN z 13 stycznia 1986 r., I PRN 116/85, OSNCP 1986, nr 11, poz. 186.

³¹ W. Muszalski, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. W. Muszalski, Warszawa 2013, s. 132.

³² F. Małysz, *op. cit.*, s. 29.

³³ K. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 238.

jak przykładowo „kradzież dokonana przez kasjera, gwałt dokonany przez nauczyciela”³⁴,

– dyspozycja art. 52 § 1 pkt 2 k.p., może mieć zastosowanie wobec jakiegokolwiek przestępstwa; w każdej konkretnej sprawie należy indywidualnie oceniać zaistniałe okoliczności faktyczne, zaś pracodawca powinien rozważyć motywy oraz pobudki kierujące działaniem pracownika. Jego zdaniem, przestępstwo, które popełnione jest z niskich pobudek, zazwyczaj dyskwalifikuje pod względem moralnym zatrudnionego. Czego przykładem jest przestępstwo przeciwko obyczajowości, popełnione przez pracownika, który zatrudniony jest na stanowisku dydaktyczno-wychowawczym. Jednakże w praktyce, przepis ten stosuje się najczęściej wobec pracowników – sprawców przestępstw przeciwko mieniu (niekoniecznie przeciwko mieniu pracodawcy) – zatrudnionych na stanowiskach mających związek z odpowiedzialnością materialną³⁵.

W perspektywie powyższej przytoczonych poglądów, wyrażanych w doktrynie oraz judykaturze, związek między przestępstwem uniemożliwiającym dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym stanowisku a pracą przez niego wykonywaną, zasada się niekoniecznie na związku przestępstwa z konkretnymi obowiązkami pracowniczymi, z kinetycznym – pośrednim czy bezpośrednim – oddziaływaniem na nie, lecz wystarcza już samo to, że przestępstwo takie godzi w podstawowe wartości; wartości, na których opiera się stosunek pracy *in genere*, czy też takie, które powinny być wyróżnikiem, cechą konkretnego zawodu wykonywanego przez pracownika.

A.M. Świątkowski wskazuje, że „w rozumieniu prawa karnego przestępstwem jest zbrodnia lub występki. Popełnienie przez pracownika wykroczenia nie powinno uzasadniać rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia, aczkolwiek z punktu widzenia przepisów indywidualnego prawa pracy podział czynów przestępnych na zbrodnie, występki oraz wykroczenia ma znaczenie drugorzędne z uwagi na rozmiar zagrożenia (art. 7 k.k.). Popełnienie przez sprawcę drobnego czynu przestępnego, który nie został zakwalifikowany ani jako zbrodnia ani jako występki, uzasadnia [...] w pewnych okolicznościach sprawy rozwiązanie umowy o pracę ze skutkiem natychmiastowym na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p. W rozumieniu komentowanego przepisu «przestępstwem» jest każdy czyn zabroniony przepisami prawa, także wykro-

³⁴ M. Barzycka-Banaszczyk, *op. cit.*, s. 125.

³⁵ K.W. Baran, *op. cit.*, s. 373. Toteż słusznie wskazuje się w literaturze przedmiotu, że omawiane „rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia może nastąpić także wówczas, gdy przestępcze zachowanie pracownika w żaden sposób nie dotyczyło pracodawcy, musi jednak zawsze być oczywiste albo stwierdzone prawomocnym wyrokiem oraz rzutować na status pracownika”. E. Baran, K.W. Baran, *op. cit.*, s. 39.

czenie³⁶. Podobnie zakłada S. Koczur, że przestępstwem, o którym mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p. może być również wykroczenie, za czym, jego zdaniem, przemawiają m.in. aspekty celowościowe (podaje on przykład kasjerki pracującej w banku, która dokonuje w sklepie spożywczym kradzieży paczki kawy)³⁷. Poglądy te należy jednak – z uwagi na szereg aspektów – odrzucić. Twierdzenie, że przestępstwem, o którym mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p. może być – obok zbrodni oraz występku – także wykroczenie, wydaje się nie posiadać dostatecznego uzasadnienia. Ustawodawca określił bowiem wyraźnie w art. 7 § 1 k.k., że czynem przestępnym może być jedynie zbrodnia (której charakter określa art. 7 § 2 k.k.³⁸) albo występki (którego charakter określa art. 7 § 3 k.k.³⁹). W sensie logicznym ustawodawca wyznacza tymi przepisami zamknięty zbiór przestępstw – składający się z podzbiorów zbrodni i występków – do którego zbiór wykroczeń nie należy ze względu na właściwe mu cechy.

Toteż słusznie wypowiedział się w tym kontekście Sąd Najwyższy, że usiłowanie kradzieży czy też przywłaszczenia mienia należącego do pracodawcy, mające znamiona wykroczenia nie zaś przestępstwa, nie może być zakwalifikowane jako popełnienie przestępstwa, o którym mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p., nawet wtedy, gdy jest oczywiste⁴⁰.

Także A. Sobczyk uważa, że nie można rozwiązać umowy o pracę z pracownikiem bez wypowiedzenia w oparciu o art. 52 § 1 pkt 2 k.p., jeżeli popełnił on jedynie wykroczenie⁴¹.

Podobnie K.W. Baran wychodzi z założenia, że przepis art. 52 § 1 pkt 2 k.p. nie powinien być interpretowany w sposób rozszerzający także na wykroczenia, w przypadku których stopień szkodliwości czynu jest mniejszy⁴². Niemniej podnosi on, że prawo karne przewiduje okoliczności wyłączające winę czy bezprawność (np. w razie stanu wyższej konieczności, niepoczytalności),

³⁶ A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 306.

³⁷ S. Koczur stwierdza nadto, że „wyłączenie wykroczeń z kategorii przestępstw jest jedynie kwestią przyjętej konwencji w danym systemie prawa”, oraz że „wyłączenie wykroczeń z kręgu przestępstw stwarza ponadto niepotrzebne podziały, dla których głównym uzasadnieniem jest karygodność popełnionego czynu”. S. Koczur, *Zakres przedmiotowy pojęcia „przestępstwo” w art. 52 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy*, [w:] *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, red. A. Świątkowski, Kraków 2003/2004, s. 177 i 178.

³⁸ Przepis ten stanowi wprost, że zbrodnią jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 albo karą surowszą.

³⁹ Przepis ten stanowi wprost, że występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych, karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc.

⁴⁰ Wyrok SN z 12 września 2000 r., I PKN 28/00, www.prawo.legeo.pl/prawo/i-pkn-28-00.

⁴¹ A. Sobczyk, *op. cit.*, s. 53.

⁴² K.W. Baran, *op. cit.*, s. 371.

odbierające tym samym konkretnemu zachowaniu pracownika znamiona przestępstwa. „Ze względu na fakt, że pracodawca nie jest wyposażony w odpowiednie instrumentarium prawne do badania tych okoliczności, dopuszczam w wyjątkowo drastycznych sytuacjach faktycznych zastosowanie art. 52 § 1 pkt 2 k.p. do czynów zabronionych”⁴³. Nie należy jednak poglądu tego akceptować, ze względu na to że dyspozycja art. 52 § 1 pkt 2 k.p. wyraźnie wskazuje jedynie na przestępstwo, jako na powód rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia; zatem twierdzenie że przestępstwo *de lege* nie musi być jednocześnie przestępstwem *de facto*, że może być ono także innym czynem zabronionym, nie zaś przestępstwem, wydaje się być niezasadne. Po pierwsze, nie powinno się czynić wykładni rozszerzającej, sprzecznej z legalnym zakresem danego pojęcia (w tym przypadku przestępstwa), a tym samym również z zamysłem ustawodawcy. Po drugie nie można w sensie logicznym oddzielić pojęcia czynu zabronionego od pojęcia przestępstwa, a to z tego względu, że każde przestępstwo zawsze jest czynem zabronionym, mimo że nie każdy czyn zabroniony jest przestępstwem.

L. Florek podkreśla, że podstawą natychmiastowego rozwiązania umowy o pracę jest wina pracownika. W przypadku popełnienia przez pracownika przestępstwa, uniemożliwiającego jego dalsze zatrudnianie na zajmowanym stanowisku, „o tym, czy ma ono być popełnione z winy umyślnej, czy także nieumyślnej, decydują przepisy kodeksu karnego”⁴⁴.

Czy jednak pracodawca rozwiązując z pracownikiem umowę o pracę, na zasadach określonych w art. 52 § 1 pkt 2 k.p., posiada odpowiednie kompetencje do tego, aby niejako stwierdzać także prawnokarną winę pracownika w perspektywie popełnienia przez niego oczywistego przestępstwa?

W kontekście tym K. Jaśkowski rozważa dopuszczalność rozwiązania umowy o pracę w przypadku „oczywistości przestępstwa” pracownika w świetle zasady domniemania niewinności z art. 42 ust. 3 Konstytucji RP. Wskazuje on, że ta konstytucyjna reguła nie wyłącza możliwości rozwiązania stosunku pracy „w razie poważnego podejrzenia popełnienia przestępstwa”. Podaje przykład orzecznictwa TK, dotyczącego rozwiązania stosunku służbowego z funkcjonariuszem służby celnej na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 8a ustawy z 24 lipca 1999 o Służbie Celnej⁴⁵. Przepis ten, wskazuje on – nie został uznany za niezgodny z Konstytucją RP, „mimo że wywołuje poważne następstwa w sferze służbowego stosunku zatrudnienia w wyniku tylko samego zarzutu

⁴³ *Ibidem*, s. 371.

⁴⁴ L. Florek, *op. cit.*, s. 300.

⁴⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 156, poz. 1641, tekst jedn. ze zm.; K. Jaśkowski przywołuje wyrok TK z 19 października 2004 r., K 1/04, OTK-A 2004, nr 9, poz. 93; wyrok TK z 13 lutego 2007 r., K 46/05, OTK-A 2007, nr 2, poz. 10; K. Jaśkowski, *op. cit.*, s. 238 i 239.

popelnienia przestępstwa” – przewidywał obligatoryjne zwolnienie funkcjonariusza służby celnej ze służby po wniesieniu aktu oskarżenia o umyślne popelnienie przestępstwa⁴⁶. Nie należy jednak szukać analogii między art. 25 ust. 1 pkt 8a ustawy z 24 lipca 1999 o Służbie Celnej – gdzie wina sprawcy czynu przestępnego nie musi zostać stwierdzona, aby obligatoryjnie zwolnić funkcjonariusza – a art. 52 § 1 pkt 2 k.p. – w przypadku którego umowa o pracę z pracownikiem może ulec rozwiązaniu bez wypowiedzenia, jeżeli przestępstwo popelnione przez pracownika jest oczywiste, a zatem „oczywista” jest również jego wina. Słusznie w tym kontekście podnosi F. Małysz, że kodeks pracy pozwala na wcześniejsze – tzn. przed prawomocnym wyrokiem stwierdzającym zaistnienie przestępstwa – przypisanie tego przestępstwa pracownikowi, tzn. przypisanie przestępstwa z chwilą stwierdzenia jego oczywistości⁴⁷.

Niemniej ustawodawca wprowadził przepisem art. 42 ust. 3 Konstytucji RP zasadę domniemania niewinności, wedle której każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. Domniemanie to, dotyczy jedynie odpowiedzialności karnej, a wzruszalne jest wyłącznie prawomocnym, skazującym orzeczeniem sądu⁴⁸.

Trybunał Konstytucyjny przyjmuje w świetle tej zasady, że:

– „bezpośrednie uregulowanie w przepisach konstytucyjnych zasady procesu karnego, jaką jest domniemanie niewinności, niewątpliwie świadczy o rozszerzeniu jej zastosowania. Nie oznacza to jednak rozciągnięcia tej gwarancji konstytucyjnej na procedury ustawowe, których celem w ogóle nie jest ustalenie naganności zachowania ludzkiego i wymierzenie sankcji”⁴⁹,

– „konstytucyjna zasada domniemania niewinności musi być rozumiana jako wykluczająca uznanie winy i odpowiedzialności karnej bez postępowania sądowego zakończonego prawomocnym wyrokiem karnym”⁵⁰,

⁴⁶ *Ibidem*, s. 238.

⁴⁷ F. Małysz, *op. cit.*, s. 30.

⁴⁸ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 233; wyrok TK z 6 lipca 1999 r., P 2/99, OTK 1999, nr 5, poz. 103.

⁴⁹ Wyrok TK z 19 października 2004 r., K 1/04, www.trybunal.gov.pl/omowienia/document-s/K_1_04_PL.pdf.

⁵⁰ Trybunał Konstytucyjny kontynuuje tę myśl podnosząc, że „nie może być jednak rozumiana w taki sposób, który wykluczałby wiązanie z samym faktem toczącego się postępowania karnego jakichkolwiek konsekwencji prawnych, oddziaływujących na sytuację podejrzanego lub oskarżonego. Dopuszczalność takich konsekwencji powinna być ważona nie na płaszczyźnie zasady domniemania niewinności, ale w płaszczyźnie zasady proporcjonalności, wykluczającej zakres ingerencji w sferę praw i wolności. Ocena dokonywana jest więc nie z perspektywy art. 42 Konstytucji, ale tych regulacji konstytucyjnych, które określają treść i zakres praw i wolności, w obszarze których dochodzi do ingerencji”; wyrok TK z 19 października 2004 r., K 1/04, www.trybunal.gov.pl/omowienia/documents/K_1_04_PL.pdf.

– „zasadniczą rolą zasad wyrażonych w art. 42 Konstytucji PR jest stworzenie oskarżonemu gwarancji w toku procesu karnego. W innego rodzaju postępowaniach represyjnych, np. dyscyplinarnych, stosowanie zasady domniemania niewinności czy zasady *nullum crimen sine lege* musi doznawać pewnych modyfikacji chociażby dlatego, że ocena zachowania nie jest dokonywana przez sądy i dotyczy czynów nie stanowiących przestępstw”⁵¹.

Zgodnie z powyższym, już *prima facie* dostrzegalna jest sprzeczność między instytucją domniemania niewinności z art. 42 pkt 3 Konstytucji, a instytucją rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia z pracownikiem, który popełnił oczywiste przestępstwo z art. 52 § 1 pkt 2 k.p. Po pierwsze, wedle art. 52 § 1 pkt 2 k.p., ocena zachowania pracownika dotyczy sfery prawno-karnej, tzn. tego że popełnił on przestępstwo oczywiste. Przestępstwo oczywiste nie może jednakże w świetle art. 42 pkt 3 Konstytucji RP zaistnieć z tego względu, że sprawca, w tym przypadku będący pracownikiem, jest uważany zawsze za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu; tutaj zaś przeciwnie, art. 52 § 1 pkt 2 k.p. umożliwia uznanie winy – uznanie pracownika za „sprawcę oczywistego”, „przestępcę oczywistego”, „oczywiście winnego” – mimo że nie istnieje prawomocny wyrok sądu.

Reasumując, przestępstwem oczywistym o którym mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p. jest przestępstwo, którego zaistnienie jest pewne, bezsporne, brak jest obiektywnej wątpliwości co do jego zaistnienia; dowody jego popełnienia nie budzą najmniejszych wątpliwości; zaś stan faktyczny nie nasuwa wątpliwości, lecz pozwala na pewne stwierdzenie, że pracownik dopuścił się czynu przestępnego. Odmowa wszczęcia postępowania karnego przez uprawnionego oskarżyciela publicznego z powodu braku dostatecznych przesłanek podejrzenia o popełnienie przestępstwa, czy uniewinnienie pracownika prawomocnym wyrokiem sądu, uniemożliwia rozwiązanie stosunku pracy z pracownikiem z powodu dopuszczenia się przezeń oczywistego przestępstwa, będącego przedmiotem tejże odmowy czy wyrokowania.

Oczywiste przestępstwo musi charakteryzować się także tym, że uniemożliwia dalsze zatrudnianie pracownika – który je popełnił – na zajmowanym stanowisku. Uniemożliwianie to niekoniecznie powinno powodować obiektywną niemożliwość dalszego zatrudniania go na tymże stanowisku, lecz zdroworoządkowo przemawiać za natychmiastowym odsunięciem go od tego stanowiska. Cechą przestępstwa popełnionego przez pracownika, uniemożliwiającego dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku jest to,

⁵¹ Wyrok TK z 29 stycznia 2002 r., K 19/01, www.trybunal.gov.pl/omowienia/document-s/K_19_01_PL.pdf.

że godzi ono w podstawowe wartości charakterystyczne dla stosunku pracy w sensie ogólnym lub takie, które związane są z konkretnie wykonywanym przez pracownika zawodem.

Abstract

Employment contract termination without notice due to employee's fault resulting from committing an evident offence

The article focuses on the termination of the contract of employment without notice, due to employee's fault, because of the commission of the obvious crime, during the contract of employment; the crime disallows the further employment on the workplace (what is defined in art. 52 § 1 point 2 L.C.).

The author comes to the conclusion, that a obvious crime is a crime which existence is certain, undisputed, there is no objective doubts as to its existence, the evidence of its commission do not raise any doubt; facts of the case ensures, that the employee has committed a crime. The obvious crime is also characterized by the fact, that it make impossible further employment of an employee who committed this obvious crime on the workplace. This impossibility should not be an objective impossibility to continue the employment on the workplace, but in common sense, should argue for an immediate removal this employee from his workplace.

However, the author takes the assumption that art. 52 § 1 point 2 L.C. is not compatible with art. 42 paragraph 3 of the Constitution, because it violates the principle of the presumption of innocence. It allows for the assignment of a crime (obvious) to the employee, even though there is no final judgment of the court.

Key words: Key words: employment contract termination, employee's offence, employee's fault

Julita Kostka-Twór
doktorantka, Uczelnia Łazarskiego

Prawnofinansowe aspekty bezpieczeństwa energetycznego w Polsce i UE

Wprowadzenie

Ogromne zapotrzebowanie na energię elektryczną rodzi konieczność ciągłego monitorowania stanu zasobów naturalnych, zarówno wydobytych, jak i pozostających w złożach naturalnych. Tak duże zainteresowanie surowcami energetycznymi wymusza wprowadzenie ścisłych regulacji prawnych, które zapewnią jednolitość i transparentność w eksploatacji złóż i utrzymywaniu zapasów surowców. System prawny pozwala zapewnić bezpieczeństwo energetyczne tak ważne dla postępu cywilizacyjnego i rozwoju gospodarczego.

Termin „bezpieczeństwo energetyczne” jest w ostatnim czasie bardzo ważnym pojęciem szczególnie w polityce europejskiej. Bezpieczeństwo energetyczne analizuje się na wielu płaszczyznach prawa: międzynarodowego, handlowego, finansowego, ochrony środowiska, administracyjnego i in. Te i inne elementów składają się na prawo energetyczne jako wyodrębnioną gałąź prawa. W historii integracji europejskiej nie udało się stworzyć w ramach UE jednolitego systemu prawnego i organizacyjnego zmierzającego do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego na terytorium państw członkowskich UE. Za główną przeszkodę uznaje się podejście określane mianem izolacjonizmu, widoczne w stanowiskach poszczególnych państw członkowskich. Niemniej nie rezygnuje się z podejmowania kolejnych prób zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, opartego przede wszystkim na liberalizacji rynku energetycznego, solidarności energetycznej między państwami członkowskimi oraz zewnętrznej polityce energetycznej UE¹.

¹ M. Nowacki, *Prawne aspekty bezpieczeństwa energetycznego w UE*, Warszawa 2010, s. 25.

Problemy w osiągnięciu wspólnej i jednakowej polityki energetycznej mogą wynikać z różnego definiowania bezpieczeństwa energetycznego². Ustawa z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne³ definiuje bezpieczeństwo energetyczne jako stan gospodarki umożliwiający pokrycie bieżącego i perspektywicznego zapotrzebowania odbiorców na paliwa i energię w sposób technicznie i ekonomicznie uzasadniony, przy zachowaniu wymagań ochrony środowiska (art. 3 pkt 16).

W związku z przystąpieniem 1 maja 2004 r. Polski do UE i konieczności dostosowania krajowego systemu do wymagań wspólnoty, minister gospodarki i pracy obwieszczeniem z 1 lipca 2005 r. w sprawie polityki energetycznej państwa do 2025 r.⁴ wytyczył m.in. cele, zasady i priorytety polityki energetycznej Polski do 2025 r. Z uwagi na oczekiwania polskiego konsumenta i przedsiębiorcy, którymi są tania energia i wysoka jakość, należy tak restrukturyzować polską energetykę, aby dostosowując warunki jej funkcjonowania do wymagań UE zapewnić Polsce i jej obywatelom możliwość pełnego korzystania z dobrodziejstw jednolitego rynku energii. Tym samym definicja bezpieczeństwa energetycznego została w dużej mierze powtórzona z ustawy Prawo energetyczne. Definicja pochodząca z obwieszczenia modyfikuje element definicji prawa energetycznego, wymagający zachowywać wymagania ochrony środowiska na element polegający na konieczności minimalizacji negatywnego oddziaływania sektora energii na środowisko i warunki życia społeczeństwa.

Zasoby i kierunki sprzedaży paliw kopalnych

Zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego wiąże się z koniecznością przygotowania odpowiedniej ilości surowców w formie zapasów lub poprzez monitorowanie ilości w złożach. Podstawowymi nośnikami energii są: ropa naftowa, gaz ziemny i węgiel. Wśród nich z wielu powodów najbardziej atrakcyjny jest węgiel. Wielkość zasobów węgla jest największa spośród paliw kopalnych, co oznacza możliwość większego zaspokojenia popytu. Magazynowanie i transport węgla nie wymaga tak wysokich nakładów finansowych i organizacyjnych, jak w przypadku pozostałych surowców. Koszt produkcji energii elektrycznej z węgla należy do najniższych. Choć kraje europejskie nie są zbyt zasobne w węgiel, to jednak w 2010 r. UE była na trzecim miejscu pod względem konsumpcji paliwa węglowego na świecie, po Chinach

² *Ibidem*, s. 21.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm. [dalej: Prawo energetyczne].

⁴ M.P. Nr 42, poz. 562 [dalej: obwieszczenie].

i USA. W 2011 r. UE wyprzedziły Indie. Import węgla pochodzi głównie z takich krajów, jak Rosja, RPA, Kolumbia, USA oraz Australia⁵. W Polsce węgiel jest gwarancją bezpieczeństwa energetycznego państwa. Prawie 93% polskiego węgla sprzedawana jest odbiorcom krajowym⁶. Pozostałe zapotrzebowanie na surowce zaspokajane jest przez import gazu ziemnego i ropy naftowej głównie z Rosji⁷. Z powodu ograniczonych zasobów własnych, korzystając z bliskości geograficznej, pozostała część UE również jest uzależniona od importu surowców energetycznych z Rosji⁸.

Harmonizacja rynku wewnętrznego UE

Próba ujednoczenia w UE niektórych zagadnień związanych z energetyką stały się dwie dyrektywy: tzw. dyrektywa horyzontalna⁹ oraz energetyczna¹⁰. Dyrektywa horyzontalna stanowi kontynuację zapisów Dyrektywy Rady 92/12/EWG z 25 lutego 1992 r. w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przepływu oraz kontrolowania¹¹, która poprzez wielokrotne zmiany zatraciła jasność przepisów. Dyrektywa we wstępie stanowi, że celem zapewnienia właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego warunki poboru podatku akcyzowego od wyrobów objętych tą dyrektywą muszą zostać zharmonizowane. Ponadto z uwagi na to, że warunki poboru i zwrotu podatków mają wpływ na właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego, powinny być zgodne z zasadą niedyskryminacji. Jednolitość rynku wewnętrznego winna przejawiać się w szczególności w tym, aby pojęcie i warunki wymagalności akcyzy były takie same we wszystkich państwach członkowskich. Dlatego też już na poziomie Wspólnoty należy ustalić, kiedy następuje konsumpcja wyrobów akcyzowych i kto jest zobowiązany do zapłaty podatku akcyzowego. Dyrektywa horyzon-

⁵ J. Dubiński, A. Koteras, *Przyszłość węgla jako paliwa energetycznego*, „Przegląd Górniczy” 2012, nr 12, s. 8.

⁶ T. Olkusi, *Główni odbiorcy polskiego węgla energetycznego*, „Przegląd Górniczy” 2012, nr 10, s. 1.

⁷ M. Lasoń, *Polska wobec wyzwań bezpieczeństwa energetycznego*, [w:] *Międzynarodowe bezpieczeństwo energetyczne w XXI wieku*, red. E. Cziomer, Kraków 2008, s. 239.

⁸ T. Młynarski, *Bezpieczeństwo energetyczne w pierwszej dekadzie XXI wieku*, Kraków 2011, s. 133.

⁹ Dyrektywa Rady 2008/118/WE z 16 grudnia 2008 r. w sprawie ogólnych zasad dotyczących podatku akcyzowego uchylająca dyrektywę 92/12/EWG (Dz.U. L 9 z 14.01.2009) [dalej: dyrektywa horyzontalna].

¹⁰ Dyrektywa Rady 2003/96/WE z 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej (Dz.U. L 283 z 31.10.2003) [dalej: dyrektywa energetyczna].

¹¹ Dz.U. L 76 z 23.03.1992.

talna stanowi, że podatek akcyzowy staje się wymagalny w momencie dopuszczenia do konsumpcji w państwie członkowskim (art. 7 pkt 1) zgodnie z warunkami wymagalności i stawkami podatku akcyzowego obowiązującymi w państwie członkowskim (art. 9). Pod pewnymi warunkami wyroby akcyzowe mogą podlegać zwolnieniom z podatku akcyzowego (art. 12). W przypadku nabywania wyrobów akcyzowych przez osoby prywatne na użytek własny i przewożonych przez nie z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego, podatek akcyzowy jest wymagalny tylko w państwie członkowskim, w którym nabyto wyroby akcyzowe (art. 32 pkt 1). Przy ustalaniu przeznaczenia zakupionego wyrobu akcyzowego na użytek własny należy mieć na uwadze w szczególności status handlowy posiadacza, miejsce składowania, rodzaj i ilość wyrobu (art. 32 pkt 2). Każde państwo członkowskie określa własne zasady i warunki ustalania strat (art. 37 pkt 2).

Z uwagi na uwzględnienie istnienia sytuacji, w których mogą pojawiać się wątpliwości w stosowaniu wspólnotowych przepisów akcyzowych, organem wspierającym Komisję jest Komitet ds. Podatku Akcyzowego (art. 43), którego zadaniem jest badanie spraw przedstawionych przez przewodniczącego, z jego własnej inicjatywy lub na prośbę przedstawiciela państwa członkowskiego (art. 44).

Uszczegółowieniem dyrektywy horyzontalnej w zakresie warunków tworzenia wspólnego i jednolitego rynku w zakresie energii elektrycznej i produktów energetycznych innych niż oleje mineralne, jest dyrektywa energetyczna, która ustanawia minimalne poziomy opodatkowania większości produktów energetycznych, włącznie z energią elektryczną, gazem ziemnym i węglem. Dyrektywa wskazuje, że znaczne różnice między krajowymi poziomami opodatkowania energii przyjęte przez poszczególne państwa członkowskie mogą okazać się szkodliwe dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego. W tym celu przedmiotową dyrektywą Rada nakłada na siebie obowiązek badania, w regularnych odstępach czasu, zwolnień i obniżek oraz minimalnych poziomów podatków, z uwzględnieniem przede wszystkim prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, rzeczywistej wartości minimalnych poziomów opodatkowania oraz międzynarodowej konkurencyjności gospodarki Wspólnoty. Dyrektywa wskazuje, że podatki mają udział w ustalaniu cen produktów energetycznych i energii elektrycznej, a ceny energii są elementami kluczowymi między innymi wspólnotowej polityki energetycznej. Odzwierciedleniem konkurencyjności poszczególnych produktów energetycznych winny być minimalne poziomy opodatkowania oparte na zawartości energii w tych produktach poza paliwami silnikowymi. Zgodnie z dyrektywą energetyczną (art. 2 pkt 1) produktami energetycznymi są produkty

objęte określonymi kodami CN wskazanymi w Nomenklaturze Scalonej¹², a wśród nich gaz ziemny, energia elektryczna, węgiel i koks. Państwa członkowskie mogą stosować zwolnienia lub obniżki w poziomach opodatkowania bezpośrednio – przez zróżnicowaną stawkę lub pośrednio – przez refundowanie całości lub części kwoty opodatkowania (art. 6). Dopuszcza się różne traktowanie produktów energetycznych i energii elektrycznej w zależności od celów handlowych i niehandlowych. Zastosowaniem gospodarczym jest wykorzystanie przez jednostkę gospodarczą, która samodzielnie i niezależnie, w dowolnym miejscu, dostarcza towary lub świadczy usługi, niezależnie od celu i wyniku wykonywania takiej działalności gospodarczej (art. 11 pkt 1). Działalnością gospodarczą jest każda działalność producentów, podmiotów gospodarczych i osób świadczących usługi włącznie z działalnością górniczą i rolniczą oraz wykonywaniem wolnych zawodów. Tabela C załącznika I dyrektywy energetycznej określa minimalne poziomy opodatkowania mające zastosowanie do paliw przeznaczonych do ogrzewania i do wytwarzania energii elektrycznej z rozróżnieniem na zastosowanie gospodarcze i niegospodarcze. W przypadku gazu ziemnego, węgla i koksu stawki kształtują się następująco: 0,15 euro za GJ/wartość kaloryczna brutto przy zastosowaniu gospodarczym oraz 0,3 euro za GJ/wartość kaloryczna brutto przy zastosowaniu niegospodarczym. Natomiast minimalny poziom opodatkowania energii elektrycznej wynosi 0,5 euro za MWh przy zastosowaniu gospodarczym oraz 1,0 euro za MWh przy zastosowaniu niegospodarczym. Dyrektywa energetyczna, wraz z dyrektywą zmieniającą¹³, wskazuje również okresy przejściowe dla niektórych państw członkowskich w celu dostosowania krajowego poziomu opodatkowania do wyznaczonych poziomów (art. 18, 18a, 18b).

Dostosowanie polskich przepisów prawa podatkowego

Dyrektywy po jej uchwaleniu nie stają się automatycznie elementem krajowego porządku prawnego. Wymagana jest implementacja przepisów dyrektyw z zachowaniem celów, jakie mają być osiągnięte i z pozostawieniem państwom swobody wyboru środków i form ich realizacji. Jednakże obywatele i firmy mają prawo powoływania się na przyjęte w dyrektywach przepisy,

¹² Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) nr 927/2012 z 9 października 2012 r. zmieniające załącznik I do rozporządzenia Rady (EWG) nr 2658/87 w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.U. L 304 z 31.10.2012).

¹³ Dyrektywa Rady 2004/74/WE z 29 kwietnia 2004 r. zmieniająca dyrektywę 2003/96/WE w zakresie możliwości stosowania przez określone państwa członkowskie czasowych zwolnień lub obniżek poziomu opodatkowania na produkty energetyczne i energię elektryczną (Dz.U. L 157 z 30.04.2004) [dalej: dyrektywa zmieniająca].

zarówno po upływie czasu wyznaczonego na ich włączenie do krajowego porządku prawnego, jak i w sytuacji niewłaściwej ich implementacji¹⁴.

Dostosowanie polskich przepisów prawa podatkowego w zakresie podatku akcyzowego do wymogów stawianych przez prawo UE odbyło się m.in. poprzez uchwalenie ustawy z 23 stycznia 2004 r. o podatku akcyzowym¹⁵, którą obecnie zastąpiła ustawa z 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym¹⁶. W nowych regulacjach pojawiło się szereg pojęć, które stały się szczególnie istotne po uzyskaniu członkostwa w UE, a wśród nich: terytorium kraju, eksport, dostawa i nabycie wewnątrzspółnotowe¹⁷.

Najbardziej istotną implementacją przepisów dyrektyw: horyzontalnej i energetycznej w ostatnim czasie było opodatkowanie podatkiem akcyzowym wyrobów węglowych od 2 stycznia 2012 r., które do 1 stycznia 2012 r. korzystały ze zwolnienia z tego podatku w związku z okresem przejściowym wynikającym z art. 18 dyrektywy energetycznej. Nowe uregulowania wprowadziła ustawa z 16 września 2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców¹⁸, która znowelizowała w tym zakresie ustawę o podatku akcyzowym.

Ze względu na przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania, które do tej pory nie były stosowane wobec żadnego wyrobu akcyzowego należy uznać dokonane zmiany za niezwykle istotne¹⁹. Ponadto wprowadzone regulacje dotyczą tylko i wyłącznie wyrobów akcyzowych zwanych wyrobami węglowymi (art. 2 ust. 1 pkt 1a) i nie łączą się z pozostałymi wyrobami opodatkowanymi akcyzą. Przede wszystkim znowelizowana ustawa o podatku akcyzowym, oprócz nowego pojęcia wyrobów węglowych wprowadziła pojęcie: pośredniczący podmiot węglowy (art. 2 ust. 1 pkt 23a) wraz z koniecznością jego zgłoszenia (art. 16 ust. 3a i 3b), oprócz już istniejącego obowiązku rejestracji podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą z wykorzystaniem wyrobów akcyzowych (art. 16 ust. 1, 2, 3). Odrębny zakres regulacji dotyczy również przedmiotu opodatkowania (art. 9a) oraz momentu powstania obowiązku podatkowego (art. 10 ust. 1a i 1b). Znowelizowana ustawa o podatku akcyzowym wydłużyła, w stosunku do obecnie istniejącego obowiązku, okres składania deklaracji podatkowej i zapłaty akcyzy do 25 dnia przypadającego

¹⁴ A. Partyka-Szewczyk, P. Zapadka, *Zarys prawa podatkowego. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2007, s. 63.

¹⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 29, poz. 257 ze zm.

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626 ze zm. [dalej: ustawa o podatku akcyzowym].

¹⁷ W. Maruchin, *Akcyza po wejściu do Unii Europejskiej*, Wrocław 2004, s. 7–8.

¹⁸ Dz.U. z 2011 r. Nr 232, poz. 1378 ze zm.

¹⁹ *Opodatkowanie podatkiem akcyzowym wyrobów węglowych*, red. W. Krok, Warszawa 2012, s. 11–30.

w drugim miesiącu od miesiąca, w którym powstał obowiązek podatkowy (art. 21a ust. 1). Dodatkowo wprowadziła szeroki katalog zwolnień przedmiotowych i podmiotowych (art. 31a ust. 1 i 2) oraz warunki zwolnienia (art. 31a ust. 3 i 4). Nowe przepisy ujednoliciły wartości opałowe: dla węgla kamiennego – 23,8 GJ/t, dla węgla brunatnego – 8,6 GJ/t i dla koksu – 27,5 GJ/t (art. 88 ust. 6) oraz ustaliły stawkę akcyzy dla każdego z tych wyrobów na poziomie 1,28 zł/GJ (art. 89 ust. 1).

Podsumowanie

Jak wynika z terminu wskazanego w dyrektywie energetycznej, implementacja unijnych zasad opodatkowania wyrobów węglowych podatkiem akcyzowym dokonana była terminowo. Przyjęty sposób wdrażania przepisów wspólnotowych budzi wątpliwości w szczególności w zakresie definiowania podatnika²⁰ oraz stawki akcyzy opartej na ujednoliconych wartościach opałowych dla poszczególnych grup wyrobów.

W odniesieniu do zaprezentowanej regulacji prawnej w zakresie akcyzy należy zwrócić uwagę na fakt, że wprowadzając bardzo szeroki katalog zwolnień czynności dotyczących węgla i koksu, które w efekcie prowadzą do ich spalania, pominięto aspekt ochrony środowiska. Problem dotyczy gospodarstw domowych i podmiotów, które nie są zobowiązane do stosowania urządzeń zmniejszających emisję dwutlenku węgla lub przedsięwzięcia innych działań na rzecz ochrony środowiska. Dlatego przyjęty przez Polskę system podatkowy w tym zakresie należałoby przeanalizować w kontekście opublikowanej w marcu 2006 r. przez Komisję Europejską Zielonej Księgi, „Europejska strategia na rzecz zrównoważonej, konkurencyjnej i bezpiecznej energii”. Określono w niej kluczowe obszary polityki energetycznej UE, wśród których najważniejsze to: dokończenie budowy europejskich rynków wewnętrznych energii elektrycznej i gazu, wzmocnienie solidarności między państwami członkowskimi, bezpieczeństwo i konkurencyjność zaopatrzenia w energię, przeciwdziałanie globalnemu ociepleniu klimatu, innowacje w zakresie technologii energetycznych, spójna zewnętrzna polityka energetyczna. Ponadto Zielona Księga wyznaczała trzy priorytetowe cele polityki energetycznej UE: trwałość, konkurencyjność i bezpieczeństwo zaopatrzenia w energię. Cel trwałości ma przejawiać się przede wszystkim w rozwoju konkurencyjnych źródeł energii odnawialnej, ograniczaniu popytu na energię

²⁰ I. Pełka, *Pojęcie podmiotu zobowiązanego w podatku akcyzowym – praktyczne problemy z definicją podatnika podatku akcyzowego*, [w:] *Regulacje w zakresie prawa celnego i podatku akcyzowego po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, red. P. Stanisławiszyn, T. Nowak, Warszawa 2012, s. 204.

w Europie oraz wspieraniu działań mających na celu powstrzymanie zmian klimatycznych. Przez konkurencyjność rozumie się utworzenie wewnętrznego rynku energii, który przynosiłby korzyści dla konsumentów oraz gospodarki. Bezpieczeństwo zaopatrzenia w energię ma być zapewnione poprzez podejście zintegrowane – zmniejszenie popytu, zróżnicowanie form energii, źródeł i sposobów dostaw²¹.

Wprowadzane przez poszczególne państwa członkowskie systemy podatkowe odgrywają ogromną rolę w stymulowaniu działań podejmowanych przez ich obywateli, w tym także w zakresie ochrony środowiska. Najczęściej brany pod uwagę jest aspekt finansowy i tym samym zaopatrywanie się w najtańsze nośniki energetyczne. System zwolnień z jakichkolwiek podatków od nieekologicznych wyrobów energetycznych jest nieracjonalny, ponieważ z jednej strony zachęca do korzystania z tych nośników i zmniejsza wpływy fiskalne, a z drugiej rodzi konieczność finansowania przez budżet państwa, negatywnych skutków ich stosowania. Wyjściem z sytuacji może być wprowadzenie podatków węglowych, takich które finansują cele ekologiczne, a w tym rozwój nowych technologii energetycznych, a także takich które wpływają na ludzkie zachowania w sposób zgodny z celami dotyczącymi zmiany klimatycznej, m.in. poprzez zwiększenie oszczędności i efektywności w wykorzystaniu energii. Podatki te mogą służyć zarówno jako zachęty, jak i kary²².

W przypadku węgla rozpatrywany jest postulat reglamentacji węgla. Każdy członek społeczeństwa posiadałby roczny przydział energii, który byłby zmniejszany co roku o wcześniej określoną sumę, zgodnie z celami państwa dotyczącymi redukcji emisji gazów cieplarnianych. Osoby lub podmioty prowadzące „niskowęglowy styl życia” miałyby możliwość odsprzedania nadwyżek kwot emisyjnych²³. Zaprezentowana koncepcja jest słuszna, aczkolwiek trudna do wdrożenia z powodów mentalnych i administracyjnych.

Bezpieczeństwa energetycznego nie sposób nie analizować nie biorąc pod uwagę aspektu ochrony środowiska, skutki bowiem w tej sferze mają również swój finansowy wymiar. Konieczna byłaby analiza, nierozzerwalnie związanych z zagadnieniem bezpieczeństwa energetycznego, instrumentów finansowych służących realizacji celów pakietu klimatyczno-energetycznego²⁴, ale z uwagi

²¹ A. Paterek, *Rola organów i instytucji Unii Europejskiej w kształtowaniu polityki bezpieczeństwa energetycznego*, [w:] *Międzynarodowe...*, s. 279.

²² A. Giddens, *Klimatyczna katastrofa*, Warszawa 2010, s. 161.

²³ *Ibidem*, s. 167.

²⁴ Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/406/WE z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie wysiłków podjętych przez państwa członkowskie, zmierzających do zmniejszenia emisji gazów cieplarnianych w celu realizacji do roku 2020 zobowiązań Wspólnoty dotyczących redukcji emisji gazów cieplarnianych (Dz.U. L 140 z 5.06.2009).

na obszerność zagadnienia, nie jest możliwe przedstawienie tej problematyki w niniejszym opracowaniu.

Zatem aspekt finansowy bezpieczeństwa energetycznego ma silny wpływ na wszystkie pozostałe sfery otoczenia każdej społeczności. Nie można również ograniczać się jedynie do obszaru jednego państwa, w świecie globalizacji nie tylko bowiem następuje wzajemna wymiana dóbr, ale i kraje wspólnie na siebie oddziałują. Pełne bezpieczeństwo energetyczne byłoby zagwarantowane, gdyby kraj wykorzystywałby wyłącznie własne źródła energii i tym samym byłby pod tym względem samowystarczalny. Jednakże w tym przypadku wymagana byłaby szeroka dywersyfikacja źródeł energii²⁵.

Abstract

Legal and financial aspects of energy security in Poland and in the European Union

This article describes issues related to the provision of broad understanding of energy security within the EU and in the Polish legal order in force. On the basis of the cited definition of the term “energy security” showing the essential elements necessary for achieving this purpose. Due to the fact that the subject of security, to the greatest extent are the raw materials are fossil source of their origin and value of demand. Shows the adjustments resulting from the two EU directives: horizontal and energy policy. Their implementation to the Polish legal order were presented on the example of last update the law on excise duties in terms of taxation from 2 January 2012. excise products. The development, in addition to a description of the issues shall be under question the correctness of the Polish tax law fit to the requirements already in force under national law and EU law. The manifestation of the contradictions is widely applied in relation to the exemption of organic not directory. It should be noted that provision of energy security is inextricably linked with the use of fossil raw materials, and hence greenhouse gas emissions. The current Excise Tax Act fails to comply with the rigors of applying already Act-energy law, in which one element of energy security are requirements for the protection of the environment. In addition, the study cites the obligations of Member States arising from published in March 2006, the Green Paper and indicates the adopted in April 2009. climate and energy package. At the same time, is an example of the new solutions used to reduce, among others emissions of these gases carbon taxes.

Key words: energy security, directive on energy, excise duty, carbon products

²⁵ P. Czerpak, *Bezpieczeństwo energetyczne*, [w] *Bezpieczeństwo międzynarodowe Teoria i praktyka*, red. K. Żukrowska, M. Grącik, Warszawa 2006, s. 131.

Krzysztof A. Wójcik
Prokuratura Generalna w Warszawie

Uzyskanie informacji objętych tajemnicą bankową w sprawach dotyczących przestępstw powszechnych i skarbowych

Wprowadzenie

W toku czynności zmierzających do rozpoznawania, zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw istotne znaczenie ma pozyskiwanie danych dotyczących majątku osoby podejrzewanej lub podejrzanego, a niejednokrotnie innych osób oraz podmiotów związanych z przedmiotem postępowania. W tym zakresie można wyróżnić dwie płaszczyzny zainteresowania, w zależności od dominującego elementu:

- 1) informacyjna,
- 2) dowodowa.

Pierwsza dotyczy tych czynności, których bezpośrednim wynikiem nie jest uzyskanie dowodu *sensu stricto*, a co najwyżej ustalenie źródła dowodowego. Podstawowym bowiem celem jest uzyskanie informacji pozwalających na realizację dalszych czynności i to nie tylko pozaprosesowych, w tym zwłaszcza operacyjno-rozpoznawczych, ale także procesowych zmierzających do dokonania tymczasowego zajęcia mienia, a następnie wydania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym.

Druga zawiera w sobie realizację dwóch celów. Pierwszy jest związany ściśle z przedmiotem postępowania w tym sensie, że dowody dotyczące środków finansowych i innych składników majątkowych pozwalają na wykazanie wyzerpania znamion danego typu czynu zabronionego lub winy oskarżonego. Drugi natomiast dotyczy celu określonego w art. 297§1 pkt 3 kpk, zobowiązującego organ prowadzący postępowanie przygotowawcze do ustalenia m.in. stosunków majątkowych oskarżonego (podejrzanego) stosownie do dyspozycji art. 213§1 kpk.

Niewłaściwe rozróżnienie tych dwóch płaszczyzn prowadzi niejednokrotnie do przyjęcia istnienia kolizji niektórych przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a to zwłaszcza § 211 Rozporządzenia ministra sprawiedliwości z 24 marca 2010 r. Regulamin urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (z 2014 r. Dz.U. poz. 144) oraz wskazanego wyżej art. 213 § 1 kpk. Jest to oczywiście pozorna kolizja, albowiem cel podejmowanych czynności jest różny. Pierwszy z powołanych przepisów dotyczy pozyskiwania informacji o stanie majątkowym osób podejrzewanych oraz rzeczach i prawach majątkowych podlegających zabezpieczeniu, które są we władaniu innych osób, niż osoba podejrzewana. Czynności w tym zakresie powinny być prowadzone już na początkowym etapie postępowania przygotowawczego w sytuacji, gdy dotyczy ono sprawy o przestępstwa określone w art. 291 kpk. Nie jest więc niezbędne wcześniejsze wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutu osobie, której informacje będą dotyczyć, a walor tych informacji ma charakter niekoniecznie dowodowy, także w ujęciu dowodu swobodnego, czyli wystarczającego do podjęcia decyzji incydentalnej. Istotą bowiem podejmowanych czynności jest charakter tymczasowy ich wyników, zasadniczo nieistotny po zajęciu mienia, albowiem to czynności związane z tym zajęciem lub inne bezpośrednio poprzedzające decyzje o zabezpieczeniu majątkowym będą stanowiły podstawę do rozstrzygnięć incydentalnych, w tym zwłaszcza stwierdzenia, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym. Postanowienie to również nie stwarza trwałej sytuacji prawnej¹ oraz niejednokrotnie wymaga dokonania dalszych czynności i to zazwyczaj o charakterze dowodowym. Stosownie zaś do § 325 rozporządzenia Regulamin urzędowania, „informacja o dokonanym zabezpieczeniu majątkowym powinna być zawarta w uzasadnieniu aktu oskarżenia”.

W zakresie zaś art. 213§1 kpk informacje o stanie majątkowym w formie pozwalającej na uwzględnienie ich w wyrokowaniu, zwłaszcza w zakresie orzekania o karze, mogą być pozyskiwane dopiero po przedstawieniu zarzutów osobie, której będą dotyczyć i mogą dotyczyć tej osoby. W przypadku oskarżenia dane te przytacza się w części wstępnej aktu oskarżenia (art. 332 § 1 pkt 1 kpk).

Obecnie, zwłaszcza w zakresie przestępczości gospodarczej i finansowej *sensu largo*, istotne znaczenie mają informacje dotyczące rachunków i transakcji bankowych, które zaliczane są do grupy informacji szczególnie chronionych, albowiem dostęp do nich jest ograniczony – także w przypadku pro-

¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z 12 maja 2004 r., sygn. akt II KK 389/03, OSNwSK 2004/1/864.

wadzenia czynności związanych z popełnieniem przestępstwa. Ograniczenie to związane jest z pojęciem tajemnicy bankowej. Przyjmuje się, że tajemnica bankowa rozwijała się w Szwajcarii od przełomu XVII i XVIII w., kiedy to szwajcarscy bankierzy pożyczali pieniądze królowi francuskiemu Ludwikowi XIV. Monarcha ten w 1685 r. odwołał edykt nantejski z 1598 r., co spowodowało konieczność ucieczki z Francji m.in. szwajcarskich bankierów, ponieważ jako protestanci zostali uznani za heretyków. Nie spowodowało to jednak ujawnienia informacji o udzielonych pożyczkach. Pierwszym zaś dokumentem dotyczącym bankowości i wspominającym o tajemnicy bankowej jest dokument Wielkiej Rady w Genewie z 1713 r.²

Przed i w czasie I wojny światowej doszło do załamania działalności komercyjnych banków szwajcarskich. Wiele z nich ogłosiło upadłość. W latach od 1906 do 1915 r. było to 85 banków komercyjnych, przy czym najwięcej w latach 1910–1913, bowiem 45 banków, które poniosły łączną stratę w wysokości 112 milionów franków szwajcarskich. Kolejne problemy były związane z krachem na giełdzie w USA w 1929 i Wielkim Kryzysem oraz kryzysem bankowym w Niemczech z 1931 r. i memorandum bankowym, które najbardziej dotknęło Swiss Volksbank (75% zablokowanych pożyczek zagranicznych).

Zasadniczym momentem, w którym rozpoczęto prace związane z podniesieniem rangi tajemnicy bankowej do zasady prawnej i na tej podstawie odbudowy potencjału szwajcarskiego sektora bankowego były jednak wydarzenia, które miały miejsce w Paryżu w 26 października 1932 r. i dotyczyły aresztowania dwóch przedstawicieli Basler Handelsbank. Pomagali oni francuskiemu klientowi w unikaniu podatku od kuponów. W toku podjętych czynności policja uzyskiwała dokumenty dotyczące ponad 100 znanych obywateli francuskich, będących klientami banku. Dokumenty te świadczyły o unikaniu opodatkowania. Wywołało to oczywiście skandal polityczny, ale także spowodowało odpływ kapitału francuskiego z banków szwajcarskich³.

Efektom tych prac było w Szwajcarii uchwalenie prawa bankowego z 8 listopada 1934 r.⁴, którego art. 47 obowiązuje w niezmienionej treści do dziś. Przewiduje on karalność ujawnienia tajemnicy bankowej, przy czym obecnie nie dotyczy prania pieniędzy, gdyż wówczas bank ma obowiązek zgłoszenia podejrzanego transakcji do Federalnego Biura Analiz ds. Prania Pieniędzy. Wy-

² M.N. Javanovic, *The Economics of International Integration*, Cheltenham 2006, s. 395.

³ A. Poddar, S. Aggarwal, P. Razdan, *The Future of Bank Secrecy & Switzerland*, www.talentureadvisory.ch/ufiles/files/UID4AF17FF224562_ITA_PDF1.pdf [dostęp 11.08.2009].

⁴ Ustawa federalna z 8 listopada 1934 r. o bankach i kasach ubezpieczeniowych (Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur la banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) RO 51 121.

jątek od tego obowiązku dotyczy jednak sytuacji, gdy przestępstwem bazowym jest przestępstwo podatkowe⁵.

W II Rzeczypospolitej na mocy rozporządzenia Prezydenta RP (z mocą ustawy) z 17 marca 1928 r. o prawie bankowym (Dz.U. Nr 34 poz. 321 z póź. zm.) czynności bankowe były objęte tajemnicą handlową (art. 57 i art. 59), a jej naruszenie traktowano na równi z zaniechaniem staranności rzetelnego kupca (art. 61).

Po II wojnie światowej tajemnica bankowa obowiązywała zasadniczo tylko w odniesieniu do wkładów oszczędnościowych, a ochrona w tym zakresie informacji była związana z orzecznictwem sądowym niejednokrotnie rozszerzającym jej zakres. Jednym z przykładów, które należy przytoczyć, jest orzeczenie Sądu Najwyższego z 2 grudnia 1955 r., sygn. akt I CR 579/55 (OSNCK 1956/4/104), stosownie do którego „ustawowe zagwarantowanie tajemnicy wkładów oszczędnościowych polega na tym, że PKO nie może udzielić informacji dotyczących tych wkładów, chyba że zażąda tego sąd lub prokurator w związku z toczącą się przeciwko wkładcy sprawą karną. Przez wkład oszczędnościowy rozumieć należy sumę wkładów na wszystkich książeczkach oszczędnościowych wystawionych na tę samą osobę”. Z kolei w uchwale Sądu Najwyższego z 28 lutego 1972 r., sygn. akt III CZP 96/71 (OSNC 1972/12/211) po raz pierwszy użyto terminu tajemnica bankowa. Odnosiła się ona również do wkładów oszczędnościowych, co do których informacja mogła być udzielona sądowi lub prokuratorowi, ale tylko jeżeli przeciwko wkładcy toczyło się postępowanie karne lub karno-skarbowe. Z uchwały tej wynikał również brak możliwości stosowania wykładni rozszerzającej co do możliwości pozyskania takich informacji, a tym samym konieczność regulowania przepisami ustawy wyjątków od ochrony tajemnicy bankowej.

Istniała także tajemnica bankowa w zakresie innych czynności bankowych (art. 40 ustawy o prawie bankowym z 13 kwietnia 1960 r., Dz.U. z 1960 r. Nr 20, poz. 121 i z 1964 r. Nr 8, poz. 50), ale była znacznie ograniczona. Banki oraz spółdzielnie oszczędnościowo-pożyczkowe były obowiązane przestrzegać tajemnicy co do obrotów i stanu rachunków swoich klientów, jednak wszelkich informacji w tym zakresie mogły udzielać nie tylko ich posiadaczom, ale też ich jednostkom zwierzchnim oraz organom uprawnionym do tego na podstawie obowiązujących przepisów. Dopiero nowelizacja ustawy z 31 stycznia 1989 r. Prawo bankowe (tekst pierwotny Dz.U. Nr 140 poz. 939, tekst jedn. z 1992 r. Dz.U. Nr 72 poz. 359 z póź. zm., art. 48), dokonana na podstawie ustawy z 14 lutego 1992 r. (Dz.U. Nr 49 poz. 221)

⁵ A. Żygadło, *Wyłączenie tajemnicy bankowej a prawo do prywatności*, Warszawa 2011, s. 40–41; R.U. Vogler, *Swiss Banking Secrecy: Origins, Significance, Myth*, Zurich 2006, s. 20–28.

zniósła ten podział, przy czym w zakresie informacji objętych tajemnicą odnosiła się nadal do banku oraz tajemnicy obrotów i stanów rachunków bankowych (art. 48 ust. 1).

Obecnie tajemnica bankowa jest zdefiniowana w art. 104 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. z 2012 r. poz. 1376 z późn. zm.). Definicja ta obejmuje znacznie więcej informacji niż poprzednia, ponieważ „bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje”. Nie ulega więc wątpliwości nie tylko objęcie tą tajemnicą danych finansowych i innych z nimi związanych, ale także danych osobowych klienta banku⁶.

Niezachowanie tajemnicy bankowej może być powodem zarówno odpowiedzialności karnej, jak i cywilnej. W zakresie uregulowanym przepisami ustawy Prawo bankowe odpowiedzialność ta dotyczy zarówno banku (art. 105 ust. 5), jak i poszczególnych osób (art. 171 ust. 5). Niemniej należy podkreślić, że także podanie informacji nieprawdziwych organom uprawnionym lub zatajenie prawdziwych danych podlega odpowiedzialności (art. 171 ust. 4).

Oczywiście beneficjent tej tajemnicy, a więc osoba której dotyczą informacje objęte tajemnicą⁷ może udostępnić te informacje innym osobom lub jednostkom organizacyjnym, przy czym warunkiem jest sporządzenie przez beneficjenta pisemnego upoważnienia (art. 104 ust. 3 ustawy Prawo bankowe). Upoważnienie to może dotyczyć również organów prowadzących postępowanie przygotowawcze lub je nadzorujących.

Inną możliwość uzyskania informacji objętych tajemnicą bankową bez stosowania szczególnej procedury jest dokonywanie czynności niedotyczących banków, osób w nim zatrudnionych, czy też osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, czyli innych osób, które te wiadomości posiadają, bądź też u nich lub beneficjentów tajemnicy zostały ujawnione (pozyskanie w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, dobrowolne wydanie, ujawnione w toku przeszukania itp.). Także dotyczy to uzyskania rzeczy porzuconych.

Przyjmuje się również, że banki „są zobowiązane do zachowania tajemnicy na temat swoich klientów w sytuacji, gdy wywiązują się oni systematycznie ze

⁶ M.in. wyrok NSA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt II SA 2935/02 (LEX nr 149895).

⁷ J. Molis, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, t. 1, red. F. Zoll, Kraków 2005, Lex Omega komentarz do art. 104 ustawy Prawo bankowe, pkt 4.

swoich względem banków zobowiązań⁸, które to stanowisko nie jest możliwe w pełni do zaakceptowania, zwłaszcza w zakresie użycia bliżej niedookreślonego sformułowania „systematycznie” oraz braku odniesienia do stosownego zapisu w umowie zawartej z klientem. Pogląd ten aktualnie musi być oceniany m.in. w aspekcie zmian wprowadzonych w życie ustawami z 14 lutego 2003 r. o udostępnianiu informacji gospodarczej (Dz.U. Nr 50 poz. 424 z póź. zm.) i z 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 91 poz. 870). Nadmienić jednak należy, że wskazane uwagi nie dotyczą sytuacji określonych w art. 104 ust. 2 ustawy Prawo bankowe lub publicznej sprzedaży wierzytelności w przypadku, gdy zawarta umowa nie wykluczała dokonania tych czynności.

Nadto w niektórych sytuacjach banki zobowiązane są do podjęcia czynności, a to związanych z przeciwdziałaniem wykorzystywaniu ich działalności dla celów mających związek z przestępstwem z art. 165a lub art. 299 kk (art. 106 ust. 1 i 2 ustawy Prawo bankowe, stosownie do przepisów ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu – tekst jedn. z 2010 r. Dz.U. Nr 46 poz. 276 z póź. zm.) oraz uzasadnionym podejrzeniem wykorzystywania ich działalności w celu ukrycia działań przestępczych lub dla celów mających związek z innym niż wskazane wyżej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym (art. 106 ustawy Prawo bankowe).

Pomijając okoliczności związane z inicjatywami banku lub szczególnymi ich obowiązkami, są one zobowiązane do udzielenia informacji na żądanie uprawnionych organów, czyli obowiązkowi banków odpowiada roszczenie organów procesowych o wydanie stosownych materiałów⁹.

W odniesieniu do informacji objętych tajemnicą bankową najistotniejsze rozróżnienie dotyczy rodzaju czynności, w toku których informacja ma zostać uzyskana, albowiem mogą być one pozyskiwane w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych lub procesowych. Uzyskane zaś w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych informacje mogą nie tylko stanowić podstawę do ustalenia źródeł dowodowych, ale również zostać wykorzystane, jako dowody w toku postępowanie karnego.

Czynności pozaprocesowe

Uzyskiwanie informacji objętych tajemnicą bankową na etapie czynności operacyjno-rozpoznawczych zostało określone w aktach prawnych regulują-

⁸ Pismo Narodowego Banku Polskiego z 1 lipca 1996 r., NB/ZIP/529/96, Glosa 1997/8/22.

⁹ Ł. Gramza, *Wykorzystanie tajemnicy bankowej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 9 s. 86–87.

cych funkcjonowanie służb realizujących takie czynności, do których w części odwołują się stosowne przepisy ustawy Prawo bankowe, a dotyczy to:

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. l, poprzez odniesienie do art. 20 ustawy o Policji (tekst jedn. z 2011 r. Dz.U. Nr 287 poz. 1687 z późn. zm.),

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. p, poprzez odniesienie do art. 23 ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn. z 2012 r. Dz.U. poz. 621 z późn. zm.).

Odwołania takiego natomiast nie ma w zakresie dotyczącym analogicznych uprawnień Straży Granicznej określonych w art. 23 ustawy z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. z 2011 r. Dz.U. Nr 116 poz. 675 z późn. zm.).

W powołanych ustawach możliwość uzyskania w tym trybie informacji została ograniczona do poszczególnych kategorii przestępstw, które zostały określone nieco odmiennie w przypadku Centralnego Biura Antykorupcyjnego (poprzez odwołanie do zadań określonych w art. 2 ust. 1 pkt 1) oraz Policji i Straży Granicznej (te same kategorie przestępstw, które pozwalają na prowadzenie kontroli operacyjnej) oraz wprowadzenie reguły subsydiarności („jeżeli jest to konieczne”). Nie wprowadzono jednak takich ograniczeń w odniesieniu do zakresu informacji, jak mogą być przedmiotem udostępnienia, albowiem ustawodawca używa najbardziej ogólnego pojęcia – „przetwarzanych przez banki informacji stanowiących tajemnicę bankową”.

Wspólną cechą wskazanych regulacji jest konieczność złożenia wniosku we właściwym sądzie okręgowym, przy czym w przypadku Policji i Straży Granicznej będzie to sąd właściwy miejscowo dla siedziby organu kierującego wniosek (Komendant Główny lub wojewódzki Policji, bądź Komendant Główny lub komendant oddziału Straży Granicznej), a w przypadku Centralnego Biura Antykorupcyjnego – zawsze Sąd Okręgowy w Warszawie na wniosek Szefa CBA.

Inaczej też został określony podstawowy termin do powiadomienia podmiotu, którego informacje i dane dotyczą o postanowieniu sądu, albowiem w odniesieniu do Policji terminem tym jest terminem 90-dniowym, zaś w odniesieniu do Straży Granicznej i Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – 120-dniowym. W każdej z tych regulacji obowiązek ten może być zawieszony na dalszy czas oznaczony z możliwością przedłużenia jeżeli mogłoby to zaszkodzić wynikom podjętych czynności operacyjno-rozpoznawczych, przy czym w tym przypadku niezbędne jest uzyskanie zgody Prokuratora Generalnego. Należy także nadmienić, że w odniesieniu do Policji w art. 104 ust. 4 ustawy Prawo bankowe zobowiązano bank, osoby w nim pracujące oraz osoby za pośrednictwem których bank wykonuje swoje czynności do zachowania w tajemnicy informacji dotyczących udzielonych Policji we wskazanym wyżej

trybie informacji objętych tajemnicą bankową oraz o zawiadomieniu o braku podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego kierowanego na podstawie art. 20 ust. 13 ustawy o Policji. Obowiązek ten dotyczy stron umowy, innych osób, których dotyczą informacje oraz osób trzecich, w zakresie w jakim nie upłynie termin do powiadomienia podmiotu, którego dotyczą informacje i dane – w stosunku do tego podmiotu.

Zróżnicowanie wskazanych terminów podstawowych oraz szczególnej ochrony informacji udzielanych policji trudno racjonalnie uzasadnić, z wyjątkiem przyjęcia, że poszczególne przepisy wprowadzono różnymi aktami prawnymi.

Informacje uzyskane w toku wskazanych wyżej czynności podlegają ochronie przewidzianej w przepisach ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182 poz. 1228), dostęp do nich mają funkcjonariusze wykonujący czynności i przełożeni uprawnieni do nadzoru nad sprawą, w której zostały uzyskane oraz mogą zostać przekazane sądom i prokuratorom w celu ścigania karnego.

W tym miejscu należy podnieść, że przepisy nie uniemożliwiają uzyskiwania takich informacji w czasie trwania postępowania przygotowawczego. Uzyskiwanie ich w takiej sytuacji, ale przed przedstawieniem zarzutów dopuszcza D. Szumiło-Kulczycka¹⁰, wskazując na „wyższy standard” działania operacyjnego z uwagi na konieczność uzyskania stosownej zgody, w formie postanowienia sądu okręgowego oraz zastosowanie klauzuli subsydiarności. Niemniej stanowisko to pomija przepisy art. 106b i 106c ustawy Prawo bankowe, które pozwalają prokuratorowi na uzyskanie informacji objętych tajemnicą bankową także w sytuacji, gdy nie są to osoby, którym przedstawiono zarzuty popełniania przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. Tym samym właściwsze byłoby przyjęcie poglądu, że uzyskanie informacji objętych tajemnicą bankową w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego, na podstawie przepisów dotyczących realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych mogłoby stanowić obejście przepisów Prawa bankowego wprost odnoszących się do uzyskiwania takich informacji w toku postępowania przygotowawczego. Innym przypadkiem jest z kolei sytuacja, gdy takie informacje uzyskiwane są w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a prowadzący te czynności funkcjonariuszy danej służby nie posiadają informacji, że przez inny organ wszczęte zostało już postępowanie przygotowawcze o ten sam czyn lub czynny. Wówczas należy się zgodzić, że materiały uzyskane w ich wyniku mogą zostać wykorzystane do orzekania w winie i karze.

¹⁰ D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 287–288.

Czynności procesowe

W toku postępowania przygotowawczego zasadniczo prokurator jest uprawniony do żądania informacji objętych tajemnicą bankową od banków, osób w nich zatrudnionych lub osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, przy czym nie można przyjąć, że jest to jedyna możliwość, gdyż także inne organy w toku postępowań przygotowawczych, do których prowadzenia są uprawnione, informacje takie mogą uzyskać i to bez zgody, a nawet wiedzy prokuratora.

Możliwości takie zostały przewidziane zwłaszcza dla organów kontroli skarbowej (art. 33 ustawy z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej – tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 41 poz. 214 z późn. zm.) oraz służby celnej (art. 75 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, Dz.U. Nr 168 poz. 1323 z późn. zm.).

Uprawnienia te dotyczą prowadzenia postępowań przygotowawczych lub postępowań w sprawach o wykroczenia, stąd mają charakter procesowy, nie zaś operacyjno-rozpoznawczy. Ich realizacja nie wymaga uzyskania postanowienia sądu. W obu przypadkach zostały też określone informacje, jakie mogą być żądane. Niemniej w obu regulacjach stwierdzić należy istotne różnice. Uprawnienia organów kontroli skarbowej związane są bowiem nie tylko z prowadzeniem postępowania przygotowawczego o przestępstwo skarbowe, ale także inne przestępstwo, a nadto o wykroczenie skarbowe lub inne wykroczenie. W toku postępowania przygotowawczego żądanie informacji może dotyczyć podejrzanego, a zaznaczyć należy, że organy uprawnione do wystąpienia z żądania udzielenia informacji, a to Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej oraz dyrektor urzędu kontroli skarbowej nie są uprawnieni do prowadzenia postępowań przygotowawczych. Stosownie bowiem do art. 38 ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej postępowania przygotowawcze w sprawach z zakresu kontroli skarbowej w trybie i na zasadach określonych w kodeksie postępowania karnego, kodeksu w sprawach o wykroczenia i kodeksu karno skarbowego prowadzą inspektorzy. Inna sytuacja ma miejsce w przypadku służby celnej, gdyż uprawnienia te dotyczą tylko postępowania prowadzonego przeciwko osobie, która jest stroną umowy zawartej z bankiem, przy czym postępowanie to musi dotyczyć przestępstwa skarbowego. W powołanej wyżej ustawie o kontroli skarbowej wskazano też inne sytuacje, w których możliwe jest żądanie ujawnienia informacji objętych tajemnicą bankową, a dotyczy to art. 7d ust. 1 i 33a, których wskazanie jest niezbędne, ponieważ kontrole skarbowe nie tylko poprzedzają, ale niejednokrotnie towarzyszą czynnościom procesowym realizowanym w toku postępowania przygotowawczego.

Inną drogą uzyskiwania danych i informacji objętych tajemnicą bankową, czyli nie poprzez prokuratora, będą czynności związane z wydaniem postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym oraz powierzeniem jego realizacji komornikowi sądowemu, któremu przysługuje prawo do żądania informacji objętych tajemnicą bankową na podstawie art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. 1 ustawy Prawo bankowe w zakresie, w jakim będzie to niezbędne dla prawidłowego prowadzenia także i tego postępowania.

Oczywiście wyżej wskazane uprawnienia uzupełniają zasadnicze, a to dotyczące gospodarza postępowania przygotowawczego, którym jest prokurator. Uprawnienia te są różne w zależności od podmiotu, którego dotyczą, etapu postępowania oraz podmiotu w dyspozycji, którego pozostają żądane informacje, czyli banku lub podmiotu, któremu bank te informacje ujawnił.

Stosownie do przepisów prawa bankowego, należy rozróżnić następujące podstawy uzyskiwania przez prokuratora w postępowaniu karnym danych i informacji objętych tajemnicą bankową z banków, od osób zatrudnionych w bankach lub osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe:

a) w odniesieniu do osób prawnych i jednostek organizacyjnych

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b – o ile przestępstwo lub przestępstwo skarbowe zostało popełnione w związku z działaniem osoby prawnej lub jednostki, ale tylko w zakresie informacji dotyczących tej osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej,

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit c – w sytuacji realizacji międzynarodowej pomocy prawnej,

– art. 106b ust. 1 w przypadkach innych niż wyżej wskazane, wnioskując do miejscowo właściwego sądu okręgowego i uzyskując stosowne postanowienie,

– art. 106c – w przypadkach określonych w art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) jeżeli informacje żądane są od podmiotów, którym bank ujawnił informacje stanowiące tajemnicę bankową, na podstawie postanowienia właściwego sądu okręgowego;

b) w odniesieniu do osób fizycznych

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b – o ile w toku postępowania osoba będąca stroną umowy jest podejrzanym, ale tylko w zakresie informacji dotyczących tej osoby fizycznej,

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit c. – w sytuacji realizacji międzynarodowej pomocy prawnej,

– art. 105 ust. 1 pkt 2 lit s – w zakresie określonym art. 78 ust. 4 ustawy z 20 czerwca 1997r. Prawo o ruchu drogowym,

– art. 106a ust. 2 – na podstawie art. 307 kpk w zakresie, w jakim bank złożył zawiadomienie na podstawie art. 106a ust. 1,

– art. 106a ust. 5 i 6 – w przypadku dokonania przez bank blokady stosowanie do art. 106a ust. 4,

– art. 106b – w przypadkach innych niż wyżej wskazane wnioskuje do miejscowo właściwego sądu okręgowego i uzyskuje stosowne postanowienie,

– art. 106c – w przypadkach określonych w art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) informacje od podmiotów, którym bank ujawnił informacje stanowiące tajemnicę bankową wnioskuje do miejscowo właściwego sądu okręgowego i uzyskuje stosowne postanowienie.

W postępowaniu przygotowawczym możliwe jest więc żądanie przez prokuratora udzielenia informacji objętych tajemnicą bankową w stosunku do:

a) podejrzanego lub podmiotu niebędącego osobą fizyczną (osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej) – żądanie prokuratora w ramach przysługujących mu kompetencji:

– podejrzanym w rozumieniu art. 71§1 kpk (niezbędne wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów stosownie do art. 313§1 kpk, bądź poinformowaniu o treści zarzutu w trybie art. 308§1 kpk lub art. 325g§1 i 2 kpk, z uwzględnieniem w zakresie przestępstw skarbowych art. 113§1 kpk – przy czym nie jest istotna kwalifikacja prawna przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, bądź jego znamiona),

– podmiot niebędący osobą fizyczną, objęty zakresem art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo bankowe (niezbędne jest wszczęcie śledztwa lub dochodzenia stosownie do art. 303 kpk lub art. 325e kpk, bądź podjęcie czynności w trybie art. 308§1 kpk, z uwzględnieniem w zakresie przestępstw skarbowych art. 113§1 kpk oraz stwierdzenie, że przestępstwo zostało popełnione w związku z działaniem osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej odpowiedzialności karnej, której dotyczy informacja i tylko w zakresie dotyczącym tej osoby lub jednostki);

b) osoby fizycznej niebędącej podejrzanym, podejrzanego albo osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej (podmiot niebędący osobą fizyczną) w zakresie nie objętym art. 10 ust. 1 pkt 2 lit. b – w uzupełnieniu inicjatywy banku polegającej na złożeniu zawiadomienia o przestępstwie, na mocy postanowienia sądu, na żądanie państwa obcego oraz w ramach swoich kompetencji:

– żądanie uzupełnienia zawiadomienia banku o przestępstwie (także przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, a to trybie art. 307§1 kpk),

– postanowienie sądu wydane na wniosek prokuratora (w odniesieniu do każdej osoby fizycznej i podmiotu niebędącego osobą fizyczną, a także w od-

niesieniu do podejrzanego, jeżeli żądanie jest kierowane nie do banku, ale podmiotu, którym bank ujawnił informacje stanowiące tajemnicę bankową),

– realizacja wniosku o udzielenie pomocy prawnej uprawnionego organu państwa obcego (pomoc prawna międzynarodowa – z zastrzeżeniem, że pochodzi z państwa, które na mocy ratyfikowanej umowy międzynarodowej wiążącej RP ma prawo do żądania takich informacji),

– żądanie tylko w zakresie wskazania danych osobowych użytkownika pojazdu (stosownie do art. 78 ust. 4 ustawy z 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym), przysługujące także policji i innym organom uprawnionym do prowadzenia postępowania przygotowawczego o przestępstwa lub czynności wyjaśniających w sprawach o wykroczenia, które nie zostały wymienione enumeratywnie w ustawie Prawo bankowe (określone w innych ustawach i przepisach wykonawczych).

Niestety, nawet przepisy precyzyjne są niekiedy w sposób nieuprawniony interpretowane. Przykładem takiej nadinterpretacji jest ta część pisma Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego z 12 kwietnia 1999 r. (NB/BPN/I/102/99) opracowanego w porozumieniu z Departamentem Prawnym Nadzoru Bankowego, która odnosi się do udzielenia informacji prokuratorowi w stosunku do osoby przeciwko, której toczy się postępowanie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. W piśmie tym bowiem stwierdzono, że prokurator powinien nie tylko stwierdzić, iż przeciwko tej osobie toczy się wskazane postępowanie, ale dodatkowo „przytoczyć treść przedstawionego zarzutu oraz przyjętą kwalifikację prawną zarzuconego mu czynu”, co jest konieczne „dlatego, aby można było ustalić, czy zachodzi związek pomiędzy czynem zarzuconym podejrzanemu a posiadaniem przez niego rachunku bankowego lub dokonaniem innych czynności bankowych, których ma dotyczyć informacja żądana przez prokuratora” w sytuacji, gdy nie tylko wprowadza to faktyczny i pozbawiony podstaw prawnych nadzór banku nad czynnościami prokuratora, ale także zobowiązuje do ujawnienia tajemnicy śledztwa ponad wymagania stawiane ustawą¹¹. Nie ulega bowiem wątpliwości, że tylko w odniesieniu do podmiotów niebędących osobami fizycznymi zawarty został warunek związku pomiędzy przedmiotem sprawy o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe i działalnością tego podmiotu. W odniesieniu zaś do osoby fizycznej, której dotyczy żądanie prokurator ma tylko bezsprzecznie wykazać, że sprawa toczy się przeciwko tej osobie, która jest podejrzana o popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego¹². Odmowa udostępnienia takiej

¹¹ E. Rutkowska-Tomaszewska, *Odpowiedzialność za naruszenie tajemnicy bankowej*, [w:] *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, LEX 2013.

¹² Postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 lipca 2004 r., sygn. akt II AKz 543/04 (KZS 2005/6/102); z 3 listopada 2006 r., sygn. akt II AKz 721/06 (KZS 2007/1/110); Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 22 października 2008 r., sygn. akt II AKz 508/08 (LEX nr 477843).

informacji z powodów wyżej wskazanych i bez wniesienia stosownego zażalenia z żądaniem wstrzymania wykonalności żądania może się spotkać z niezwłoczną reakcją prokuratora, co najmniej poprzez rozważanie zastosowanie odpowiedniej kary porządkowej (art. 287§1 kpk).

Inną konsekwencją może być deliktowa odpowiedzialność odszkodowawcza i to nie tylko w przypadku braku udzielenia informacji, ale także w przypadku istotnego opóźnienia w udzieleniu informacji i tym samym umożliwienia usunięcia mienia podlegającego zabezpieczeniu. Oczywiście reakcja prokuratora i zasadność ewentualnych roszczeń odszkodowawczych będzie zależała od okoliczności konkretnej sprawy.

Inną sytuacją będzie zwrócenie się przez bank o udostępnienie do wglądu akt w zakresie, w jakim niezbędne będzie ustalenie, czy dana osoba jest faktycznie podejrzanym, niemniej rozstrzygnięcie tego wniosku następuje w trybie art. 156§5 zd. 2 kpk, a tym samym wykazanie przez bank wyjątkowego wypadku, którym może być w tym przypadku tylko istotna wątpliwość co do przesłanki warunkującej żądanie prokuratora. Należy przyjąć, że niekiedy wyrażane obawy co do zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej banku na podstawie art. 105 ust. 5 ustawy Prawo bankowe nie powinny dotyczyć sytuacji, gdy zostanie wyczerpana możliwość zaskarżenia żądania prokuratora do prokuratora bezpośrednio przełożonego na podstawie art. 302§3 kpk¹³ oraz złożony wniosek o udostępnienie akt do wglądu. W takiej sytuacji odpowiedzialność będzie bowiem spoczywała na Skarbie Państwa.

Należy też zwrócić uwagę na fakt, że przyjęcie poglądu Generalnego Inspektora Nadzoru Bankowego eliminowałoby w znacznej mierze możliwość dokonywania czynności zmierzających do zabezpieczenia majątkowego na środkach zgromadzonych w bankach, który to cel miał niewątpliwie istotne znaczenie dla ustawodawcy w rezygnacji z dalszych przesłanek niezbędnych do spełnienia, w celu udostępnienia prokuratorowi informacji objętych tajemnicą bankową oprócz wskazania, że żądanie informacji dotyczy podejrzanego, który to warunek jest również niezbędny do spełnienia w przypadku stosowania zabezpieczenia majątkowego.

W przypadku żądania udostępnienia danych i informacji objętych tajemnicą bankową na podstawie postanowienia właściwego sądu okręgowego nie załącza się odpisu tego postanowienia, a stosowanie do art. 106b ust. 5 i 106c ustawy Prawo bankowe informuje podmiot zobowiązany do udzielenia informacji o osobie lub jednostce, której mają dotyczyć oraz ich rodzaju i zakresie.

Ograniczeniem dla prokuratora w uzyskiwaniu informacji jest natomiast konieczność prowadzenia postępowania, a tym samym niemożność żądania

¹³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 2 września 2009 r., sygn. II Akz 590/09, KZS 2009/9/104.

udzielenie informacji w sytuacji umorzenia postępowania przygotowawczego pomimo, że przykładowo realizuje czynności na podstawie art. 327§3 kpk. Nie oznacza to jednak, że poza postępowaniem przygotowawczym nie jest możliwe skuteczne kierowania żądania, a przykładem może być realizacja czynności w toku postępowania sądowego, stosownie do art. 397 kpk¹⁴.

Sposób uzyskiwania informacji z banków oraz od ich pracowników lub osób, za których pośrednictwem banki wykonują czynności bankowe

Ustawa Prawo bankowe nie określa sposobu pozyskiwania przez prokuratora informacji z banku oraz od osób w nim zatrudnionych lub osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, z wyjątkiem wskazanego wyżej pisemnego poinformowania o postanowieniu sądu. Niezbędne jest więc odwołanie się do przepisów procedury karnej. W zależności od podmiotu, od którego żądane będą informacje (osoba lub bank) pierwszy podział można odnieść do klasycznego podziału źródeł dowodowych, a to uzyskiwania informacji od osób (źródła osobowe), bądź na podstawie stosownych dokumentów, czy to w formie elektronicznej, czy też tradycyjnej (źródło rzeczowe). Tym samym właściwymi środkami dowodowymi będzie przesłuchanie w charakterze świadka osoby zatrudnionej w banku lub realizującej czynności bankowe, przy ewentualnej możliwości zapewnienia korzystania z dokumentów lub systemu informatycznego, bądź też zażądanie udzielenia stosownej informacji. W toku przesłuchania nie jest konieczne zwolnienie z zachowania tajemnicy zawodowej¹⁵. Z kolei druga z form, która częściej jest stosowana, nie wymaga postanowienia, o ile nie jest związana z koniecznością wydania dowodów rzeczowych lub przeszukaniem, co wprost wynika z ustawy Prawo bankowe, albowiem w sytuacjach, gdy taka forma czynności jest niezbędna została ona wprost w tym akcie prawnym wskazana. Niezbędne jest jednak w żądaniu wskazanie możliwości wniesienia zażalenia na podstawie art. 302§2 kpk, a to chociażby w aspekcie art. 16§2 kpk. Należy także nadmienić, że w przepisach kodeksu postępowania karnego jest przewidziane żądanie wydania dokumentów i innych nośników informacji zawierających tajemnicę bankową, w tym sensie, iż niezależnie od trybu umożliwiającego uzyskanie informacji objętych tajemnicą bankową, żądanie wydania rzeczy następuje w oparciu o te przepisy. Tym samym błędne jest występowanie

¹⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 1 kwietnia 2009 r., sygn. akt II AKz 220/09, LEX nr 512046.

¹⁵ Ł. Gramza, *Wykorzystanie...*, s. 87.

przez prokuratora o uwzględnienie w postanowieniu sądu wydania rzeczy, przy czym uzyskanie dokumentów i innych nośników informacji stanowiących tajemnicę bankową może nastąpić tylko w przypadku, gdy zostały spełnione przesłanki do uzyskania takiej informacji¹⁶. Nie oznacza to oczywiście, że za każdym razem niezbędne jest wydanie przez prokuratora postanowienia, albowiem w większości przypadków właściwości nośnika nie będą miały znaczenia dowodowego dla toczącego się postępowania. Inna sytuacja będzie miała natomiast miejsce w przypadku konieczności badania dokumentów lub innych rzeczy związanych z informacją, która ma być udostępniona¹⁷.

Żądanie może być więc przekazane w każdy ze sposobów określonych w kodeksie postępowania karnego. Tym samym może to nastąpić bądź poprzez skierowanie pisma przesyłką pocztową, bądź też za pośrednictwem telefaksu lub drogą elektroniczną. W pierwszym przypadku dowodem doręczenia jest zwrotne pokwitowanie odbioru (art. 130 kpk), a w drugim potwierdzenie transmisji danych (art. 132§3 kpk).

W przypadku braku stosownego porozumienia pozwalającego na identyfikację nadawcy żądania przekazanego drogą elektroniczną posłużenie się podpisem elektronicznym nie powinno pozostawiać wątpliwości co do organu żądającego (art. 5–8 ustawy z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym, tekst jedn. z 2013 r. Dz.U. poz. 262). Niemniej brak takiego porozumienia i koszty podpisów elektronicznych mogą powodować istotne problemy organizacyjne związane z realizacją tą drogą wymiany informacji. Z kolei zawarcie stosownego porozumienia, czy też stworzenie odpowiedniego systemu wymiany informacji, pozwoliłoby nie tylko na ograniczenie roli prokuratora elektronicznie przesyłającego żądanie sformułowane przez innego prokuratora, a to bezpośrednio nadzorującego lub prowadzącego postępowanie przygotowawcze, ale nawet wyeliminowanie takiego pośrednictwa i przesyłanie żądania prokuratora przez upoważnionego pracownika sekretariatu, podobnie, jak ma to miejsce w przypadku ekspedycji przesyłki tradycyjnej.

Ponadto w przypadkach niecierpiących zwłoki pracownik banku lub osoba za pośrednictwem, której bank dokonuje czynności bankowych może być wezwana telefonicznie (art. 137 kpk), bądź przesłuchana niezwłocznie w miejscu pobytu, ze względów celowościowych – najkorzystniej w miejscu pracy, gdzie ma dostęp do żądanych informacji.

Nie jest także określony czas reakcji na skierowane żądanie, ale będzie on związany z rodzajem czynności, jakie zostaną podjęte przez prokuratora

¹⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 marca 2009 r., sygn. akt II AKz 106/09, KZS 2009/5/48.

¹⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 2 lutego 2005r., sygn. akt II AKz 16/05, KZS 2005/7-8/153.

w toku postępowania. Niezależnie jednak od tej decyzji, realizacja żądania powinna nastąpić niezwłocznie, szczególnie w sytuacji, gdy uzyskanie tej informacji jest niezbędne do wydania postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy wskutek zwłoki pracowników banku w udzieleniu informacji mienie podlegające zabezpieczeniu, m.in. w celu zadośćuczynienia zostanie usunięte. Prokurator w takiej sytuacji powinien zobligować bank do udzielenia odpowiedzi w określonym terminie szczególnie, że obecnie wyszukanie wielu informacji w systemach informatycznych banków i ich utrwalenie na nośniku zewnętrznym nie jest czasochłonne.

Wymiana informacji za pośrednictwem systemów elektronicznych. System OGNIVO Krajowej Izby Rozliczeniowej SA

Obecnie zasadą jest zwracanie do banków o udzielenie informacji za pośrednictwem podmiotów świadczących tradycyjne, listowne usługi pocztowe. Wymiana tą drogą informacji trwa od kilku do kilkunastu tygodni, co trudno uznać za odpowiadające jakimkolwiek, nawet najbardziej minimalnym standardom, szczególnie w aktualnej rzeczywistości, w której przelewy realizowane są z niewielkim poślizgiem czasowym, albowiem oprócz typowych sesji przelewowych (co kilka godzin w dni robocze), możliwe jest dokonywanie m.in. przelewów expressowych, natychmiastowych czy też w systemie SORBNET. Wymiana informacji za pośrednictwem tradycyjnych usług pocztowych jest również stosunkowo droga dla Skarbu Państwa szczególnie w sytuacjach, gdy zapytanie musi być skierowane do wszystkich banków na terenie kraju. Nie jest to również sposób bardziej bezpieczny niż inne sposoby wymiany informacji, a wręcz przeciwnie – przesyłka pocztowa nie jest w sposób szczególny zabezpieczona przed jej nieuprawnionym otwarciem, a nadto zazwyczaj przekazywana jest za pośrednictwem nie tylko kilku pracowników nadawcy i odbiorcy, ale także usługodawcy.

Innym sposobem jest udawanie się funkcjonariuszy służb policyjnych i specjalnych do właściwych banków ze stosownymi pismami, przy czym dotyczy to sytuacji, w których istnieją podstawy do przyjęcia, że w zakres zainteresowania wchodzi jeden lub kilka banków.

Poszukiwanie nowych rozwiązań jest konieczne m.in. w realizacji jednej z uniwersalnych, chociaż w polskim prawie nie wprost wyrażonej zasady nieopłacalności przestępstwa, konieczności uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego (art. 2§1 pkt 3 kpk) oraz ze względu na zobowiązania kraju wynikające chociażby z Decyzji Ramowych Rady Unii

Europejskiej: 2001/500/WSiSW z 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa; 2003/577/WSiSW z 22 lipca 2003 r. w sprawie wykonywania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych; 2005/212/WSiSW z 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa; 2006/783/WSiSW z 6 października 2006 r. w sprawie stosowania zasady wzajemnego uznawania do nakazów konfiskaty; 2006/960/WSiSW z 18 grudnia 2006 r. w sprawie uproszczenia wymiany informacji i danych wywiadowczych między organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej oraz 2007/845/WSiSW z 6 grudnia 2007 r. dotycząca współpracy pomiędzy biurami ds. odzyskiwania mienia w państwach członkowskich w dziedzinie wykrywania i identyfikacji korzyści pochodzących z przestępstwa lub innego mienia związanego z przestępstwem.

Rozwiązaniem, które miałyby przyspieszyć uzyskiwanie danych ma być centralny rejestr rachunków bankowych, do którego odwołano się m.in. w Informacji Prokuratora Generalnego o działaniach powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w zakresie zwalczania przestępczości gospodarczej w latach 2007–2012 (listopad 2012; dostępna przez stronę www.pg.gov.pl/index.php?0,821,4,578). Nie wnikając jednak w problematykę związaną ze zmianami prawa dotyczącymi utworzenia takiego rejestru oraz źródeł jego finansowania, aktualizowania danych itp. wskazać należy, że korzystanie z jego zasobów w aktualnym stanie prawnym dotyczącym tajemnicy bankowej wiązałoby się z koniecznością uzyskiwania za każdym razem postanowienia właściwego sądu okręgowego, albowiem dane objęte tajemnicą bankową byłyby przekazywane innemu podmiotowi (zarządzającemu rejestrem), który dopiero dane te i informacje udostępniałby prokuratorom¹⁸.

Na bazie jednej z analizowanych spraw w Dziale ds. Informatyzacji i Analiz Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie rozpoczęto poszukiwania innego, dostępnego niezwłocznie rozwiązania. Z istniejących systemów wymiany informacji drogą elektroniczną zainteresowanie wzbudził tylko jeden system – OGNIVO Krajowej Izby Rozliczeniowej SA. Efektem podjętej współpracy z KIR SA jest możliwość realizacji przedsięwzięcia w dość nietypowym obszarze dla działalności prokuratorów, a to partnerstwa publiczno-prywatnego.

Systemu ten nie dysponuje informacjami banków, a tylko zapewniającego możliwość wymiany informacji pomiędzy prokuratorami i bankami, dlatego też nie jest konieczne uzyskiwanie postanowień właściwego sądu okręgowego

¹⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 5 grudnia 2007 r., sygn. II AKz 653/07, KZS 2008/5/100.

go. Zbędna jest więc zmiana przepisów ustawy Prawo bankowe. Nadto jego wykorzystanie może doprowadzić do istotnego zmniejszenia kosztów (choćby tylko w kosztach przesyłek pocztowych, tak ze strony jednostek organizacyjnych prokuratury, jak i banków), a w perspektywie także ograniczenie obsługi w zakresie kierowani pytań i udzielania odpowiedzi; istotnie skrócić czas oczekiwania na udzielenie informacji; podnieść poziom kierowanych zapytań, poprzez ich standaryzację oraz weryfikację na wydzielonych stanowiskach prokuratur okręgowych i apelacyjnych, jak również bezpieczeństwa przekazywanych informacji poprzez ich kierowanie nie za pośrednictwem przesyłek pocztowych, a nowoczesnego systemu informatycznego, który codziennie zabezpiecza dane wrażliwe z kont bankowych i dokonywanych transakcji oraz zapewnić uzyskanie możliwie najaktualniejszej informacji.

Uprawnienia dotychczasowe banków dotyczące uzupełnienia informacji związanych z zapytaniem, a zwłaszcza możliwości złożenia zażalenia nie zostaną w jakikolwiek sposób ograniczone. Z kolei pracownicy banku zawsze będą dysponowali danymi kontaktowymi prokuratora w prokuraturze apelacyjnej lub okręgowej, który będzie odpowiedzialny za wykorzystywanie systemu – z prawem niezwłocznego cofnięcia lub zawieszenia uprawnień w przypadku naruszenia przepisów prawa na danym stanowisku dostępowym.

Należy nadmienić, że w sytuacji mniej jednoznacznej co do możliwości wykorzystania systemu OGNIVO do przekazywania informacji objętych tajemnicą bankową Ministerstwo Finansów zajęło stanowisko wspierające inicjatywę przekazywania urzędом skarbowym informacji o rachunkach bankowych za pośrednictwem tego systemu¹⁹.

Podsumowanie

W toku czynności podejmowanych w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe najistotniejsze jest wykorzystywanie wszelkich dostępnych informacji, które niejednokrotnie pozwalają nie tylko na ustalenie danych dotyczących numerów rachunków bankowych, ale nawet ustalenia ich szczegółów bez konieczności wykorzystania możliwości przewidzianych w ustawie Prawo bankowe oraz przepisach określających kompetencje służb policyjnych i specjalnych w zakresie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz innych organów uprawnionych do prowadzenia kontroli i postępowań przygotowawczych. Dotyczy to nie tylko możliwości wskazanych w przepisach regulujących prowadzenie kontroli skarbowej, których brak umożliwia

¹⁹ Pismo Departamentu Administracji Podatkowej Ministerstwa Finansów z 14 czerwca 2012 r., AP13/033/568/SLU/2012/3449.

kierowanie żądania w tym zakresie (m.in. zgoda beneficjenta tajemnicy na udzielenie informacji lub sporządzenie przez niego upoważnienia), ale także uwzględnienia konieczności pozyskiwania rzeczy porzuconych oraz właściwego przeprowadzania przeszukań z niezwłoczną analizą zabezpieczonych rzeczy, w tym zwłaszcza wszelkich nośników informacji. Oczywiście nie zawsze czynności te zakończą się pozytywnym rezultatem, co powoduje konieczność dokonania dalszych czynności stosownie do przepisów dotyczących przekazania danych i informacji stanowiących tajemnicę bankową.

Obecne uprawnienia należy uznać za dość szerokie, zwłaszcza w zakresie w jakim nie odnoszą się do prokuratora, a dotyczą zarówno czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak i procesowych. Wątpliwości zaś dotyczą zwłaszcza różnych uregulowań, niewynikających wszakże z celu istotnego ich różnicowania, ale uchwalania w ramach odrębnych procesów legislacyjnych. Podstawową zaś ich wadą jest możliwość uzyskiwania tych samych danych równocześnie przez kilka organów, nie tylko bez zgody, ale nawet wiedzy prokuratora, który ponosi odpowiedzialność za wyniki postępowań przygotowawczych, zwłaszcza w odniesieniu do najpoważniejszych przestępstw. Odnosi się to również do czynności operacyjno-rozpoznawczych, które mogą być zaliczane w poczet materiału dowodowego postępowania karnego. Kontrola Prokuratora Generalnego przewidziana jest bowiem nie co do zasadności pozyskiwania takich danych i informacji oraz ich zakresu, ale tylko ewentualnego przedłużenia ustawowego terminu powiadomienia o dokonanych czynnościach.

Nadto aktualny sposób pozyskiwania informacji objętych tajemnicą bankową nie zapewnia właściwej koncentracji czynności zmierzających zwłaszcza do odzyskania mienia stanowiącego przedmiot przestępstwa, albowiem wymiana informacji za pośrednictwem przesyłek pocztowych jest z natury długotrwała, a nadto mniej bezpieczna od aktualnych możliwości systemów informatycznych oraz teleinformatycznych.

Rozwiązaniem tego problemu powinno być utworzenie centralnego rejestru rachunków bankowych ze zmianami w prawie umożliwiającymi prokuratorowi dostęp do informacji zawartych w tej bazie na takich samych zasadach, jakie aktualnie obowiązują, gdy informacji tych żąda bezpośrednio od banku, bądź zapewnienie wymiany informacji online w ramach istniejącego i bezpiecznego systemu dedykowanego przetwarzaniu informacji stanowiących tajemnicą bankową, jakim jest system OGNIVO Krajowej Izby Rozliczeniowej SA.

Abstract**Obtaining information covered by bank secrecy in issues connected with common and fiscal offences**

Obtaining data concerning the property of the suspected person or suspected course of actions aiming at recognising, preventing, detecting and prosecuting offences is of essential significance. With reference to information covered by bank secrecy of vital importance are the kind of actions in the course of which information is to be obtained, they may be obtained in the course of operation and examination actions or procedural actions. Postulated solution to this problem should involve the creation of a central register of bank accounts with changes in law enabling the prosecutor access to information included in this base on the same terms, which are currently binding, when this information is required directly from the bank or the provision of online information exchange within the frames of the existing and secure system dedicated to processing information constituting bank secrecy, such as the OGNIVO system of the National Clearing House (KIR S.A.).

Key words: bank secrecy, fiscal offences, actions in connection with legal proceedings

Cezary Wiśniewski
magister, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

Karta bankowa w ujęciu art. 278 Kodeksu karnego

Kodeks karny z 1997 r. wprowadził w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko mieniu nowy rodzaj przestępstwa – kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Przepis ten został wprowadzony, gdy system kart wydawanych przez banki w Polsce dopiero się rozwijał. Liczba kart w tym okresie uległa zwielokrotnieniu: z 3,875,632 kart wyemitowanych w 1998 r., do 33,291,111 kart pod koniec 2012 r.¹ Jak w tym czasie wyglądało stosowanie przepisów artykułu 278 Kodeksu karnego w sprawach dotyczących kradzieży kart bankowych? Celem niniejszej pracy jest między innymi odpowiedzenie na kilka pytań: jak należy interpretować przepisy prawa dotyczące przestępstwa kradzieży kart bankowych; jak wygląda stosowanie przepisów prawa karnego dotyczących tych w postępowaniu przygotowawczym i w postępowaniu sądowym; czy regulacje prawne obecnie obowiązujące dotyczące przestępstw kradzieży kart bankowych w pełni spełniają swą funkcję w obecnym czasie; jeżeli przepisy obecnie regulujące tę materię są nieadekwatne, to jakie są możliwe inne regulacje?

W polskim systemie prawnym artykuł 278 Kodeksu karnego jest jedynym miejscem, gdzie występuje pojęcie karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Przedmiotem ochrony artykułu 278 § 1 Kodeksu karnego jest „własność, posiadanie oraz inne prawa rzeczowe i obligacyjne do rzeczy ruchomej, a więc przedmiotu materialnego, wyodrębnionego i mogącego samodzielnie występować w obrocie oraz przedstawiającego wartość majątkową”². Pojęcie „rzeczy ruchomej” zawarte w przepisie artykułu 278 § 1 Kodeksu karnego, jak również w wielu innych przepisach tego aktu, traktując przez pryzmat prawa cywilnego i jego ujęcia „rzeczy”, w pewnym stopniu mogłoby ograniczyć liczbę dóbr będących pod osłoną regulacji karnych.

¹ *Liczba wyemitowanych kart płatniczych na przestrzeni kolejnych kwartałów od 1998 r.*, www.nbp.pl/systemplatniczy/karty/karty_emisja.xls [dostęp 10.04.2013].

² M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Warszawa 1998, s. 33.

Przykładem takiego dobra jest pieniądz. Pieniądz postrzegany jako miernik wartości ma charakter niematerialny, a traktowany jako materialny znak pieniężny (w postaci banknotów i bilony) jest rzeczą *sui generis*³. Kodeks cywilny⁴ definiując w artykule 45 „rzecz”, określa tym mianem „tylko przedmioty materialne”. Ustawodawca podjął zatem decyzję o rozszerzeniu zakresu ochrony poprzez wprowadzenie w artykule 115 § 9 Kodeksu karnego definicji „rzeczy ruchomej”. „Rzecz” w rozumieniu polskiego prawa karnego to także „polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”. Z uwagi na fakt, że karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego – zdaniem ustawodawcy – nie mieści się w myśl artykułu 115 § 9 Kodeksu karnego w pojęciu „cudza rzecz ruchoma”, jak również dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej, konieczne stało się wyodrębnienie w artykule 278 § 5 Kodeksu karnego regulacji dotyczącej jej kradzieży⁵.

W odmienny sposób do tej regulacji podszedł Sąd Najwyższy w uchwale I KZP 33/03 z 21 października 2003 r.⁶ Zdaniem Sądu, karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego jako przedmiot materialny w pełni odpowiada pojęciu „rzeczy” zawartemu w artykule 45 Kodeksu cywilnego. Ponadto karta, która między innymi uprawnia do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego jest też dokumentem, z którym związane są określone prawa majątkowe i uprawniającym do otrzymania sumy pieniężnej. W uwadze Sądu karta taka mieści się więc zarówno w szerszym zbiorze dokumentów określonych w artykule 115 § 14 Kodeksu karnego, jak i pojęciu dokumentu szczególnego, zawartego w przepisie art. 115 § 9 Kodeksu karnego. Wyodrębnienie regulacji dotyczącej kradzieży karty uprawniającej do podejmowania pieniędzy z automatu bankowego służyło wyłącznie do objęcia szczególną ochroną kart tego typu, uniemożliwiając zakwalifikowanie takiego czynu jako wykroczenia.

W Ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe⁷ oraz Ustawie z 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych⁸, występuje tożsame pojęcie karty płatniczej, jako karty uprawniającej do wypłaty gotówki lub umożliwiająca złożenie zlecenia płatniczego za pośrednictwem akceptanta lub agenta rozliczeniowego, akceptowana przez akceptanta w celu otrzymania przez nie-

³ A. Bierć, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 274.

⁴ Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93.

⁵ *Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniem*, red. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak, Warszawa 1997, s. 206.

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego I KZP 33/03 z 21 października 2003 r., Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karne i Wojskowa 2003, nr 11–12, poz. 96, „Wokanda” 2004, t. 5, nr 9.

⁷ Dz.U. z 1997 r. Nr 140, poz. 939.

⁸ Dz.U. z 2011 r. Nr 199, poz. 1175.

go należnych mu środków. Wyraźnie zatem widać dwie różne funkcje, jakie mogą pełnić karty płatnicze: właściwe karty płatnicze i karty uprawniające do wypłaty gotówki. W poprzednio obowiązującej Ustawie z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych⁹, karty płatnicze określano jako karty uprawniające do dokonywania zapłaty, wypłaty gotówki lub dokonywania tych działań z wykorzystaniem kredytu. Można zatem na podstawie tego przepisu wyróżnić trzy rodzaje kart płatniczych: karta płatnicza *sensu stricto* (posiadająca funkcję płatniczą), karta bankomatowa (posiadająca funkcję obsługi automatu bankowego) i karta kredytowa (posiadająca funkcję kredytową).

Tabela 1. Liczba wyemitowanych kart płatniczych w Polsce według kryterium funkcji

		ROK 1998	ROK 1999	ROK 2000	ROK 2001	ROK 2002	ROK 2003	ROK 2004	ROK 2005
karty bankomatowe	w tysiącach sztuk	1667,732	1762,708	916,308	421,325	473,949	403,64	170,441	59,213
	w %	43,00%	37,40%	10,24%	3,60%	3,12%	2,76%	1,40%	0,30%
karty płatnicze z funkcją wypłaty gotówki z bankomatu	w tysiącach sztuk	2189,061	2931,817	8017,068	11267,32	14668,75	14144,64	15142,94	17396,14
	w %	56,50%	62,10%	89,54%	96,17%	96,70%	96,82%	97,80%	95,60%
karty płatnicze bez funkcji wypłaty gotówki z bankomatu	w tysiącach sztuk	18,839	22,253	25,959	26,814	36,445	61,346	164,448	732,991
	w %	0,50%	0,50%	0,29%	0,23%	0,24%	0,42%	1,10%	4,00%
RAZEM	w tysiącach sztuk	3875,632	4716,778	8959,335	11715,46	15179,14	14609,62	15477,83	18188,34
	w %	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
		ROK 2006	ROK 2007	ROK 2008	ROK 2009	ROK 2010	ROK 2011	ROK 2012	
karty bankomatowe	w tysiącach sztuk	142,912	244,204	270,948	253,206	193,548	176,409	183,26	
	w %	0,70%	1,01%	0,99%	0,81%	0,59%	0,55%	0,55%	
karty płatnicze z funkcją wypłaty gotówki z bankomatu	w tysiącach sztuk	20035,02	23126,26	26163,15	30019,14	32062,04	31109,67	31610	
	w %	94,55%	95,67%	95,89%	96,59%	97,74%	97,35%	98,70%	
karty płatnicze bez funkcji wypłaty gotówki z bankomatu	w tysiącach sztuk	990,589	974,279	849,064	807,711	547,785	669,736	237,865	
	w %	4,67%	3,32%	3,11%	2,60%	1,67%	2,10%	0,70%	
RAZEM	w tysiącach sztuk	21168,52	24344,74	27283,16	31080,06	32803,37	31955,82	32031,12	
	w %	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	

Źródło: Narodowy Bank Polski.

⁹ Dz.U. 2002 Nr 169 poz. 1385.

O wiele ciekawszym dla niniejszej rozprawy może być raport Narodowego Banku Polskiego¹⁰, gdzie wyraźnie można dostrzec podział kart według funkcji, jaką pełnią na: karty bankomatowe, karty płatnicze z funkcją wypłaty gotówki z bankomatu i karty płatnicze bez funkcji wypłaty gotówki z bankomatu. O ile te pierwsze w roku 1998 stanowiły 43% wszystkich kart, o tyle w ostatnim kwartale 2012 r. ta wartość wynosiła 0,55%. Jednocześnie można stwierdzić, że liczba kart, których jedyną funkcją jest funkcja bankomatowa, od kilku lat utrzymuje się na podobnym poziomie i mimo wszystko nie jest wypierana przez pozostałe rodzaje kart bankowych.

Jeżeli się zastosuje wykładnię językową przepisu z artykułu 278 § 5 Kodeksu karnego, to staje się jasne, że ten przepis odnosi się wyłącznie do kart posiadających wyłącznie funkcję wypłaty gotówki z automatu bankowego, czyli kart bankomatowych. Pozostałe rodzaje kart (karty płatnicze z funkcją wypłaty gotówki z bankomatu, karty płatnicze bez funkcji wypłaty gotówki z bankomatu) z uwagi na to, że stanowią nośniki niematerialnego pieniądza bankowego w myśl artykułu 2 pkt. 4 Ustawy z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych, mogą zostać uznane za „inny środek płatniczy”¹¹. W podobny sposób można interpretować obecnie obowiązującą regulację zawartą w artykule 2 pkt. 21a Ustawy z 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych. Karta płatnicza, będąc środkiem płatniczym w myśl artykułu 115 § 9 Kodeksu karnego, jest rzeczą ruchomą, co w pełni daje możliwość zakwalifikowania kradzieży takiej karty, jako czynu z artykułu 278 § 1 Kodeksu karnego. Odmiennie ujęcie kart bankowych – płatniczej i bankomatowej – ma ogromne znaczenie dla losów prowadzonych postępowań. W przypadku ustalenie, że kwota przywłaszczonych pieniędzy nie przekraczałaby 250 zł, możliwa byłaby zmiana kwalifikacji przestępstwa kradzieży karty płatniczej z artykułu 278 § 1 Kodeksu karnego na wykroczenie uregulowane w artykule 119 § 1 Kodeksu wykroczeń¹². Z uwagi na brak odpowiednika artykułu 278 § 5 Kodeksu karnego w Kodeksie wykroczeń, przy obecnej konstrukcji tych regulacji nie jest to możliwe.

Wyraźnie to zostało zaznaczone w wyroku II AKa 385/11 Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 grudnia 2011 r.¹³ W uzasadnieniu Sąd dokonał

¹⁰ *Liczba wyemitowanych kart płatniczych...*

¹¹ J. Skorupka, *Kradzież oraz przywłaszczenie karty bankomatowej i karty płatniczej*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 557; Postanowienie Sądu Najwyższego V KK 39/03 z 7 października 2003 r., Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa 2003, nr 11–12, poz. 101.

¹² Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114.

¹³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu II AKa 385/11 z 28 grudnia 2011 r., OSAW 2012/1/239.

dokładnej analizy prawnej regulacji zawartej w przepisie artykułu 278 § 5 Kodeksu karnego. Zdaniem Sądu, żaden z rodzajów kart płatniczych (określonych w Ustawie prawo bankowe) nie może być utożsamiany z pojęciem pieniądza, gdyż taki jest emitowany wyłącznie przez bank centralny, i jest w Polsce lub innym kraju uznany za prawny środek płatniczy. Podobnie żaden z rodzajów kart płatniczych nie może zostać uznany za papier wartościowy, gdyż nie zawiera w sobie żadnego zobowiązania do świadczenia, z którego wynikałoby roszczenie majątkowe dla kogokolwiek.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wyraźnie stwierdził, że artykuł 278 § 5 Kodeksu karnego odnosi się jedynie do jednego rodzaju kart płatniczych, jakimi są karty uprawniające do podejmowania pieniędzy z automatu bankowego (karty bankomatowe). Dodatkowo przepis ten nie może być podstawą do penalizowania pozostałych dwóch rodzajów kart – kart płatniczej *sensu stricto* i karty kredytowej. Jak wynika z analizy Sądu, są one nośnikami niematerialnego pieniądza bankowego i jako takie, zgodnie z Ustawą o elektronicznych środkach płatniczych, są elektronicznymi instrumentami płatniczymi, które w myśl artykułu 115 § 9 Kodeksu karnego można zaliczyć do „rzeczy ruchomych”. Skoro karty tego rodzaju można zaliczyć do „rzeczy ruchomych”, to ich kradzież powinna być kwalifikowana jako występki z art. 278 § 1 Kodeksu karnego.

Kolejnym elementem, którego wyjaśnienia podjął się Sąd w omawianym wyroku, jest przedstawiana wcześniej problematyczna kwestia wartości przedmiotu kradzieży w omawianych przepisach. Nie ma ona znaczenia w przypadku kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, w tym przypadku bowiem jasna jest penalizacja na podstawie artykułu 278 § 5 Kodeksu karnego.

W przypadku kart z funkcją płatniczą ma to ogromne znaczenie, gdyż ich zabór jako rzeczy ruchomych, których wartość byłaby mniejsza niż 250 zł, stanowiłby wyłącznie wykroczenie. Sąd słusznie zauważył, że w przypadku oceny wartości przedmiotu zaboru nie należy się ograniczać do określenia wartości kawałka materiału, z jakiego wykonana jest karta, gdyż w zdecydowanej większości przypadków nie byłaby ona wyższa niż 250 zł, a to skutkowało by zakwalifikowaniem takiego czynu jako wykroczenia. O wiele istotniejszy jest fakt, że sprawca dokonując zaboru karty, kradnie nośnik pieniądza bankowego zapisanego na rachunku posiadacza karty. Wartość przedmiotu zaboru stanowi zatem całość dostępnego na jej podstawie pieniądza bankowego znajdującego się w chwili zaboru na rachunku jej posiadacza, czyli tzw. salda rachunku bankowego. Jeżeli zatem na rachunku bankowym w chwili kradzieży znajdowała się kwota wyższa niż 250 zł, to taki czyn powinno się zakwalifikować jako występki z artykułu 278 § 1 Kodeksu karnego. W prze-

ciwnym wypadku taki czyn pozostanie wykroczeniem zakwalifikowanym z artykułu 119 § 1 Kodeksu wykroczeń. Ponadto, zdaniem Sądu, nie ma znaczenia, czy sprawca czynu faktycznie dokonał bądź usiłował dokonać wypłaty z rachunku pokrzywdzonego, a takie działanie powinno zostać potraktowane jako odrębny czyn.

Z uwagi na specyficzną konstrukcję przepisu zawartego w artykule 278 § 5 Kodeksu karnego, gdzie jednocześnie penalizowane są odmienne czyny (kradzież energii i kradzież karty uprawniającej do wypłaty pieniędzy z automatu bankowego) nie jest możliwe dokładne określenie skali przestępstwa na podstawie danych statystycznych udostępnianych przez Ministerstwo Sprawiedliwości i policję.

W trakcie przygotowania niniejszej publikacji autor przeprowadził badania aktowe i rejestrów elektronicznych prowadzonych postępowań w trzech jednostkach Prokuratury Okręgowej w Białymstoku: Prokuraturze Rejonowej w Białymstoku, Prokuraturze Rejonowej Białystok – Południe i Prokuratury Rejonowej Białystok – Północ. Badaniem został objęty okres od 1 stycznia 2008 r. do 30 czerwca 2013 r. Przedmiotem badań w tych jednostkach były postępowania przygotowawcze prowadzone w kierunku przestępstw z artykułu 278 § 5 Kodeksu karnego.

Tabela 2. Sposoby zakończenia postępowań prowadzonych w jednostkach Prokuratury: Rejonowej w Białymstoku, Rejonowej Białystok – Południe i Rejonowej Białystok – Północ

	Prokuratura Rejonowa w Białymstoku	Prokuratura Rejonowa Białystok – Południe	Prokuratury Rejonowej Białystok – Północ	Łącznie
Akt oskarżenia	14	43	30	87
Skierowanie wniosku o warunkowe umorzenie	1	0	0	1
Odmowa wszczęcia postępowania	39	335	227	601
Umorzenie z powodu nie wykrycia sprawcy – art. 322 § 1 kpk	19	47	22	88
Umorzenie na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 kpk	10	27	13	50
Umorzenie na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 kpk	5	36	19	60
Umorzenie na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 kpk	0	3	2	5
Umorzenie na podstawie art. 17 § 1 pkt 5 kpk	1	0	0	1
Umorzenie na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 kpk	1	0	1	2
Zawieszenie postępowania	2	4	2	8
Połączenie spraw	1	1	3	5
Przekazanie sądowi rodzinnemu	0	1	0	1
Inne zakończenie	1	0	1	2
Łącznie	94	497	320	911

Źródło: badania własne.

W ramach badań została dokonana analiza części akt postępowań dotyczących kradzieży kart uprawniających do wypłaty pieniędzy z automatu bankowego. Pierwszym wnioskiem, jaki się nasuwa, jest całkowite ignorowanie znamion czynu zawartego w artykule 278 § 5 Kodeksu karnego. Sprawy, które były prowadzone w kierunku tej kwalifikacji, dotyczyły wszystkich możliwych kart bankowych: kredytowych, płatniczych i bankomatowych. Okazało się, że w toku postępowania nie dokonuje się sprawdzenia, z jakim rodzajem karty ma się do czynienia w konkretnym przypadku i nie następowła weryfikacja, czy zastosowana kwalifikacja prawna jest właściwa. Jest to spowodowane zapewne potocznym rozumieniem pojęcia „karta bankomatowa”. Dla większości osób każda karta wydana przez bank, niezależnie od rodzaju i pełnionych funkcji, jest „kartą bankomatową”. Trudno jest oszacować faktyczną liczbę poszczególnych rodzajów skradzionych kart płatniczych, gdy sami pokrzywdzeni nie zdają sobie sprawy z funkcji, jakie pełnią ich karty bankowe. Wina nie ogranicza się jednak do osób pokrzywdzonych. Zdarzały się przypadki, gdy w aktach postępowania w zawiadomieniu o popełnieniu przestępstwa pokrzywdzony mówił o karcie płatniczej, która w dalszej części akt postępowania w dokumentach przygotowywanych przez funkcjonariuszy policji bądź prokuratorów stawała się np. kartą bankową lub kart uprawniającą do podejmowania pieniędzy z automatu bankowego.

Kolejną niepokojącą rzeczą, którą autor zauważył we wszystkich aktach postępowań poddanych analizie, to brak jakichkolwiek ustaleń dotyczących wymiaru szkody. W zdecydowanej większości kradzież karty bankomatowej łączyła się z kradzieżą portfela wraz z zawartością, bądź też innych przedmiotów i dokumentów. Podstawą szacunku wartości szkody była właśnie wycena skradzionych rzeczy i pieniędzy, które zostały skradzione. W toku postępowań brak było jakichkolwiek danych z instytucji bankowych, mówiących o stanie rachunku bankowego powiązanego z daną kartą w chwili popełnienia przestępstwa. Wyjątkami były postępowania, w których sprawcy oprócz kradzieży karty, dokonywali bądź usiłowali dokonać transakcji za pomocą skradzionych kart. To jednak, jak zostało wcześniej wspomniane, powinno być traktowane, jako oddzielny czyn.

Aby w pełni zadośćuczynić wymogom postępowania dowodowego należałoby się zwrócić do właściwego banku, którego klientem była osoba pokrzywdzona z pytaniami:

- jakiego rodzaju kartę bankową posiadał pokrzywdzony: kartę bankomatową, kartę płatniczą czy kartę bankomatowo-płatniczą,
- jakiej wysokości wolne środki były dostępne na wyżej wymienionej karcie bankowej w chwili dokonania jej kradzieży.

Dopiero po uzyskaniu informacji z właściwego banku, możliwe staje się prawidłowe zakwalifikowanie czynu. Takie rozwiązanie posiada też, niestety, wady:

- zachwiana zostaje ekonomia procesowa – czas trwania postępowania przygotowawczego może ulec przedłużeniu: konieczne staje się zwolnienie banku z tajemnicy bankowej w drodze postanowienia wydanego przez sąd okręgowy, później następuje czas oczekiwania na odpowiedź z banku, ponadto rosną koszty postępowania związane z dodatkowym obiegiem korespondencji oraz koniecznością zaangażowania sądu okręgowego w prowadzone postępowanie przygotowawcze,

- obciążenie instytucji bankowych żądaniem ogromnej ilości informacji,
- czas popełnienia przestępstwa – pokrzywdzony wielokrotnie nie wie dokładnie, kiedy nastąpiła kradzież, co może skutkować problemem z ustaleniem ilości wolnych środków na koncie pokrzywdzonego, a co za tym idzie, wartości szkody.

Bez tych informacji jednak nie można mówić o rzetelnym postępowaniu przygotowawczym i są one konieczne. Konkludując należy stwierdzić, że tworząc przepisy dotyczące kradzieży, należałoby się zastanowić nad przeredagowaniem przepisów dotyczących kart bankowych. Jak widać na podstawie informacji zebranych w kilku jednostkach Prokuratury, interpretacja przepisów dotyczących kradzieży kart bankowych sprawia spory problem. Potrzebę tego typu działań zauważył Sąd Najwyższy w omawianej wcześniej uchwale I KZP 33/03¹⁴, gdzie proponował nowelizację Kodeksu karnego poprzez „dodanie do przedmiotów objętych szczególną ochroną także elektronicznego instrumentu płatniczego i skreślenie w § 5 art. 278 k.k. wyodrębnionego tam przedmiotu w postaci «karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego» (zarówno wobec zdezaktualizowania się tego pojęcia, jak i wobec komplikacji, jakie to uregulowanie wywołuje w praktyce sądowej), albo nowelizację tylko art. 278 § 5 k.k. przez zastąpienie karty do bankomatu uniwersalnym określeniem wprowadzonym przez ustawę”.

Stanowisko Sądu Najwyższego w tym orzeczeniu odnośnie do zdezaktualizowania się pojęcia „karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego” opierało się na błędnym założeniu, że banki nie emitują już kart wyłącznie z tą funkcją. Należałoby się zastanowić, czy karta z funkcją bankomatową wymaga wyjątkowej ochrony poprzez braku kontrawencjonalizacji, jak to ma miejsce w przypadku pozostałych kart bankowych. Może to doprowadzić do sytuacji, gdy dwóch sprawców dokonuje tego samego czynu, w postaci kradzieży portfela, ale jeden z nich popełnia występki zagrożony karą

¹⁴ Uchwała Sądu Najwyższego I KZP 33/03 z 21 października 2003 r...

pozbawienia wolności na okres nawet do 5 lat, a drugi popełnia jedynie wykroczenie, które jest zagrożone karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny. Z punktu widzenia praktyki, najlepszym rozwiązaniem byłoby zrównanie ochrony wszystkich kart, co zdecydowanie ułatwiłoby kwalifikowanie czynów. W takim przypadku rozwiązanie zaproponowane przez Sąd Najwyższy wydaje się właściwe, ale z zastosowaniem obu zaproponowanych opcji.

Dodatkowym problemem wydaje się ponadto rozwój technologii. Obecnie w życiu codziennym funkcjonuje coraz większa ilość urządzeń mobilnych (telefony komórkowe, tablety, zegarki, e-okulary), które mogą pełnić funkcje tradycyjne zarezerwowane dla kart bankowych. Spora część tych urządzeń może pełnić funkcję karty bankomatowej nie będąc nią, co spowodowałoby problemy ze stosowaniem przepisów dotyczących właśnie kart. Wydaje się więc, że ustawodawca będzie musiał dokonać zmian wynikających z nowych regulacji zawartych w Ustawie o usługach płatniczych. Jeżeli zwiększona ochrona będzie podtrzymana w stosunku do kart i innych urządzeń umożliwiających wypłatę z automatu bankowego, to artykuł 278 § 5 Kodeksu karnego powinien brzmieć „Przepisy § 1, 3 i 4 stosuje się odpowiednio do kradzieży energii lub karty płatniczej bądź instrumentu płatniczego uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego”. Gdyby jednak ochrona kart bankowych została wyrównana, a dodatkowo rozszerzona o nowe urządzenia mobilnej bankowości, to należałoby zapisać o instrumentach płatniczych włączyć w treść artykułu 115 § 9 Kodeksu karnego.

Abstract

Bank card recognized under Article 278 of the Penal Code

This paper discusses issues connected with determination of a legal nature of banking cards stealing. Despite the fact that Article 278 § 5 Penal Code criminalises ATM card stealing only, in judiciary practice these rules apply to stealing for all of types of banking card. The author deems it is necessary for reviewing the views concerning the interpretation of Article 278 Penal Code and criteria for a banking card stealing.

Key words: polish criminal law, banking card, payment card, stealing

GLOS
Y
RECENZJE
sprawozdania · varia

GLOSSES
BOOK REVIEWS
reports · varia

Renata Pawlik

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Marcin Sala-Szczypiński

doktor, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Ryszard Więckowski (1952–2014)

– wspomnienie pośmiertne

„Spieszmy się kochać ludzi, tak szybko odchodzą
zostaną po nich buty i telefon głuchy
tylko to, co nieważne jak krowa się wlecze
najważniejsze tak prędkie, że nagle się staje
potem cisza normalna więc całkiem nieznośna
jak czystość urodzona najprościej z rozpacz
kiedy myślimy o kimś zostając bez niego [...]”

ks. Jan Twardowski

Kiedy dwa lata temu we troje wspólnie z Doktorem Więckowskim redagowaliśmy wspomnienie po śmierci śp. Profesora Andrzeja Oklejaka, nie myśleliśmy, że tak szybko przyjdzie nam – tym razem już tylko we dwoje – redagować kolejny nekrolog. 30 września 2014 r. przeżywszy 62 lat odszedł Doktor Ryszard Więckowski – kierownik Zakładu Postępowania Cywilnego Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, człowiek wybitny, cieszący się wielkim uznaniem i szacunkiem nie tylko jako pracownik naukowy, ale zwłaszcza i przede wszystkim jako człowiek. Odszedł zbyt wcześnie pozostawiając wszystkich w smutku i żalu...

Doktor Ryszard Więckowski urodził się 31 maja 1952 roku w Krakowie. Od samego początku był związany z Krakowem i tutaj zdecydował się pozostać. Swą dorosłą ścieżkę rozwoju zawodowego, a zarazem naukowego, rozpoczął na Uniwersytecie Jagiellońskim 1 października 1979 r. W roku 1988 obronił rozprawę doktorską „Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach cywilnych”, której promotorem był prof. dr hab. Andrzej Miączyński, recenzentami zaś prof. dr hab. Władysław Siedlecki oraz prof. dr hab. Maria Jędrzejewska. Praca została ona jednogłośnie przyjęta przez Radę Wydziału

Prawa i Administracji UJ i na jej wniosek opublikowana w całości w „Zeszytach Naukowych UJ. Prace Prawnicze” (nr 139).

Równoległe z rozwojem naukowym, nie zaniedbując praktycznych aspektów wykształcenia prawniczego, Doktor Ryszard Więckowski w latach 1980–1982 odbył aplikację sądową w Sądzie Wojewódzkim w Krakowie, gdzie następnie złożył egzamin sędziowski. W roku 2005 został wpisany na listę radców prawnych w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Krakowie, z tym, że w związku z pracą naukową w Uniwersytecie Jagiellońskim, równoległą pracą w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego i obowiązkami rodzinnymi, zawodu radcy prawnego ostatecznie nie wykonywał.

Z Krakowską Akademią im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego Doktor Ryszard Więckowski był związany od 2000 r., tj. od momentu rozpoczęcia jej działalności. Prowadził dla I roku administracji konwersatorium z przedmiotu „Ustrój organów ochrony prawnej”. Od roku akademickiego 2005/2006 prowadził również wykład z obligatoryjnego przedmiotu „Postępowanie cywilne” oraz ćwiczenia dla studentów IV roku prawa, a także seminaria magisterskie (rok IV i V), przy czym, co należy podkreślić, szczególnie te ostatnie cieszyły się rokrocznie bardzo dużym zainteresowaniem studentów. Pracując z seminarzystami wypromował kilkudziesięciu absolwentów Akademii, w tym dwie pierwsze absolwentki prawa na Wydziale Prawa i Administracji, co miało miejsce 1 czerwca 2007 r.

1 października 2011 r. Doktor Ryszard Więckowski został pracownikiem etatowym Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego jako adiunkt w Katedrze Postępowania Cywilnego, kierowanej przez prof. Andrzeja Oklejaka, nadto równoległe z pracą naukowo-dydaktyczną powierzono mu funkcję pełnomocnika dziekana WPiA ds. nauki i dydaktyki, którą sprawował do 30 września 2012 r. Został również powołany do Rady Wydziału Prawa i Administracji Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Sprawując powierzone mu funkcje kładł nacisk na systematyczne podnoszenie poziomu zajęć dydaktycznych prowadzonych na wydziale, przede wszystkim przez ich uzupełnianie o aspekty praktyczne. We wspomnianym zakresie był między innymi jednym z pomysłodawców zapoczątkowanego w roku akademickim 2011/2012, cyklu wykładów otwartych, pozwalających studentom na bezpośredni kontakt z wybitnymi przedstawicielami zawodów prawniczych.

Swoje zainteresowania naukowe Doktor Ryszard Więckowski koncentrował już od samego początku wokół problematyki dopuszczalności drogi sądowej w postępowaniu cywilnym, tej problematyki tyczyła obroniona, następnie zaś opublikowana rozprawa doktorska. Z innych publikacji Doktora

Ryszarda Więckowskiego wspomnieć należy m.in.: *Z problematyki dopuszczalności drogi sądowej w sprawach lokalowych małżonków* („Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze” 1981, nr 98, s. 151–169); *Ochrona praw jednostki w świetle bezwzględnych przesłanek procesu cywilnego* („Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze” 1983, nr 108, s. 29–75); *Sądowe dochodzenie roszczeń a postępowanie przedsądowe* („Państwo i Prawo” 1990, nr 2, s. 52–61); *Właściwość rzeczowa sądu a wartość przedmiotu sporu* („Przegląd Sądowy” 1993, nr 5, s. 47–56); opracowanie z Andrzejem Oklejakiem *Kodeksu postępowania cywilnego po zmianach w 1990 r.* (seria „Bibliotheca Iuridica”, Kraków 1991), a także *Ostatnie zmiany w kodeksie postępowania cywilnego a legislacja* („Przegląd Sądowy” 1991, nr 3, s. 41–47). Przygotował również wprowadzenie poświęcone zmianie modelu środków odwoławczych do wydania Kodeksu postępowania cywilnego po nowelizacji z 1 marca 1996 r. (Kraków 1996, s. 13–23); *Cofnięcie apelacji i kasacji* („Przegląd Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 158–168 [artykuł krytyczny regulacji tej materii z propozycjami prawidłowych zapisów ustawowych]); *Wyrok zaoczny w polskim procesie cywilnym (wybrane zagadnienia)* ([w:] *Wokół problematyki orzeczeń*, red. Ł. Błaszczak, Toruń 2007); *Zmiany art. 47 Kodeksu postępowania cywilnego o składzie sądu w okresie od 1 lipca 1996 r. do 28 lipca 2007 r.* (Warszawa 2008).

W jego dorobku naukowym znaczące miejsce zajmowały też glosy i tutaj wspomnieć należy m.in.: *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11.12.1984 r. (III CZP 74/84)* („Nowe Prawo” 1987, nr 87, s. 115–121); *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10.04.1991 r. (II UZP 1/91)* („Orzecznictwo Sądów Polskich” 1992, nr 1, poz. 18, s. 33–36); *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17.12.1991 r. (I Acz 247/91)* („Orzecznictwo Sądów Polskich” 1994, nr 12, poz. 245, s. 583–586); *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26.04.1995 r. (III CZP 43/9)* („Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, nr 5, s. 210–212).

Poza wspomnianą działalnością naukową, Doktor Ryszard Więckowski angażował się także w działalność o charakterze praktycznym. I tak wspomnieć tutaj można wydane opinie: dotycząca Rządowego projektu o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego; Kodeksu postępowania administracyjnego oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (druk sejmowy nr 137) oraz autopoprawki do tego projektu z 1993 r.; dla Sejmu RP I kadencji, Klub KLD; opinię w przedmiocie możliwości wystąpienia z kasacją do Sądu Najwyższego przez Miasto Stołeczne Warszawa (współautorstwo z Andrzejem Oklejakiem, 1997); Statut Kasy Zapomogowo-Pożyczkowej UJ, oraz Projekt kasacji Miasta Stołecznego Warszawy do Sądu Najwyższego w sprawie Miasto Stołeczne Warszawa kontra Monotel i Syntax (współautorstwo z Andrzejem Oklejakiem).

Miarą kompetencji naukowych Doktora Ryszarda Więckowskiego są nie tylko jego własne prace naukowe i osiągnięcia, ale również osiągnięcia jego wychowanków. Doktor Ryszard Więckowski, jako człowiek otwarty, przystępny i miły, był osobą szczególnie szanowaną i lubianą przez studentów i pracowników. Zawsze otwarty na wszelkie dyskusje nie tylko naukowe, chętnie służył radą, nie narzucał swej opinii, cenił też poglądy innych, dając jednocześnie swym uczniom wiele swobody w działaniu. Można było z nim podyskutować, znajdował na to czas, nikomu nie odmawiał. Był człowiekiem niezwykle ciepłym, rodzinnym, kochającym, troskliwym mężem i ojcem.

30 września 2014 r. straciliśmy wspaniałego i wiernego przyjaciela, kolegę, partnera w dyskusjach, opiekuna naukowego. Odchodząc tak niespodziewanie zostawił wokół nas pustkę i smutek, z którymi trudno jest się oswoić i trudno będzie wypełnić. Odszedł bowiem na zawsze człowiek ogromnej wiedzy i kultury osobistej, zarazem skromny, uczynny i szlachetnego serca, człowiek o nieprzeciętnych walorach osobistych. W połączeniu z uznanymi kompetencjami naukowymi te wszystkie jego cechy sprawiły, że w krótkim czasie skupił wokół siebie niezwykle liczne grono uczniów, studentów, przyjaciół i znajomych. Wszyscy oni przyszli Go pożegnać i towarzyszyli mu w Jego ostatniej drodze w piękny, ale równocześnie smutny dzień 8 października 2014 r. na cmentarzu Rakowickim w Krakowie.

Tommaso Edoardo Frosini
Professor, University of Naples, Italy

Democracy, Electoral Systems and Lobbies

1. In order to start a discussion on the electoral system, in my view we have to start from the following question: what is the electoral system for? There are two answers: first, to form a government majority, and second to represent the feelings of a collectivity. The two answers implicitly contain the broad outlines of electoral systems: majoritarian, which give predominance to governability, and proportional, which focus on representation. I think the first system, majoritarian, is better. I'm going to explain why.

2. It is by moving to the majoritarian principle that we end up producing a new way of governing and a new form of opposition. For sure, the majoritarian principle is to be presented with its two faces: one as a “rule for election” relating to the manner in which the majoritarian voting system operates, and another as a “rule for government”, which places emphasis on the principle of political responsibility and thereby the role that the electorate plays in the government's choices.

The objective is to ensure the formation of stable and effective governments that can last for the full term of Parliament and which will be answerable for their actions before the electorate. In fact, a government is stable not only on the strength of its term in office, but also when its incumbency is regularly reviewed and confirmed in free elections. Moreover, a government is effective when its decisions meet the requirements of the voters, who may return the government to power or dismiss it from office, thereby creating a system under which parties take turns in power.

This system is grounded on a process of enhancing popular sovereignty, which as the electorate, is called upon to elect representatives in the awareness that it is also electing its government. This means that before voting, the people, or the electorate, will become aware of the manifesto for government, and the people who will implement it. The electorate will be put in a position

to recognise prior to the result of the election what political direction will be pursued should one grouping or the other win (in other words, should they be returned with a majority). The electorate is able to keep a government in office with its votes, or to ensure that an alternative government wins, which will have previously organised itself through constructive opposition.

This is also a new form of freedom, which may be traced back to the principle of popular sovereignty, namely the freedom to associate in order to take decisions, the freedom to participate actively and in person in the conduct of national politics through the “direct” choice of the person responsible for the policy direction, and equally the freedom to change governments when they no longer deserve to hold office. This is how it works in numerous liberal democratic countries spread around the globe.

3. However, there is the problem of good government. It is very important problem for democracy. From the viewpoint of constitutional theory, good government has a more empirical meaning, which can be summarised thus: a government freely chosen by the electorate and which is answerable to it; a government subject to the judgment of its voters, which can act on it using the vote as a “constitutional act” which may either reward or punish it, or renew or withdraw trust.

A new form of the constitutionalism of powers thereby manifests itself, based on an institutional combination which is difficult to circumvent in today’s globalised age, namely that of “loyal cooperation”, so to speak, between the representative component and the “plebiscitary” component within democratic constitutional States. The two components have supplemented contemporary democratic constitutional States because they meet a twofold requirement which is particularly felt today by citizen-voters: that of being represented (and I should add feeling represented) and that of participating in political policy choices through the investiture of governments.

Let us consider some European examples: in the United Kingdom, Germany, Spain and France, governments and their leaders are elected by the majority of voters on the basis of a political programme which has been considered to be more convincing than that of the political alternative. This accordingly results in the creation of a European constitutional heritage in terms of the form of government – with “direct legitimation” – in addition, as has been known and established for some time, to the heritage of rights and freedoms.

4. Of course, there are many electoral systems around the world: in fact, each country has its own. It is almost as if electoral laws involved absolute

sovereignty exercised by setting up one's own electoral system without copying or reproducing the models of others. Consider the two rounds of voting in France, the plurality system ("first past the post") in the United Kingdom, the threshold clause in Germany, and the restricted provincial electoral districts in Spain. Italy too without doubt is entitled to have its own electoral system, and there is no dearth of solutions; starting from the restoration of the majoritarian system for 75% of seats with proportional representation for the remaining 25%, and with no subtraction of votes or other fanciful rules. The important thing is that there is an electoral system aimed at promoting the formation of a majority and a government that is chosen and legitimated through the electorate's votes.

In Italy, since 2006, there is an electoral law, which has been widely criticised, that is proportional with "prize" of additional seats for the parties who win the elections. One month ago the Constitutional Court declared this unconstitutional because it is undemocratic.

5. Another question is the Lobbies and Law regulation. Pressure groups – or Lobbies – are a crucial element of a liberal democracy for the simple reason that they are consubstantial to the guarantee of maximum transparency in public decision-making. In pluralist democracies, the existence of groups of individuals, who advocate specific interests with the aim of influencing public decision-makers, is essential. An excellent example is the United States where lobbying is part of the politico-constitutional structure to the extent that it is considered "as American as apple pie". It is common knowledge that lobbying is protected by the First Amendment, as it is considered an expression of freedom of speech used to convince the public decision-maker (as held by the Supreme Court from *U.S. v. Harris 1954* onwards).

Furthermore, the public decision-maker has felt more and more the need to acquire information and knowledge from advocacy groups especially when deciding on highly technical and specialised issues. From this point of view legal scholarship has underscored the positive effects of pressure groups given that they often provide elements that are essential for understanding the impact of certain decisions, although it has to be also pointed out that this can sometimes result in rather obscure legislation that is difficult to interpret.

6. In many countries lobbying is subject to very clear rules having the aim of ensuring the transparency and the participation of pressure groups in decision-making. Albeit with significant differences, these countries (United States, Canada, Israel, France, Great Britain, Australia, Hungary, Poland, Estonia, Lithuania) have all felt the need to render pressure groups public by

establishing rules that have the aim of ensuring the transparency of decision-making. Comparative studies show that in legal systems where Parliament is “strong” – in the sense that it plays a key role in the political process – there are rules on the parliamentary representation of lobbies; on the contrary, when Parliament is weak interest groups tend to be more obscure.

7. I do believe, however, that by acknowledging the crisis of the party system one can affirm that lobbying is not only legal, but useful and precious for the public decision-maker. Useful not only to acquire technical information that would otherwise be difficult to obtain and understand, but also to avoid an unsustainable economic and social impact. Lobbying is therefore a social and economic infrastructure capable of bringing together private parties and public decision-makers albeit within their respective areas of responsibility.

The crisis that has influenced political parties, which were conventionally the ones that gathered collective interests, beckons lobbying to be regulated. One can no longer deny that interest groups have always existed and will exist in an evolved society. The goal to be reached is that of rendering lobbying more transparent in terms of the activities, the aims, the human and financial resources employed and the groups involved in advocating given interests. The aim is therefore not to introduce a new profession or to impose a new and greater onus on interest groups, but to rationalise an activity that already exists (and is unregulated) so as to provide the public decision-maker with clear instruments and support as well as well-defined aims and objectives and, at the same time, guarantee that citizens are informed of the reasons (not only political) underlying the decision that has been taken.

One final observation: democracy requires transparency, and transparency requires a law on lobbies. If you will allow me, that, I believe is how things stand.

Paweł Janowski

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Rafał Adamus, Bartosz Groele, Aleksandra Machowska,
Zbigniew Miczek, Paweł Kuglarz, Janusz Płoch,
*Upadłość deweloperska. Komentarz do wybranych
przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu
mieszkalnego lub domu jednorodzinnego,*
[Difin, Warszawa 2012, 219 s.]**

29 kwietnia 2012 r. weszła w życie ustawa z 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2011 r. Nr 232, poz. 1377). Ustawa ta jest niezwykle istotna i konieczna, gdyż dotyczy dotychczas nieuregulowanych stosunków między deweloperem a nabywcą lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Projekt miał w założeniu wypełnić powstałą w prawie lukę, wskazaną w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 2 sierpnia 2010 r. (sygn. akt S 3/10), polegającą na braku należytej ochrony nabywców lokali mieszkaniowych w przypadku niewypłacalności dewelopera¹. Trybunał Konstytucyjny zauważył, że Polska jest jednym z ostatnich krajów Unii Europejskiej w którym relacja między klientem i deweloperem nie jest regulowana żadnymi przepisami, a ryzyko związane z inwestycją ponosi nabywca.

Celem uchwalenia ustawy było więc m.in. zmniejszenie ryzyka po stronie klientów deweloperów. Wybrane przepisy wskazanej ustawy są przedmiotem recenzowanej książki, a wybór tej problematyki przez autorów wydaje się zasadny, gdyż ustawa wprowadza wiele nowych i ważnych rozwiązań w polskim prawie. W piśmiennictwie znajdzie się wiele głosów krytycznych², w szcze-

¹ H. Ciepła, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2013, s. 12.

² M. Porzycki, *Regulacja upadłości dewelopera – pozorna poprawa sytuacji nabywców mieszkań*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24; A. Machowska, *Przepisy o upadłości dewelopera w ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 24.

gólności projektowi ustawy tej zarzuca się, między innymi, brak precyzyjnej redakcji przepisów intertemporalnych, faworyzowanie jednej z grup wierzycieli, jakimi są nabywcy lokali mieszkaniowych, co w zasadzie narusza cele prawa upadłościowego i nie jest zgodne z Konstytucją. Ustawa ta jest także w wielu kwestiach sprzeczna z prawem upadłościowym i naprawczym, jak choćby w przedmiocie skutków dla upadłości czy odniesienia się do reguł kolizyjnych pomiędzy odrębnymi masami upadłości, co w praktyce może sprawić wiele problemów praktycznych i teoretycznych. Ponadto nie przewiduje zabezpieczeń w przypadku upadłości banku. Niewątpliwie także projekt ten został sporządzony w pośpiechu. Nasuwają się zatem wątpliwości, czy w praktyce rozwiązania te będą funkcjonować. Dobrze więc, że zespół pod przewodnictwem prof. Rafała Adamusa podjął się zadania napisania komentarza w tym zakresie.

Recenzowany komentarz jest próbą spojrzenia na przedmiotową ustawę z punktu widzenia przepisów związanych z upadłością dewelopera i konsekwencji z tym związanych. W założeniu ma stanowić analizę szczególnych problemów, zarówno teoretycznych, jak i praktycznych, oraz przedstawić ich rozwiązania zgodne z celem ustawy.

Praca nie jest obszerna. Sam właściwy komentarz to 114 stron (s. 35–148), do tego załączniki wraz z bibliografią to aż 70 stron (s. 149–219), 22 strony poświęcono na słowo wstępne wraz z wprowadzeniem (s. 11–33). Publikacja ta nie jest w istocie kompleksowym komentarzem całej ustawy, a jedynie koncentruje się na wybranych zagadnieniach. W sumie komentowanych jest pięć artykułów z ustawy z 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2011 r. Nr 232, poz. 1377). Są to kolejno: art. 15, 16, 37–39, 41. Komentowany jest także cały nowy Tytuł IA regulujący postępowanie upadłościowe wobec deweloperów – art. 425¹–425⁵ ustawy z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2003 r. Nr 60, poz. 535). Jednakże niejako przy okazji komentowania niektórych zagadnień znalazły się także odwołania do innych artykułów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego oraz prawa upadłościowego, na przykład przy okazji komentowania instytucji gwarancji bankowej oraz ubezpieczeniowej, autorzy komentują pokrótce także art. 4 ust. dew. regulujący środki ochrony nabywcy (s. 39).

Po przedmowie J. Płocha, będącej krótką prezentacją problemu oraz celu komentarza, znajdują się krótkie wprowadzenia A. Machowskiej i P. Kuglarza. Autorzy opisują sytuację prawną przed wejściem w życie ustawy, powody jej uchwalenia, możliwe konsekwencje oraz obawy z tym związane, wynikające z niedoskonałości tej regulacji. Warto odnotowania jest także fakt, że we wprowadzeniu autorstwa P. Kuglarza znalazło się przedstawienie rozwiązań

legislacyjnych w zakresie ochrony nabywców lokali mieszkaniowych na przykładach wybranych krajów Unii Europejskiej.

W pierwszej kolejności komentowane są art. 15 i 16 ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego, odnoszące się do gwarancji bankowej³ oraz gwarancji ubezpieczeniowej. Autorzy dość szczegółowo omawiają samą instytucję oraz istotę gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej. Poruszone zostały między innymi takie zagadnienia, jak regwarancja, przedawnienie roszczeń z tytułu gwarancji, upadłość gwaranta, tytuły do realizacji roszczeń z tytułu gwarancji, zarzuty banku – gwaranta względem beneficjenta gwarancji, wysokości wpłaty z tytułu gwarancji, wygaśnięcie gwarancji, regres gwaranta oraz zakres roszczenia gwarancyjnego.

We wprowadzeniu powyższego rozdziału znajduje się także omówienie instytucji umowy deweloperskiej, ograniczające się, niestety, jedynie do wybranych kwestii⁴. Należałoby poruszyć szerzej to istotne zagadnienie, szczególnie w przedmiocie jej normatywnych aspektów i zagadnień związanych z elementami konstrukcyjnymi. Można byłoby poruszyć także pewne istotne problemy tej instytucji, będące przedmiotem zainteresowania prawa upadłościowego, jak np. rozważenie wpływu ogłoszenia upadłości dewelopera na umowę deweloperską, która jest w istocie umową wzajemną, a więc, czy syndyk może od takiej umowy odstąpić na zasadach art. 98 p.u.n. w przypadku ogłoszenia upadłości likwidacyjnej⁵.

Nowe przepisy zawarte w ustawie prawo upadłościowe, dotyczące upadłości dewelopera (art. 425¹–425⁵ p.u.n.) budzą wiele kontrowersji. W piśmiennictwie przeważa pogląd, że przepisy te są niepotrzebne, a wręcz szkodliwe. W komentarzu autorstwa A. Burzaka, M. Okonia, P. Pałki można przeczytać następującą opinię: „Przepisy art. 425¹–425⁵ p.u.n. są dalece niejednoznaczne, nie są skorelowane z innymi przepisami prawa upadłościowego i naprawczego, zawierają sprzeczności (a co najmniej powodują wątpliwości co do ich zgodności) z ogólnymi zasadami prawa upadłościowego, prawa cywilnego, a nawet z przepisami Konstytucji RP. Proponują rozwiązania praktycznie niewykonalne, a szczególnie ochrona nabywców, jaką miały zapewnić w rzeczywistości, nie istnieje. Przepisy te tworzą luki, których nie da się wypełnić racjonalną wykładnią prawa, nie zawierają norm kolizyjnych, pozwalających

³ Szerzej na ten temat: Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Lex 2013, s. 544; *Prawo bankowe. Komentarz*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, I. Flakiewicz, M. Grabowski, T. Grabowski, Warszawa 2013, s. 274.

⁴ B. Gliniecki, *Umowa deweloperska. Konstrukcja prawna i zabezpieczenie wzajemnych roszczeń stron*, Lex 2012; A. Goldiszewicz, *Treść i charakter prawny umowy deweloperskiej*, Lex 2013; R. Strzelczyk, *Umowa deweloperska w systemie prawa prywatnego*, Warszawa 2013.

⁵ *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Witosz, A.J. Witosz, R. Adamus et al., Warszawa 2014, s. 903.

na rozstrzygnięcie kwestii na styku z innymi przepisami prawa upadłościowego i naprawczego. Wydaje się, że przepisy art. 425¹–425⁵ p.u.n. należałoby oceniać jako wręcz szkodliwe, wprowadzające do prawa upadłościowego i naprawczego chaos i zamieszanie⁶. A. Machowska z kolei przedstawia następującą opinię „Ust. dew. przewiduje również rozwiązania na etapie upadłości dewelopera, co jest całkowicie zbędne, a co więcej – sprzeczne z obowiązującymi przepisami p.u.n. Rozwiązania przyjęte w tym zakresie przez ustawodawcę pozostają w sprzeczności zarówno z Konstytucją RP, jak i z fundamentalnymi zasadami p.u.n.”⁷. Mimo licznych negatywnych głosów w doktrynie, niedawne badania przeprowadzone przez UOKiK⁸ wykazały, że podstawowy cel nowej regulacji został osiągnięty i poziom ochrony nabywców wzrósł. Potwierdza to również spadek liczby skarg na deweloperów napływających do UOKiK oraz będących ich efektem postępowań w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów prowadzonych przez Urząd. Kolejną pozytywną zmianą jest m.in. wzrost ilości inwestycji, które nie są finansowane w całości z pieniędzy nabywców. Dobrze jednak, że autorzy podjęli się zadania dokonania analizy tychże kontrowersyjnych przepisów, których stosowanie w praktyce może sprawić wiele problemów.

Przepisy art. 425¹–425⁵ p.u.n., będące *lex specialis* w stosunku do przepisów prawa upadłościowego, regulują następujące kwestie związane z upadłością dewelopera; są to kolejno: regulacje przejściowe, regulacje dotycząca osobnych mas upadłości oraz zobowiązań niepieniężnych, wprowadzenie nowego organu postępowania upadłościowego, jakim jest zgromadzenie nabywców oraz kwestie przeniesienia prawa do nieruchomości.

I tak, w części dotyczącej przepisów przejściowych znajduje się także definicja pojęć związanych z upadłością deweloperską, a także zasady stosowania przepisów o upadłości deweloperskiej. Dostrzeżone zostały między innymi takie problemy, jak niespójność między art. 15 ust. dew. a art. 425¹ p.u.n. (s. 71), polegająca na braku sprecyzowania przez ustawodawcę dalszych losów środków wypłaconych z tytułu gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej w przypadku ogłoszenia upadłości przez dewelopera, jak ma to miejsce w przypadku odstąpienia nabywcy od umowy (art. 15 ust. 2 ust. dew.). W konsekwencji może prowadzić to do sytuacji uzyskania przez nabywcę własności lokalu oraz kwoty wypłaconej z tytułu gwarancji, mimo że środki z powierniczego rachunku bankowego wchodzi w skład masy upadłości,

⁶ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Lex 2012 (komentarz do art. 36).

⁷ A. Machowska, *op. cit.*

⁸ UOKiK, *Raport z badania rynku budownictwa mieszkaniowego – rynek pierwotny*, Warszawa, marzec 2014, www.uokik.gov.pl.

z której uzyskał on już zaspokojenie. Inną kwestią poruszaną przez autorów jest to, czy nabywca, który uzyskał chociażby częściowe zaspokojenie z tytułu gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej powinien zostać wykluczony z grona zgromadzenia nabywców, a jego wierzytelność zgłoszona do masy upadłości i zaspokojona z funduszków osobnej masy upadłości (s. 72). Takie rozwiązanie nie wydaje się słuszne, gdyż prowadziłoby to do pozbawienia takiego nabywcy prawa pierwszeństwa zaspokojenia przyznanego mu przez przepisy ustawy, w konsekwencji zostałby on postawiony w gorszej sytuacji niż inni nabywcy, co do zaspokojenia pozostałej części wierzytelności. *Nota bene* nabywca taki został by wówczas „przekształcony” w wierzyciela. Bardziej zasadnym rozwiązaniem wydaje się pomniejszenie dochodzonej przez niego wierzytelności o sumę, którą uzyskał on z tytułu gwarancji, bez wykluczania go z grona zgromadzenia nabywców.

Kolejnym komentowanym zagadnieniem jest art. 425² p.u.n. regulujący osobne masy upadłości w przypadku upadłości dewelopera. Na wstępie autorzy przywołują ogólne zasady prawa upadłościowego. Pojęcie osobnej masy upadłości, zostało w mojej opinii wyjaśnione w sposób wyczerpujący, ponieważ poruszono wszystkie najistotniejsze jego elementy. Znalazło się także odniesienie do innych przypadków zastosowania odrębnych mas upadłości w polskim prawie, takich jak np. postępowanie odrębne wobec banków hipotecznych, czy postępowanie dotyczące emitentów obligacji. Nie zabrakło także odniesienia się przez autorów do reguł kolizyjnych (s. 79–85). W dalszej części rozdziału omówione zostały także takie kwestie, jak składniki majątkowe osobnych mas upadłości oraz kryteria ich wyodrębnienia, tryb oznaczania osobnych mas upadłości i konsekwencje prawne z tym związane. Interesujące jest to, że autorzy w podsumowaniu omawiania problematyki osobnych mas upadłości, proponują także rozwiązanie jakie *de lege ferenda* należałoby wprowadzić w związku z niedoskonałością tej regulacji (s. 99), w szczególności polegające na wprowadzenie czytelnych reguł kolizyjnych pomiędzy odrębnymi postępowaniami upadłościowymi oraz wspólnych reguł dotyczących wpływu upadłości na wierzytelności z rachunku powierniczego na gruncie prawa bankowego i upadłościowego.

Z wybranych, najważniejszych problemów dostrzeżonych przez autorów, warto wymienić nieuwzględnienie przez ustawodawcę zażaleń na postanowienie sędziego komisarza w przedmiocie osobnej masy upadłości, co jest niezgodne z Konstytucją i było już wcześniej sygnalizowane przez Trybunał Konstytucyjny⁹. Warta odnotowania jest także kwestia pominięcia przez usta-

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 marca 2006 r., SK 4/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 29, gdzie uznano za niekonstytucyjne inne przepisy p.u.n. które nie przewidywały zażaleń.

wodawcę uregulowania kwestii związanych z kosztami postępowania upadłościowego, które co do zasady pokrywa się w pierwszej kolejności (art. 332 ust. 1 pkt 1 p.u.n.). Jeżeli przyjąć, że osobna masa upadłości służy zaspokoleniu na zasadzie pierwszeństwa nabywców lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych, pojawia się istotny problem, kto sfinansuje postępowanie upadłościowe. Najbardziej racjonalnym wydaje się tu zobowiązanie nabywców do pokrycia części kosztów postępowania upadłościowego, proporcjonalnej do wartości ich prawa, na etapie ustalenia dopłat. Kwotę tę każdy z nabywców musiałby pokryć w celu przeprowadzenia postępowania upadłościowego¹⁰.

Odnosnie do regulacji zobowiązań o charakterze niepieniężnym oraz problemu związanego z przekształceniem zobowiązań niepieniężnych w pieniężne, na gruncie art. 425³ p.u.n. (s. 101), największe zastrzeżenia, zdaniem autorów, budzi tu brak precyzyjnej redakcji przepisów, co w konsekwencji prowadzi do wątpliwości, z jakim rodzajem upadłości można mieć do czynienia w przypadku upadłość dewelopera i jakie przepisy powinno się w takim wypadku stosować.

Wart uwagi jest także komentarz do art. 425⁴ p.u.n., wprowadzający nowy organ postępowania upadłościowego, jakim jest zgromadzenie nabywców. Autorzy opisują tutaj kompleksowo instytucję, uwzględniając także przepisy o zgromadzeniu wierzycieli, które stosuje się odpowiednio w kwestiach nieuregulowanych przez ustawę. Poruszone zostały w szczególności takie istotne kwestie, jak charakter prawny tej instytucji oraz jej kompetencje i tryb działania. W dalszej części omówiono także zasady podejmowania uchwał przez zgromadzenie nabywców, ich treść oraz konsekwencje z tym związane. Nie zabrakło także porównania tej instytucji do zgromadzenia wierzycieli oraz rozważenia kwestii kolizji tych dwóch organów, spowodowanej nierozgraniczeniem przez ustawodawcę ich kompetencji, co powodować może problemy w praktyce. Najwięcej kontrowersji budzi tu ust. 1 pkt 3 komentowanego przepisu, dający kompetencje zgromadzeniu nabywców do podjęcia uchwały w przedmiocie układu likwidacyjnego, uregulowanego w art. 271 ust. 1 p.u.n. Nie jest do końca jasne, kiedy uchwała taka może zostać podjęta. Nie można podzielić zdania autorów, że uprawnienie do głosowania nad układem przysługuje wyłącznie zgromadzeniu wierzycieli, ze względu na leksykalną wykładnię przepisu. Jednak w praktyce może to powodować znaczne komplikacje. Dopuszczalne byłyby dwa przypadki, kiedy układ taki mógł by zostać zawarty¹¹:

¹⁰ A. Machowska, *op. cit.*

¹¹ *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz...*, s. 913.

- ogłoszono upadłość z możliwością zawarcia układu, a nabywcy uczestniczyli w zgromadzeniu wierzycieli głosującym w przedmiocie przyjęcia układu likwidacyjnego,
- zawarcia układu likwidacyjnego jedynie przez wierzycieli nabywców lokali w obrębie poszczególnych mas upadłości dla przedsięwzięcia deweloperskiego niezależnie od formy postępowania upadłościowego.

Autorzy dość dokładnie omawia instytucję zgromadzenia nabywców, chociaż można byłoby poruszyć jeszcze np. problem nieokreślenie przez ustawodawcę skutków niepodjęcia przez zgromadzenie nabywców uchwały określonej w 425⁴ ust. 1 p.u.n. Ust. 5 komentowanego artykułu nie daje wówczas podstaw do przyjęcia, że mienie stanowiące odrębną masę upadłości wchodzi do ogólnej masy upadłości, a sędzia-komisarz także nie jest władny do wydania postanowienia o włączeniu tych składników do masy upadłości¹².

Kolejną ważną kwestią będącą przedmiotem szerszej analizy jest art. 425⁵ p.u.n., regulujący kwestię przeniesienia prawa do nieruchomości w przypadku upadłości dewelopera. Autorzy wskazują tu niedoskonałości tej regulacji, polegające na braku precyzyjnej redakcji tego artykułu, co w konsekwencji ogranicza jego stosowanie w ściśle określonych sytuacjach, a także to, że 30 dniowy termin tam zawarty jest w istocie iluzoryczny. Dostrzeżony został także istotny problem polegający na nie rozstrzygnięciu przez ustawodawcę kwestii ewentualnego obciążenia nieruchomości hipotekami ustanowionymi na rzecz banku, który kredytował dewelopera lub innymi hipotekami¹³. Autorzy bronią tutaj poglądu odmiennego od Wyrok Sądu Najwyższego z 9 lutego 2012 r.¹⁴, który powołując się przede wszystkim na zasady współzycia społecznego rozstrzygnął, że w przypadku ogłoszenia upadłości przez dewelopera, nabywcom lokali przysługuje pierwszeństwo przed wierzycielem hipotecznym. Można się tu zgodzić z autorami, ponieważ takie rozstrzygnięcie Sądu narusza w zasadzie istotę zabezpieczenia rzeczowego w postaci hipoteki¹⁵, jednakże trzeba zrozumieć także wartości, którymi kierował się SN, mianowicie aby nabywcy otrzymali lokal, za który zapłacili.

W ostatniej części monografii autorzy omawiają zbiorczo przepisy intertemporalne. (art. 37–39 ust. dew.) Co ciekawe, nie ograniczając się jedynie do skomentowania wskazanych artykułów ustawy, ale w poprzedzającym rozdział wprowadzeniu, dość dużo miejsca przeznaczają na omówienie pojęcia intertemporalności oraz ogólnych jej zasad, odwołując się przy tym do polskiego i austriackiego ustawodawstwa, np. ustawy prawo telekomunikacyjne

¹² *Ibidem*, s. 914.

¹³ A. Burzak, M. Okoń, P. Pałka, *op. cit.* (komentarz do art. 36).

¹⁴ III CSK 181/11.

¹⁵ H. Ciepła, B. Szczytowska, *op. cit.*, s. 150.

z 16 lipca 2004 r. (s. 135), niemieckiej ustawy deweloperskiej Bauträgervertragsgesetz (BTVG) (s. 136). Poruszenie tych kwestii budzi jednak zastrzeżenia i kontrastuje z celem oraz specyfiką publikacji, zawężonej do ściśle określonych zagadnień związanych z upadłością deweloperską. Opisywanie ogólnych zasad związanych z daną instytucją jest niecelowe, gdyż czytelnik, do którego praca ta jest skierowana, z zasadami tymi powinien być już zaznajomiony.

Praca kończy się krótkim komentarzem do art. 41 ust. dew., regulującym moment obowiązywania ustawy. Do monografii dodano także załączniki, które stanowią dość sporą jej część. Znalazły się tam: pełen tekst ustawy z 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, wybrane przepisy z ustawy prawo upadłościowe i naprawcze oraz z innych ustaw (np. kodeksu cywilnego, ustawy z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawy z 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym), oraz dwa orzeczenia Sądu Najwyższego wraz z uzasadnieniem: wyrok SN z 23 września 2010 r., sygn. akt III CSK 310/09, wyrok SN z 9 lutego 2012 r., sygn. akt III CSK 181/11 (s. 149–213). Jednak dodanie tak wielu załączników stanowiących *de facto* wklejony powszechnie dostępny tekst ustaw oraz orzeczeń wydaje się zbędne.

Na zakończenie warto wspomnieć także, że obecnie trwają prace nad nowelizacją komentowanej ustawy. Zakłada się wprowadzenie między innymi takich, zmian jak: umowa rezerwacyjna, zawierana pomiędzy deweloperem i nabywcą, a jej przedmiotem byłoby wyłączenie lokalu ze sprzedaży na określony czas. Doprecyzowanie informacji, które deweloper musi zamieścić w prospekcie informacyjnym, m.in. obowiązek informowania konsumentów o planowanych inwestycjach w promieniu kilometra od nieruchomości, a także możliwość odmowy dokonania odbioru nieruchomości w przypadku, gdyby zawierała ona istotne wady¹⁶.

Konkludując, monografia *Upadłość deweloperska. Komentarz do wybranych przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Rafała Adamusa, Bartosza Groele, Aleksandry Machowskiej, Zbigniewa Miczka, Pawła Kuglarza i Janusza Płocha, jest wartościową publikacją, ponieważ zauważa wiele istotnych problemów teoretycznych i praktycznych, związanych ze stosowaniem nowej regulacji oraz poddaje je rzetelnej analizie. Ponadto poruszana problematyka została omówiona szerszej niż w literaturze dostępnej obecnie na rynku w tym przedmiocie. Wywód został zawężony

¹⁶ Projekt informacji Rady Ministrów dla Sejmu o skutkach obowiązywania ustawy z 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. Nr 232, poz. 1377) wraz z propozycjami zmian.

jedynie do kwestii związanych z upadłością deweloperską. Monografia napisana jest dość przejrzystym językiem i dobrze się ją czyta. Analizowane zagadnienia są omówione wyczerpująco, a przy niektórych instytucjach znajdują się także odwołanie do zasad ogólnych (np. zagadnienia intertemporalne), co jak było wcześniej podkreślane, można było pominąć ze względu na specyfikę publikacji. Wart odnotowania jest także fakt, że autorzy podczas omawiania niektórych istotnych problemów proponują także rozwiązania *de lege ferenda*. Książka ta z pewnością zainteresuje uczestników rynku deweloperskiego i do nich właśnie jest skierowana.

Zastrzeżenia może budzić dość pobieżnie potraktowanie instytucji umowy deweloperskiej, o której warto było napisać bardziej wyczerpująco. Zastrzeżenia budzi także dodanie w załącznikach końcowych tekstów wybranych ustaw oraz orzeczeń SN które stanowią jedną czwartą książki. Taki zabieg jest niepotrzebny, gdyż zainteresowana osoba bez problemu może sięgnąć do omawianych przepisów. Budzi zastrzeżenia także pewna niekonsekwencja w nazewnictwie. Autorzy w różnych częściach monografii używają nazewnictwa artykułów ustawy „ustawa o ochronie praw nabywców” lub skrótu „ust. dew.”. Niniejszą pracę należy jednak ocenić zdecydowanie pozytywnie.

Márton Leó Zaccaria

University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Commentary on the principal judicial resolution EBH 2014. M.8. of the Curia of Hungary¹

The recent decision of the Curia of Hungary – Hungarian Supreme Court before 1st January 2012 – deals with one of the most current questions of labour law which, is the most difficult to be judged, namely, the principle of equal treatment, inwardly the basic question of equality or inequality between employees regarding the obligation of equal wage. In the Hungarian law the question of remuneration without discrimination is not quite unified in spite of the fact that the legal regulation is available. The Hungarian legislation follows the consequently developed standards of both the International Labour Organization (ILO) and the European Union even if regarding the changing labour law rules we can find some controversial steps from the legislative side.²

According to it in the legal dispute two basic places of legal norms – the 142/A. § of the Mt., which was in force and partly the Ebktv.³ – were disputed besides the fact that the Curia had to interpret the reference to the consequent legal practice of the Constitutional Court (in the following: AB)⁴ as well as one of its own earlier decisions,⁵ or to be correct, the Curia had to judge their relevances and applicability from the point of the basic case.

12. § paragraph (1) of the current Labour Code (in the following: Mt.) states on basic conceptual level that the principle of equal treatment in con-

¹ Official detailed number of the judgment: Kúria Mfv. I. 10.227/2013.

² B. Bitskey, T. Gyulavári, *Kell-e anti-diszkriminációs törvény?*, „Jogtudományi Közlöny” 2003, Vol. 58, No. 1, p. 1–8.

³ Act CXXV of 2003 on Equal Treatment and the Promotion of Equal Opportunities (in the following: Ebktv.).

⁴ Especially the 823/B/1991/3. AB resolution, which concerns the legal way of paying different wages to employees.

⁵ Judicial resolution BH 2004.123. of the Curia of Hungary (in the following: BH 2004.123.).

nection with employment relationship must be kept and essentially, this concept complies with the most important regulations of the EU regarding that according to one of the anti-discrimination principles of the European labour law equality between the employees must be ensured in every phase and element of the employment relationship.⁶ So the Mt. does not list them but states the rule in general, which correct interpretation should cover all important elements of the employment relationship.⁷ At the same time regarding the present judgment it is of special importance that the Mt. – according to the reasoning of the bill⁸ it is consistent with the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU)⁹ – at this point names remuneration separately emphasizing that the principle of equal treatment must be kept mainly in connection with remuneration. So the legislator declares that the principle of equal pay for equal work or work regarded as equal is really the most important field of the employees' equal rights and the legislator pays special attention to it. It is noteworthy that this rule is supposed to substitute the rule of the Mt. of 1992 – what is the casue of the legal dispute – according to which the employees must get equal pay for equal work, since this regulation in this form cannot be found in the present Mt., what is more, neither in the Basic Law of Hungary.¹⁰

Furthermore, the Mt. declares that if this principle is infringed it must be amended without other employees' violation or prejudice to her/his rights, namely it appears as the employer's fundamental obligation even if the employees have several possibilities for legal remedy in case of discrimination.¹¹

From the point of view of this study it must be added that Mt. 12. § (2) defines the concept of wage even if this definition cannot be regarded as an exhaustive general concept, since it only covers that in connection with the principle of equal pay for equal work what should be considered.¹² Though the definition is mainly consistent with remuneration in thg Treaty on the

⁶ C. Lehoczkyné Kollonay, *Az egyenlő bánásmód elve az Európai Unió elsődleges és másodlagos jogában*, [in:] *Egyenlő esélyek és jogharmonizáció*, ed. T. Gyulavári, Budapest 1997, p. 11–14 and 22–23.

⁷ This way its establishment, termination, working time, working conditions etc.

⁸ Detailed ministerial reasoning of Bill No. T/4786. on the Labour Code, p. 103.

⁹ T. Gyulavári, G. Könczei, *Európai szociális jog*, Budapest 2000, p. 135–140.

¹⁰ But it must be added that the Constitution of Hungary – which was in force befor 1st January 2012 – had this rule in 70/B. §. In my opinion this change will not have great effect on the legal practice because this is not the most important aspect in connection with the fundamental principle of equal pay. At the same time the former legal solution was very forward-thinking in Hungarian law.

¹¹ The employee can choose between the courts (the competent Administrative and Labour Court) and the administrative procedure (Equal Treatment Authority).

¹² This rule was the same in the previous Mt., which was in force at the time of this present case.

Functioning of the European Union (TFEU) and its concept in the European judicial practice since it interprets the concept broadly and its most important conceptual criterion is that the employee should deserve certain remuneration from the employer in connection with employment relationship.

Last, from among these rules 12. § (3) should be mentioned, which lists the aspects of equal work not exhaustively. These aspects mainly appear in connection with wages, and are very important because they are the most typical from those on which basis it can be decided whether works done by two or more workers are of equal value or not.¹³ It is important to add that since they are the most typical examples from the circle of criteria of comparison, it is not excluded that the courts also balance other aspects beyond them, but it is also true that in Hungarian legal practice the circle of these aspects have already been crystallized.¹⁴

At the time of the case by comparison regulatory environment in force it only must be added as a change that the circle of these typical attributes has broadened, since the aspects of the governing labour market should be examined as well. Otherwise, the aspects of defining the equality of work are of high importance because the fundamental principle of equal pay must be applied only for employees in comparable situation (e.g. equal position or equal task), namely, one of the most important concept of anti-discrimination law, the criterion of comparability appears factually in connection with remuneration. If the equal value of work cannot be stated in lack of comparable situations infringement of the principle of equal treatment is conceptually impossible.¹⁵ Finally, it is clear that these aspects – the nature of the done work, its quantity, quality, working conditions, necessary qualification, physical or intellectual efforts, experience, responsibility, conditions of labour market – really are such elements by which adequate application in practice one can decide about the equality of certain work objectively and reasonably.

I would like to mention in short the main rules of the other important legal source, the *Ebktv.*, which connects to the case, which is the object of this study. *Ebktv.* states in the 8. § the five types of discrimination: direct and indirect discrimination, harassment, segregation and victimization. Besides it provides the rules of burden of proof (19. §) and about exemptions from the main rule, in which cases the employee's disadvantage because of some

¹³ We must also take into consideration that in most cases we can only talk about work of equal value and not equal or same work. According to the development of the case-law of the ECJ work of equal value can be regarded the most important aspect.

¹⁴ As a consequence courts rarely exceed the catalog contained in 8. § of the *Ebktv.*

¹⁵ See especially Article 2 paragraph (1) point a) of Directive 2006/54/EC of the Parliament and the Council, which states "comparable situation" as the base of direct discrimination.

personal attributes does not result discrimination, because the employer applied the means of differentiation legally. Special attention should be paid to the 2. § of the law because its rules must be applied together with the concept of the Mt. since the Mt. also declares general framework-type rules in connection with the principle of equal treatment, so regarding employment discrimination both of the legal regulations are governing though the norms of the Ebktv. are less important in this actual case.

In the following it is necessary to sum up the statement of facts of the judgment in short in order to evaluate the decision foundedly, and it is also important to regard the later consequences. First of all, it is important to remark that on the basis of the antecedents of the case the questions involved in the judgment have connection with stating the unfair termination of the legal relationship, but they will not be interpreted here, because these circumstances are irrelevant from the viewpoint of enforcing the principle of equal pay for equal work.

The plaintiff woman employee's position at the employer was swimming-master together with other employees who had the same tasks in this position (employee no. 1., employee no. 2. and employee no. 3.). The latter employees are men. The legal relationship of the employee and the employer started to be problematic from the 5th November 2005 because from this point to the 24th November 2008 the employer stated the plaintiff's base wage illegally infringing the principle of equal pay for equal work.¹⁶ According to the court of first instance in the statement of facts the plaintiff's classified wage and her average income¹⁷ calculated per hour was the same as her colleagues' till the 31st January 2005. But from now on the employer made differences openly and at great extent regarding the plaintiff's and the above mentioned colleagues' wages.

According to the employer's justification the employer paid less to the plaintiff because her colleagues in comparable situation received higher category qualification – higher education – and the employer says that itself it is enough reason to determine their classification in a different way according to other aspects. So on the 1st February 2005 employee no. 1.'s, employee no. 2.'s and employee no. 3.'s base wage was increased only and the plaintiff's salary remained unchanged. The difference between the plaintiff's and her colleagues salaries became higher from the 1st May 2005 – and this tendency was going on later – since the employer increased the three colleagues' and

¹⁶ Base wage was considered as personal base wage according to the previous Mt., which was in force before 1st July 2012.

¹⁷ This concept is replaced in the present Mt. in force by absence wage.

the plaintiff's salary continuously but because of the differences in the intermediate period the raise was of different extent¹⁸ in spite of the fact that – seemingly – the employer increased their salaries at the same extent expressed percentage. But the absolute value of the difference became continuously higher what led to the plaintiff employee's commencement of action.

First the Curia – since the plaintiff submitted a petition for review after the judgment of the second instance with legal force – had to decide whether the classified pay and the base wage belong to the scope of the principle of equal pay for equal work. Referring to the Mt. 12. § (2) the answer is definitely „yes”, since the base wage is the most essential element of pay,¹⁹ and the employee is entitled to it as consideration of working activity exclusively. And the so-called classification wage serves as its base, so the employee deserves the base wage mostly in a certain position. It is beyond dispute that these elements of pay – independently from their names – belong to the conceptual circle of remuneration.

The next important question connects to the comparability, since to decide whether the work done by the plaintiff and her colleagues is of equal value is the clue to judge whether the principle of equal pay for equal work regarding the plaintiff was infringed or not. During this examination the Curia relied on the concept of the Mt. 12. (3) mainly²⁰ and also on viewing working positions and the actually done work. The Curia stated that the employer has to justify that the employer fulfilled the requirements of equal treatment, if she/he made difference between his employees' base wage referring to their qualification, this is legal only if the other three colleagues' higher education is necessary for their work, namely, it had legal reason and reasonable cause that the employer decided lower base wage for the plaintiff employee. In this case even if the employer differentiated clearly between his employees, she/he could do it with keeping the principle of equal treatment, so it could have been legal differentiation and only seemingly discriminative.

It must be added that earlier the employee had to render in action that she was discriminated by her employer and she suffered disadvantage. However, the employer has possibility to justify himself and for this interest the employer stated the following causes.

The cause of the difference between the wages is only the obtained higher education and qualification for operating the water recycling equipment re-

¹⁸ In the first period the the plaintiff's wage was only 94,3% of her colleagues' wage and later it decreased to 90%.

¹⁹ T. Prugberger, G. Nádas, *Európai és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog*, Budapest 2014, p. 253–254 and 259.

²⁰ It was paragraph (2) of 142/A. § of the previous Mt., which was in force that time.

ferring to the respondent's argument exempt from the principle of equal pay for equal work can be made if the compared employees' education, qualification is different. Furthermore, the employer noted that the mentioned difference between the wages is not so huge that it could not deduce reasonably from comparing higher and lower education. In the defence the employer also noted that the lower level courts applied Pp. 164. §²¹ and Ebktv. 19. § paragraph (1) because the plaintiff would have had to justify that the employer did not fulfil the principle of equal pay for equal work. Furthermore she/he adds that employee no. 3. who was compared with the plaintiff, also had the tasks of the team leader, so his working activity is different from the plaintiff's work in merit, and on these basis higher pay can be given to him. To support all these the respondent employer said that the documents justifying the different educations are enough evidence that the plaintiff's wage was lower only because of her lower education – and did not increase at the expected measure – so it is justified that the employer fulfilled the requirements of the principle of equal treatment referring to the Ebktv. 19. §.

Further interesting element of the employer's argument is the reference to the 823/B1991/3. AB resolution, on which basis – according to the respondent – different remuneration can be paid legally to an employee whose classification is the same but whose qualification is different from the others.²² The employer explained that different remuneration is possible even in case of equal work if such circumstance can be justified, which diversifies the measure of equality, namely, in the given circumstances the employees would be entitled equal pay only seemingly. Besides, the employer referred to the Curia's decision BH 123/2004., this way she/he intended to strengthen the legal possibility of differentiating between wages.

Summing up the respondent employer's justification arguments it is clear that the employer does not even try to deny that she/he paid less base wage for the plaintiff and the absolute value of her wage gradually decreased later in comparison with her colleagues in same positions. To his standpoint the base of differentiation was not the plaintiff's protected attribute – her gender – but the examined other employees' higher, different education and qualification and this cannot be regarded wage discrimination.

But the Curia did not regard the employer's justification reasonable, because the employer cannot apply different remuneration if the nature, quantity, quality of the done work, working conditions, exerted efforts and responsibility practically is the same even if some further circumstance can

²¹ Act III of 1952 on Civil Procedure (in the following: Pp.).

²² So this kind of employer's act is not contrary to the principle of equal pay.

be observed like the higher education or qualification, which was taken into consideration by the employer. Moreover, the name and type of the working positions were the same in this case. However, this argument must be completed that basically higher education can result higher classification but only if it is stated as compulsory regulation in connection with the given working position by legal regulation, collective agreement or the employer, or the employee's higher qualification may affect in merit the quality and quantity of the performance of work.²³

In the present case taking into consideration these two aspects it is sure that it is not justified. On the one hand, higher education, qualification was not required to fill the position and on the other hand, the higher wage classification was not due to the fact whether the employees really had such qualification. It must be added that the employer did not even prescribe that in the interest of professional advancement she/he would involve the employees, namely, the employer could not have justified herself/himself that for establishing legal relationship education is not required, but it may be advantage later.²⁴

What is more, the Curia emphasizes in the judgment that according to the respondent in the background of the wage classification there were the mentioned extra qualifications exclusively – which were not necessary for the work – but the plaintiff also had some extra qualification.²⁵ So if the employer intended to base the different wage classification whether the employee had any extra qualification, the employer would have infringed the principle of equal pay for equal work.

In my opinion this train of thought needs some amendment because the extra qualification could be the condition of wage increasing if it is not bound necessarily close to the activity done. All this can be implemented in such a waging system where the employer binds the measure of the base wage to special levels of education or qualification. However, in this hypothetical case designing working positions should be matched to this.

The Curia – correctly on the basis of the regulations of *Ebktv.* and EU law²⁶ – shared the standpoints of the lower level courts in connection with

²³ It must be added that in this case the employer argued with these qualitative and quantitative aspects but she/he did not give more details except the surplus tasks in connection with the team leader position.

²⁴ This kind of prescription could be legal, of course if the conditions were clarified in advance and in this case the employer should assure the terms for acquiring the actual qualification equally without discrimination for all employees (for example free time, pecuniary support).

²⁵ Chlorine-gas dispenser and conditioning masseur.

²⁶ See especially Article 19 of Directive 2006/54/EC as follows: “Member States shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that,

the burden of proof emphasizing that it was the employer's burden to justify that her/his procedure complied with the principle of equal pay. The function of this special – reversed – burden of proof is to ease the employees' situation in such cases regarding that the employer in her/his position is always in an easier situation during the evidentiary procedure since the employer has more information and facts than the employee.²⁷ Furthermore, it was legal that the courts examined not exclusively the plaintiff's comparable situation comparing with employee no. 1. in spite of the fact that in the claim that the plaintiff marked only him. According to the Curia if only by comparing more employees and works can be judged whether it is a comparable situation, it is justified to do this examination amplifying.

It is noteworthy that the Curia argues that defining equal value and equality of the remuneration cannot be bound to time limit, so the respondent cannot refer to that she/he fulfilled the requirement till the time in question and later there was no difference between the percentage of the raising. It should be noticed that the plaintiff suffered discrimination in the interim what is another proof that the difference between the wages were not based on objective aspects.²⁸ In my opinion it is of high importance that the Curia conducted the examination of comparability with the necessary care and did not make the mistake to judge the working activities on the basis of qualification. It is important to certify them different albeit with insisted on connecting the done work to the necessary qualification. Otherwise, it cannot be deduced either from it that only the higher qualification was the reason of different waging even if in this situation the employer could justify herself/himself.

Every employee working as swimming-master had the necessary qualification, their activities, working hours, responsibilities were the same. So their situations were comparable, namely, on the basis of the attributes stated in the Mt. 12. § (3) they made equal work for what they should have received the same pay naturally. Furthermore, since the employer did not raise more conditions, her/his argument that the plaintiff did not receive the designated qualifications by her own fault regarding that she had opportunity to it is unsubstantiated. Of course, this argument could have been correct if the ob-

when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment."

²⁷ N. Cunningham, *Discrimination Through the Looking-glass: Judicial Guidelines on the Burden of Proof*, „Industrial Law Journal” 2006, Vol. 35, No. 3, p. 272–278.

²⁸ It is irrelevant that they got the qualifications later because the unjustified differences had emerged earlier and these new qualifications did not make reasonable these differences either.

ligation of receiving higher qualification had been among the requirements and the plaintiff would not have fulfilled it intentionally. It is true that according to the principle of equal treatment the employer secures the same conditions and opportunities for her/his employees, but in this case „not using” this option as justification seems rather remote and hypothetical at the same time.

According to the 823/B/1991/3. AB resolution breaking the principle of equal pay for equal work is legitimate if further or higher qualification is important from the view of the working position and has effect on the activity done within its frames in merit. In other words: the designated employees did not become better, more useful workforce because of their higher qualification, which is in indirect connection with their work and it reasonably cannot be the base of wage differentiation. The Curia adds that the BH 123/2004. decision quoted by the respondent is irrelevant in this case.

I would like to add that in this decision the Curia declared that differentiation between the employees by the employer is justified during doing same type of work when the given employee has not got the same conditions. Consequently, in this case the employer can pay different remuneration to the given employees.²⁹

As a whole we must agree with the decision, and in my opinion it is of high importance that the Curia raised this decision to principal decision level, since it is a new step to integrate the principle of equal pay for equal or work regarded as equal work to the Hungarian legal system since we have experienced its narrowing interpretation in the legal practice. Though the legal practice is not totally unified at present, but with its very important decision the Curia tries to declare that in connection with remuneration the prohibition of discrimination should be enforced broadening and consequently. Further importance of the decision is that all the important theoretical elements of the principle of equal pay are surveyed giving a more precise direction to the jurisdiction in the future.

²⁹ According to the decision of 2004 „conditions” mean the classification of the employee based on the law, which can of course orientate to qualification or education but these aspects are not exclusive. A parallel can be drawn with the judgment of 2014 as follows: in the 2004 case not the qualification was needed to adjust to the position but the position to the qualification; and in the 2014 judgment not the qualification determined the working position and the base wage of this position but the fundamental prescriptions connected to the working position and the scope of duties.

Łukasz Mroczyński-Szmaj
magister, Uniwersytet Rzeszowski

Sprawozdanie z II Euroregionalnej Konferencji Naukowej „Mediacja – między teorią a praktyką”

Zagadnienia związane z polubownym rozwiązywaniem sporów były już przedmiotem licznych konferencji oraz seminariów naukowych. Istnieje jednak nadal potrzeba promocji oraz informacji na ten temat w szerszym kontekście społecznym oraz transgranicznym. W te działania wpisała się również II Euroregionalna Konferencja Naukowa „Mediacja – między teorią a praktyką”, która odbyła się 15 maja 2014 r. w Centrum Mikrotechniki i Nanotechnologii Uniwersytetu Rzeszowskiego. Była ona wspólnym projektem organizacji studenckich¹ działających przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, Zakładu Prawa Handlowego i Gospodarczego UR oraz Stowarzyszenia Euroregion Karpacki Polska w ramach cyklu „Między teorią, a praktyką”.

W konferencji wzięli udział wybitni naukowcy i praktycy, reprezentujący 12 ośrodków krajowych oraz 2 zagraniczne, m.in.: prof. zw. dr hab. Jan Łukasiewicz, prof. nadzw. dr hab. Mariusz Załucki, ks. dr hab. Sławomir Fundowicz, prof. KUL, dr hab. Jan Olszewski, prof. UR, dr hab. Jerzy Plis, prof. UR, mec. Irina Nikolajewa, dr Wiktoria Gurasz, mec. Andrzej Kąkollecki, adw. Tomasz Cyrol, Dawid Lasek, wiceprezes Zarządu Stowarzyszenia Euroregion Karpacki Polska, oraz zaproszeni goście, m.in.: senator RP Alicja Zając, poseł na Sejm RP Stanisław Ożóg – I Prezes Stowarzyszenia Euroregion Karpacki Polska, poseł na Sejm RP Stanisław Piotrowicz – wiceprzewodniczący Parlamentarnego Zespołu Karpackiego.

¹ Koło Naukowe Prawa Handlowego i Gospodarczego „Amicus Curiae”, Uniwersytecka Poradnia Prawna przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, Europejskie Stowarzyszenie Studentów Prawa ELSA Rzeszów, Samorząd Studentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, Koło Naukowe Prawa Pracy, Koło Naukowe Filozofii i Teorii Prawa, Koło Naukowe Prawników Sekcja Patologii Społecznej UR, Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego „Constitutio”.

Konferencja składała się z dwóch paneli, „Międzynarodowe oraz teoretyczno-prawne wyzwania mediacji” i „Praktyczne wyzwania mediacji” cz. 1 i cz. 2, oraz prezentacji ośrodków mediacyjnych z Polski południowo-wschodniej. Zaprezentowano referaty pokazujące teoretyczne i praktyczne aspekty mediacji jako skutecznego instrumentu rozwiązywania konfliktów. Konferencję poprzedził panel „Mediacja okiem młodego naukowca”, który odbył się 14 maja 2014 r., na który złożyły się przede wszystkim wystąpienia młodych adeptów nauk prawnych – studentów oraz doktorantów z wielu polskich ośrodków akademickich. Został przygotowany przez Uniwersytecką Poradnię Prawną w Rzeszowie, natomiast jego moderatorem był mgr Tomasz Miśko z Zakładu Prawa Handlowego i Gospodarczego UR. Uroczystego otwarcia dokonał prof. Jan Olszewski. Zaprezentowano następujące tematy: „Mediacja w biznesie jako ważny element zarządzania” (mgr Tomasz Małecki, absolwent Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie); „Mediacja w sektorze finansowym” (mgr Radosław Froń, doktorant w Instytucie Nauk Prawych Polskiej Akademii Nauk); „Wykorzystanie mediacji jako sposobu rozwiązywania sporów prawa własności intelektualnej” (mgr Tobiasz Serafin, asystent w Zakładzie Komunikacji Społecznej i Prawa Prasowego UR); „Wybrane aspekty mediacji w sprawach karnych” (mgr Nina Leško, doktorantka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego); „Praktyczne wykorzystanie mediacji w prawie ochrony konkurencji” (mgr Tomasz Miśko, asystent w Zakładzie Prawa Handlowego i Gospodarczego UR); „Wykorzystanie mediacji w sporach z zakresu prawa ubezpieczeń” (mgr Tomasz Faliszek, doktorant Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego); „Możliwości zastosowania mediacji w polskim sektorze energetycznym” (mgr Łukasz Mroczyński-Szmaj, asystent w Zakładzie Prawa Handlowego i Gospodarczego UR); „Mediacja w wirtualnych światach – niewykorzystany potencjał” (mgr Kamil Szpyt, doktorant na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego); „Mediacja w Japonii” (mgr Tomasz Drozdowski, asystent w Zakładzie Teorii Prawa i Doktryn Polityczno-Prawnych UR); „Mediacja a filozofia prawa” (Sylwia Kubicka, studentka III roku na Wydziale Prawa i Administracji UR); „Mediacja jako forma ustalenia kontaktów z dzieckiem” (Patrycja Słaba, studentka V roku na Wydziale Prawa i Administracji UR); „Kompetencje mediatora w sprawach gospodarczych w kontekście zasady poufności” (Stanisław Ludwikowski, student V roku na Wydziale Prawa i Administracji UR); „Postępowanie mediacyjne w sprawach nieletnich” (Tomasz Gieroń, student V roku na Wydziale Prawa i Administracji UR).

15 maja 2014 r. konferencji otworzył prorektor ds. nauki UR, prof. dr hab. Sylwester Czopek. Następnie wystąpili goście honorowi, m.in.: sena-

tor RP Alicja Zając, posłowie Stanisław Ożóg i Stanisław Piotrowicz oraz sędzia Barbara Chłędowska. W panelu pierwszym zaprezentowano następujące zagadnienia: „Mediacja w sprawach sportowych” (ks. dr hab. Sławomir Fundowicz, prof. KUL); „Mediacja jako instrument rozwiązywania sporów we współczesnej gospodarce” (dr hab. Jan Olszewski, prof. UR); „Bariery komunikacyjne w mediacji i ich przewyciężanie” (dr hab. Jerzy Plis, prof. UR); „Socjopsychologiczne aspekty mediacji. Wprowadzenie do zagadnienia” (dr Eugeniusz Moczuk, UR); „Postępowanie mediacyjne – elastyczne czy sformalizowane” (dr Aneta Arkuszewska, radca prawny, adiunkt UR); „Mediacja na Ukrainie” (mec. Irina Nikolajewa, Lwów, Ukraina); „FIDIC i SIDiR – rozjemstwo i arbitraż” (mec. Andrzej Kąkolecki, wieloletni arbiter ICC w Paryżu, prezes Sądu Arbitrażowego przy SIDiR w Warszawie).

Panel drugi z założenia miał mieć charakter praktyczny. Moderatorem był dr Roman Uliasz (radca prawny, adiunkt w Zakładzie Prawa Handlowego i Gospodarczego UR), natomiast prowadzili go studenci Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Rzeszów. Wśród prezentowanych tematów znalazły się następujące: „Elektroniczna mediacja w sprawach cywilnych” (dr Anna Kościółek, adiunkt UR); „Mediacje rodzinne jako przedmiot ugody mediacyjnej. Uwagi *de lege ferenda*” (dr Jakub Łukasiewicz, adiunkt w UR); „Kwalifikacje podmiotowe arbitrów i mediatorów” (dr Roman Uliasz, radca prawny, adiunkt UR); „Nowe unijne regulacje w zakresie ADR w sporach konsumenckich” (mgr Anna Banaszewska, doktorantka Uniwersytetu Wrocławskiego); „Mediacja w kontaktach handlowych pomiędzy przedsiębiorcami z branży budowlanej” (mgr Barbara Borysowska, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji UR); „Aktualnie problemy polskiej mediacji” (Aleksandra Petrus-Schmidt, wiceprezes Polskiego Stowarzyszenia Arbitrażu i Mediacji, Poznań); „O potrzebie regulacji zawodu mediatora” (adv. Tomasz Cyrol, mediator Centrum Alternatywnego Rozwiązywania Sporów Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Następnie podjęto temat praktycznych wyzwań mediacji. W tej części, obok tradycyjnych referatów, zaprezentowano działalność ośrodków mediacyjnych z Polski południowo-wschodniej. Spotkanie moderował mgr Łukasz Mroczyński-Szmaj. Wygłoszono referaty: „Różnice w postrzeganiu mediacji w polskim i brytyjskim systemie prawa” (mec. Beata Karbowska-Czyż, Fundacja Centrum Poradnictwa Prawnego Prawnikon w Rzeszowie); „Nowe rozwiązania w zakresie promocji mediacji” (Anna Bicz, studentka V roku na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego; mediator w Ośrodku Mediacji Fundacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego „Facultas Iuridica”, prezes Studenckiej Poradni Prawnej, zwycięzca Ogólnopolskiego Konkursu „Mistrzowie mediacji”); „Rola mediatora w sporze”

(mgr Janusz Kawa, absolwent studiów podyplomowych z zakresu mediacji i negocjacji na Wydziale Prawa i Administracji UR); „Mediacja w sprawach z zakresu prawa pracy” (dr Maria Bosak, kierownik Zakładu Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych UR; mgr Michał Skóra, asystent w Zakładzie Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych UR); „Mediacja jako sposób rozwiązywania sporów z zakresu prawa pracy na Ukrainie” (dr Wiktoria Gurasz, prof. Uniwersytetu Iwana Franki we Lwowie).

Na uwagę zasługują też wystąpienia dotyczące działalności Karpackiego Centrum Mediacji Gospodarczej (mgr Piotr Łach), oraz Ośrodka Mediacji Fundacji Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego „Facultas Iuridica” (mgr Grzegorz Frączek).

Do najważniejszych wniosków pokonferencyjnych należałoby zaliczyć:

- postulat powołania wspólnej instytucji mediacyjno-arbitrażowej o charakterze eurokarpackim, mającej na celu rozwiązywanie sporów powstałych przy okazji wspólnych przedsięwzięć w ramach podmiotów stowarzyszonych w Euroregionie Karpackim;
- mediacja jest zjawiskiem wieloaspektowym i wielopłaszczyznowym – nieustannie ewoluującym;
- istnieje potrzeba standaryzacji zasad szkolenia mediatorów;
- nie zawsze mediacja jest efektywną metodą zakończenia sporu – istnieje zatem potrzeba rozbudowania i dopasowania zestawu metod ADR do polskich warunków, mając na uwadze ich większą skuteczność.

Mateusz Małdel

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Szymon SolarSKI

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Sprawozdanie z konferencji naukowej
„50 lat Kodeksu cywilnego. Sens i nonsens
rekodyfikacji”, Kraków, 15–16 kwietnia 2014 r.**

15 i 16 kwietnia 2014 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych odbyła się konferencja naukowa z okazji jubileuszu 50-lecia Kodeksu cywilnego. Temat konferencji „Sens i nonsens rekodyfikacji”, sprowokowany był planami wprowadzenia nowego Kodeksu cywilnego, nad którym prace trwają już przeszło 10 lat. Organizatorami konferencji były Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego oraz Uniwersytet Opolski. Patronat honorowym nad konferencją objęli Prezydent Miasta Krakowa Jacek Majchrowski, Prezydent Miasta Opola Ryszard Zembaczyński oraz Krajowa Rada Notarialna. Natomiast patronat medialny zapewnił periodyk „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” oraz serwis Urzędu Miasta Krakowa www.krakow.pl.

Pierwszego dnia konferencji, przedstawiciele placówek naukowych z całej Polski, zaprezentowali swoje uwagi, opinie i postulaty w zakresie planowanych zmian Kodeksu cywilnego, często w odniesieniu do konkretnych instytucji prawa cywilnego, a wymuszonych m.in. koniecznością implementacji unijnych rozporządzeń. Pierwsza część została podzielona na wykłady tematyczne, które dotyczyły poszczególnych działów Kodeksu cywilnego oraz kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, tj. „Część ogólna i zobowiązania”, „Prawa rzeczowe i do rzeczowych podobne” oraz „Prawo rodzinne i spadkowe”. Pierwszy moduł, dotyczący części ogólnej kodeksu cywilnego oraz prawa zobowiązań, prowadzony był przez prof. nadzw. dr hab. Mariusza Załuckiego KAAFM. Referaty wygłosili: prof. Piotr Stec (Uniwersytet Opolski), prof. Dariusz Szostek (Uniwersytet Opolski) oraz dr hab. Marlena Pecyna

(Uniwersytet Jagielloński). Moduł dotyczący prawa rzeczowego oraz do rzeczowych podobnych prowadzony był przez prof. Piotra Steca. Swoje referaty związane z tą tematyką zaprezentowali prof. dr hab. Anna Machnikowska (Uniwersytet Gdański), dr hab. Magdalena Habdas (Uniwersytet Śląski), prof. Janusz Szwaja (KAAFM) i prof. Marian Kępiński (Uniwersytet Adama Mickiewicza). Obrady plenarne konferencji zakończył moduł dotyczący prawa rodzinnego i spadkowego, który przewożony był przez prof. Dariusza Szostka. W ramach finalnego modułu referaty wygłosili prof. Jacek Mazurkiewicz (Uniwersytet Wrocławski), dr hab. Monika Jagielska (Uniwersytet Śląski), prof. Mariusz Załucki oraz dr Maciej Rzewuski (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski).

Pierwsza część obrad przeprowadzona została w konwencji dyskusji pomiędzy zwolennikami nowego Kodeksu i przeciwnikami wprowadzenia nowej ustawy. Zwolennicy obowiązującego obecnie Kodeksu cywilnego podkreślali, że w porównaniu z kodeksami austriackim, francuskim czy niemieckim, polski jest stosunkowo „świeższą” regulacją. Wskazywano również, że polski Kodeks cywilny jest solidnie podparty bogatym orzecznictwem, jest napisany ogólnie i zrozumiałym językiem. Wskazywano na konieczność ciągłego wprowadzania zmian, aby prawo cywilne w dalszym ciągu odpowiadało zmieniającej się rzeczywistości, ale zmiany nie wymuszają wprowadzenia zupełnie nowej ustawy. Natomiast zwolennicy nowej kodyfikacji podkreślali, że już dotychczasowe nowelizacje znacząco wpłynęły na konstrukcję ustawy, a wprowadzanie zmian wynikających z konieczności implementacji unijnych rozporządzeń doprowadzić może do konstrukcyjnych nieścisłości. Ponadto podkreślono, że Kodeks cywilny przestał być ustawą kompleksowo regulującą stosunki cywilno-prawne, ponieważ od momentu wprowadzenia Kodeksu cywilnego w 1964 r., uchwalono wiele ustaw około kodeksowych z zakresu prawa cywilnego, które z powodzeniem można do Kodeksu wprowadzić. Postulowano tym samym wprowadzanie chociażby norm z zakresu prawa konsumenckiego i prawa autorskiego.

Obrady w równoległych panelach zostały poświęcone, odpowiednio, części ogólnej Kodeksu cywilnego, zobowiązaniom, deliktom oraz stosunkom prawno-rzeczowym. W ramach obrad referenci przeprowadzali szczegółową analizę konkretnych instytucji prawa cywilnego wraz z propozycjami ewentualnych zmian, polegających na modyfikacji, wprowadzeniu lub usunięciu niektórych norm z ustawy. Odnoszono się również do ostatnich nowelizacji, nad którymi prace prowadzi obecnie komisja kodyfikacyjna.

W ramach panelu części ogólnej Kodeksu cywilnego należy zwrócić uwagę na referat dr Piotra Gila z Uniwersytetu Opolskiego, „Bezskuteczność czynności prawnych”, w ramach którego zostały poruszone kwestie otrzymywa-

nia oświadczeń woli, w szczególności w przypadku podmiotów niemających zdolności do czynności prawnych. Agnieszka Porwisz z Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego podjęła temat „Cywilnoprawna problematyka elektronicznych oświadczeń woli” – kwestie w zakresie formy składania oświadczeń woli w przypadku elektronicznych oświadczeń woli w odniesieniu do Kodeksu cywilnego. Swoje postulaty w zakresie umiejscowienia instytucji prawa handlowego w Kodeksie cywilnym, w szczególności które elementy prawa handlowego należałoby implikować przedstawił dr Grzegorz Koziół z Uniwersytetu Marie Curie-Skłodowskiej w Lublinie w referacie „Uwagi o umiejscowieniu instytucji prawa handlowego w kodeksie cywilnym i projekcie nowego kodeksu cywilnego *de lege lata* oraz *de lege ferenda*”. W ramach omawianego panelu referaty wygłosili również: dr Radosław Strugała z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Porozumienia o formie a nowy kodeks cywilny”, prof. Andrzej Śmieja z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Z problematyki składania i odwoływania oświadczeń woli”, dr Katarzyna Górską z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Regulacja formy oświadczenia woli w projekcie Kodeksu cywilnego – ewolucja czy rewolucja?”, Katarzyna Zoń z Uniwersytetu Wrocławskiego, „O potrzebie nowelizacji przepisów kodeksu cywilnego w zakresie instytucji ubezwłasnowolnienia”, dr Grzegorz Koziół z Uniwersytetu Marie Curie-Skłodowskiej, „Uwagi o umiejscowieniu instytucji prawa handlowego w kodeksie cywilnym i projekcie nowego kodeksu cywilnego *de lege lata* oraz *de lege ferenda*”, Anita Curzydło z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „Ułomne (niepełne) osoby prawne a projekt nowego kodeksu cywilnego”, dr Roman Uliasz z Uniwersytetu Rzeszowskiego, „O potrzebie kompleksowej regulacji problematyki kwalifikacji podmiotowych członków organów osób prawnych”, Alicja Moskała-Dudek z Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego, „Uwagi na temat definicji przedsiębiorstwa w art. 76 projektu nowego kodeksu cywilnego”, dr Jarosław Antoniuk z Politechniki Śląskiej w Gliwicach, „Przedstawicielstwo bierne. Wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*”.

W panelu poświęconym prawie kontraktów w odniesieniu do stosunków obligacyjnych w ogólności, do poszczególnych umów oraz konkretnych instytucji prawa zobowiązań. W referacie dr Zbigniew Okoń z Instytutu Allhanda w tekście „Czy przepis prawa może być abuzywny? Absurdy polskiego modelu ochrony konsumenta przed narzucaniem nieuczciwych warunków umowy”, podniesiona kwestia klauzuli abuzywnych, które, jak się wskazuje, zostały sztucznie wprowadzone do Kodeksu cywilnego na zasadzie błędnego tłumaczenia dyrektyw unijnych, co doprowadziło do wprowadzenia słabszej niż wcześniej ochrony konsumenta oraz pominięcia dotychczasowych regulacji, np. dotyczących wyzysku czy zasad współżycia społecznego. W ramach

omawianego panelu referaty przedstawili również: dr Michał Chajda z Uniwersytetu Rzeszowskiego: „Problemy uregulowania kodeksowego zobowiązań pieniężnych”, Katarzyna Górecka z Uniwersytetu Warszawskiego: „Pojęcie pieniądza i świadczenia pieniężnego we współczesnym obrocie cywilnoprawnym”, prof. Rafał Adamus z Uniwersytetu Opolskiego, „Skutki wygaśnięcia i rozwiązania umowy leasingu”, Sławomir Szejna z Uniwersytetu Śląskiego, „Charakter prawny umowy o zastępstwo inwestycyjne”, Jakub Sznajder, „Kodeksowa regulacja umów przewozu i spedycji – geneza, ewolucja, perspektywy”, Karolina Polańska z Krakowskiej Akademii im. A. Frycza Modrzewskiego, „Przesłanki uzasadniające regulację empirycznego typu umowy”, Szymon Romanow z UJ, „Projekt nowelizacji kodeksu cywilnego w zakresie umowy sprzedaży w kontekście harmonizacji”, Jan Andrzejewski z Uniwersytetu Adama Mickiewicza, „Czy art. 388 kc jest potrzebny? Wyzysk w kodeksie cywilnym oraz w tzw. perspektywie kodyfikacyjnej – spojrzenie krytyczne i wnioski *de lege ferenda*” oraz Piotr Łebek z Uniwersytetu Opolskiego, „Kodeks cywilny czy kodeks sportowy?”

W panelu poświęconemu deliktom zostały zaprezentowane kwestie kompensaty szkody niemajątkowej oraz szkód wyrządzonych w wyniku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania, przedstawiono także postulaty *de lege lata* i *de lege ferenda* w zakresie prawa zobowiązań oraz referaty z zakresu prawa autorskiego. W ramach panelu referaty przedstawili: Jacek Zębała z Uniwersytetu Warszawskiego, „Zagadnienia kompensacji szkód niemajątkowych osób trzecich wynikających z niewykonania albo nienależytego wykonania umowy wobec osoby prawnej – model teoretyczny”, Elżbieta Stan z Uniwersytetu Warszawskiego, „Dziedziczność roszczenia z tytułu zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej – postulat pod adresem przyszłego ustawodawcy”, Marcin Tomczyk z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, „Zadośćuczynienie za śmierć osoby bliskiej w polskim prawie cywilnym”, Małgorzata Wilczyńska z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Przyznanie zadośćuczynienia w ramach reżimu kontraktowego – wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*”, dr Anna Konert z Uczelni Łazarskiego, „Odpowiedzialność cywilna osoby eksploatującej statek powietrzny za wypadek lotniczy”, Aleksandra Rogowska z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Regulacja kodeksu cywilnego a realizacja roszczeń z tytułu «złego urodzenia» – przyczynek do dyskusji”, Karolina Bobusia z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Zmiany polskiego prawa autorskiego w związku z rozwojem Internetu”, dr Daria Gęśicka z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, „O potrzebie zmiany paradygmatu dozwolonego użytku” oraz dr Michał Skwarzyński z KUL, „Losy *post mortem* praw autorskich w nowoczesnym prawie cywilnym”.

Ostatni panel dotyczył praw rzeczowych, a rozpoczął się od referatu dr Joanny Kozińskiej z Uniwersytetu Opolskiego, „Koncepcja odrębnych od gruntu przedmiotów własności – analiza na tle obecnego stanu prawnego oraz propozycji zmian legislacyjnych w prawie rzeczowym”, w którym zostało poruszone zagadnienie w kwestii odstępowania od zasady, że to, co na gruncie jest związane z własnością gruntu. Poruszona została też kwestia własności wody (Agnieszka Sznajder z Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, „Woda jako przedmiot prawa własności”). Z kolei dr Magdalena Rzewuska z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego omówiła „Użytkowanie wieczyste – sens czy nonsens regulacji”, zaś Krystian Brzeziński z UJ wystąpił z referatem „Prawo zabudowy zamiast użytkowania wieczystego?”. Następnie referaty wygłosili: prof. Elwiry Marszałkowskiej-Krześ, dr hab. Izabelli Gil z Uniwersytetu Wrocławskiego, „Znaczenie i skutki zabezpieczeń rzeczowych w przypadku ogłoszenia upadłości”, Michał Mościcki z KUL, „Zastaw jako prawo zabezpieczające na gruncie polskiego kodeksu cywilnego i na gruncie prawnoporównawczym” oraz Iwona Ramus z Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych w Kielcach, „Perspektywy rozwoju zabezpieczeń rzeczowych”. Dotyczyły one możliwości wykorzystania w dzisiejszej gospodarce praw rzeczowych jako zabezpieczenia. Referaty w tej części przedstawili również Kamil Szpyt, „Własność wirtualna – cywilnoprawna rewolucja czy ewolucja?” oraz dr Katarzyna Dadańska z Uniwersytetu Szczecińskiego, „Timeshare po kodyfikacji i dekodyfikacji kodeksu cywilnego – wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*”.

Drugiego dnia tematem były dobra osobiste, prawo rodzinne i opiekuńcze oraz prawo spadkowe. W ramach panelu poświęconemu ochronie dóbr osobistych, referaty wygłosili: dr Joanna Buchalska z Akademii Leona Koźmińskiego, „Swobodne wykonywanie praktyk religijnych w orzecznictwie”, dr Agnieszka Kubiak-Cyruł z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „Zmiany w przepisach o ochronie dóbr osobistych w projekcie kodeksu cywilnego”, Brygida Majewska z KUL, „Wzajemna relacja roszczeń z tytułu naruszenia dóbr osobistych a kwestia sprostowania w prawie prasowym”, dr Zofia Zawadzka z Uniwersytetu w Białymstoku, „*Non omnis moriar* a zakres ochrony dóbr osobistych prawa powszechnego”, dr Berenika Kaczmarek-Templin z Politechniki Wrocławskiej, „Linki, Google Street View, Web 2.0 a dobra osobiste, czyli nowe technologie a 50-letni kodeks”, Jakub Głowacz, Filip Nowak z Uniwersytetu Łódzkiego, „Klauzula generalna rozsądku i słuszności w świetle części ogólnej kodeksu cywilnego *de lege ferenda*”, dr Marcin Sala-Szczypiński z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, „Zasady współżycia społecznego – zmiana treści

klauzuli generalnej w okresie obowiązywania kodeksy cywilnego”, prof. Joanna Sieńczyło-Chlabicz z Uniwersytetu w Białymstoku, „Majątkowa ochrona prawa do wizerunku osób powszechnie znanych za życia i po śmierci” oraz Jakub Rzeszowski z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, „Odpowiedzialność cywilna z tytułu komercyjnego wykorzystania wizerunku osób powszechnie znanych”.

Panel poświęcony prawu rodzinnemu poruszał zagadnienia związane z zawarciem małżeństwa, relacji rodzice–dzieci, problematyki pokrewieństwa, alimentacji zakresu władzy rodzicielskiej oraz jej wykonywania, a także kwestie stosunków majątkowych między małżonkami dotyczące rozliczeń w ramach majątkowych ustrojów małżeńskich. W ramach panelu referaty wygłosili: dr Paweł Bednarski z Akademii Polonijna w Częstochowie, „Artykuł 1 § 2–3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Niekonsekwentna nowelizacja?”, dr Robert Frey z Wyższej Szkoły Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych w Kielcach, „Zasadność zmiany ustawowego ustroju majątkowego małżeńskiego”, dr Anna Juryk z Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie, „Zmiany w prawie kolizyjnym dotyczące alimentów”, dr Dorota Krekora z Uniwersytetu Warszawskiego, „Ewolucja pojęcia pokrewieństwa w k.r.o. Wnioski *de lege lata* i propozycje *de lege ferenda*”, dr Piotr Mostowik z UJ, „Kontakty z dzieckiem po nowelizacji k.r.o. w 2009 r. – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*”, dr Magdalena Olczyk z Akademii Leona Koźmińskiego, „Pochodzenie dziecka: czy istnieje potrzeba zmian w zakresie przesłanek zaprzeczenia ojcostwa i ustalenia bezskuteczności uznania ojcostwa?”, dr hab. Jacek Wierciński z Uniwersytetu Warszawskiego, „Okoliczności istotne przy orzekaniu o władzy rodzicielskiej w razie rozvodu rodziców. O aktualności domniemania na korzyść powierzenia władzy rodzicielskiej matce”, oraz dr Jakub M. Łukasiewicz z Uniwersytetu Rzeszowskiego, „Problem kolizji przepisów kc i kro w sprawie zasad zarządu przedsiębiorstwem nabytym lub utworzonym przez małżonków za środki mieszane”.

W panelu obejmującym swoim zakresem prawo spadkowe dr Jakub Biernat z Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w wystąpieniu „Testament wspólny *de lege ferenda*”, przedstawił postulaty poparte doświadczeniem w zawodzie notariusza, opowiadając się za wprowadzeniem regulacji testamentu wspólnego do Kodeksu cywilnego. Dr Piotr Cybuła z Akademii Wychowania Fizycznego w Krakowie w temacie „Testament podróżny *de lege lata* i *de lege ferenda*”, kwestionował ustawową regulację testamentu podróżnego wskazując na brak możliwości wykorzystania tej instytucji w obecnych realiach. Dalsza część panelu dotyczyła umowy o spadek, dokonywania darowizny na wypadek śmierci, wnioskowano wprowadzenie

instytucji umownego zapisu windykacyjnego, poruszona została również tematyka modelu odpowiedzialności za długi spadkowe oraz zachowku i dziedziczenia roszczenia o zachówek. W powyższej tematyce wypowiedzieli się: Karol Kłosowski z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, „Szczególne formy testamentu. Analiza przesłanek sporządzenia testamentu ustnego”, Paulina Kübler z UJ, „Darowizna *mortis causa*”, dr Elwira Macierzyńska-Franaszczyk z Akademii Leona Koźmińskiego, „Model odpowiedzialności za długi spadkowe w prawie polskim – uwagi *de lege ferenda*”, Patryk Bender z UJ, „Zakaz umów o spadek po osobie żyjącej. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*”, Rafał Niemoćko z Uniwersytetu w Białymstoku, „Sankcja nieważności umów o spadek po osobie żyjącej”, Olga Nowak z KUL, „Zniesienie ograniczeń w dziedziczeniu roszczenia o zachówek” oraz Agata Pyrzyńska z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, „Zapis windykacyjny w polskim prawie spadkowym”.

W podsumowaniu konferencji moderatorzy omówili skrótowo tezy towarzyszące referatom. Konferencję zakończyło wystąpienie prof. zw. dr hab. Andrzeja Mączyńskiego, który przedstawił historię Kodeksu cywilnego, opowiadając się za utrzymaniem Kodeksu w dotychczasowej postaci, podkreślając jednak konieczność nieuniknionej i nieustannej nowelizacji ustawy, która musi być dostosowana do zmieniających się realiów.

Konferencja była sposobnością wymiany poglądów na temat konieczności wprowadzania nowej kodyfikacji polskiego prawa cywilnego, zgromadziła wielu przedstawicieli nauki i praktyków. Należy podkreślić, że mnogość wystąpień odnoszących się do wielu dziedzin życia społecznego oraz ich wysoka jakość merytoryczna zachęcała do podjęcia ożywionej dyskusji, co w konsekwencji stanowiło znaczący krok w znalezieniu odpowiedzi na pytanie, czy konieczna jest ponowna kodyfikacja polskiego prawa cywilnego. W ramach paneli pojawiło się wiele pytań i wątpliwości, niektórych kwestii nie udało się do końca rozstrzygnąć. Konkluzją było stwierdzenie, że należy w sposób możliwie wyczerpujący badać projekty nowelizacji oraz instytucje już wprowadzone do systemu prawnego.

Daniel Karkut

doktorant, Uniwersytet Wrocławski

**Sprawozdanie z konferencji naukowej
„Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego,
unijnego i międzynarodowego”,
Wrocław, 23 maja 2014 r.**

23 maja 2014 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Wirtualne światy z perspektywy prawa polskiego, unijnego i międzynarodowego”, zorganizowana przez Instytut Prawa Cywilnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii wraz z Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej, przy współudziale trzech studenckich kół naukowych: Bloku Prawa Komputerowego, Audiatur i Naukowego Koła Cywilistów. Patronat medialny objęło wydawnictwo C.H. Beck. Konferencja składała się z trzech sesji, w ramach których wygłoszono 15 referatów; otworzył ją dziekan Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego prof. dr hab. Włodzimierz Gromski.

Na konferencji wystąpili przedstawiciele nauki prawa z różnych ośrodków naukowych w Polsce, takich jak: Uniwersytet Opolski, Uniwersytet Wrocławski, Politechnika Wrocławska, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Uniwersytet Rzeszowski, Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II, Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Bielsku-Białej, Uczelnia Łazarskiego w Warszawie. Wśród uczestników nie zabrakło także praktyków prawa, referat wygłosił m.in. przedstawiciel Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

W wystąpieniach podjęte zostały różnorodne zagadnienia prawne oraz związane z nimi problemy naukowo-badawcze i praktyczne, powstające w toku rozważania tematyki tzw. wirtualnych światów. W trakcie obrad konferencji poruszano się w obrębie wielu różnych dziedzin prawa: prawa

autorskiego, prawa własności przemysłowej, prawa handlowego, prawa humanitarnego, prawa o stowarzyszeniach, prawa podatkowego, prawa karnego i innych. Zauważyć więc można dużą rozpiętość dyscyplin prawnych, których instrumentarium okazało się pomocne dla rozważań prowadzonych nie tylko w ramach wystąpień, ale i dyskusji. Brali w niej udział także przyśłuchujący się referatom. Powyższe pokazuje, że wokół wspomnianych wyżej wirtualnych światów można „zbudować” system prawny, co przyświecało pomysłodawcom oraz organizatorom konferencji dostrzegającym potrzebę zorganizowania tego naukowego przedsięwzięcia.

Pierwszą sesję, której przewodniczył dr Michał Chajda (Uniwersytet Rzeszowski, Wyższa Szkoła Finansów i Prawa w Bielsku-Białej), otworzył referat prof. dr. hab. Jacka Gołaczyńskiego (Uniwersytet Wrocławski) pt. „Własność wirtualna w prawie polskim i unijnym”. Przytoczył on regulację art. 140 k.c., w której określono pojęcie prawa własności jako prawa dotyczącego rzeczy i mającego bezwzględny charakter. Następnie odniósł się do zjawiska rzeczywistości wirtualnej, omawiając arkana wirtualnych światów sieciowych gier komputerowych typu *massively multiplayer online role playing games*, w których grającymi nie są realne postaci, lecz awatary stanowiące reprezentację uczestników w wirtualnym świecie gry. Zwrócił przy tym uwagę na to, że wirtualny świat, jako odrębny, żyje własnym, wirtualnym i niezależnym życiem, jednak coraz częściej emanuje na świat rzeczywisty ze względu na dokonywanie w nim obrotu realnymi pieniędzmi (dla przykładu podał grę *Second Life*, w której codzienne obroty szacowane są na około 600 tys. dolarów, oraz grę *Entropia Universe*, w której wynoszą one około 1 mln 250 tys. dolarów). W związku z tym postawił pytanie o to, kto i co sprzedaje, proponując odpowiedź, że awatar jako wirtualny podmiot fikcyjny dokonuje sprzedaży treści cyfrowej. Awatar jako podmiot stosunków prawnych w wirtualnym świecie może stać się też przedmiotem takich stosunków. J. Gołaczyński podjął także próbę zdefiniowania pojęcia wirtualnej własności, które oznacza uprawnienie (władztwo) do wirtualnego tworu, treści cyfrowej. Jednocześnie podkreślił, że wirtualna własność nie dotyczy rzeczy, zatem nie może być traktowana jako własność w rozumieniu prawa cywilnego (klasyczne pojęcie rzeczy w świetle art. 45 k.c. nie mieści się w kategorii treści cyfrowej). W zakończeniu skierował pytanie do uczestników o to, jaki reżim prawny stosować do transakcji w wirtualnym świecie: czy prawo autorskie czy prawo zobowiązań?

W kolejnym referacie, „Facebook, Twitter, My Space... wirtualny świat serwisów społecznościowych a rozrządzenia *mortis causa*. Zagadnienia konstrukcyjne” prof. dr. hab. Mariusz Załucki (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), jako frapujący badawczo uznał problem tego, kto, na jakich zasadach i czy w ogóle może korzystać z konta na serwisie spo-

łecznościowym po śmierci jego dotychczasowego użytkownika. Wyraził przekonanie, że problemy prawnośpadkowe w toku korzystania z dobrodziejstw technologicznych współczesnego świata istnieją, zważywszy chociażby na statystyki dotyczące liczby zgonów rocznie wśród użytkowników Facebooka w Stanach Zjednoczonych i na świecie. Rozważania skoncentrował więc wokół następujących kwestii: 1) czy konta na serwisach społecznościowych i związane z nimi treści cyfrowe wchodzi w skład spadku, 2) czy spadkobiercy wstępują w wirtualne prawa i obowiązki zmarłego użytkownika konta, 3) czy spadkodawca może rozrządzać treściami cyfrowymi także w świecie wirtualnym czy jednak będzie musiał korzystać z instrumentów tradycyjnych? W jego odczuciu obszar rozważań jest zróżnicowany z tej racji, że same treści cyfrowe mają niejednorodny charakter (część z nich ma charakter osobisty, część związana jest z prowadzeniem działalności gospodarczej, część jest treścią o charakterze społecznościowym, a jeszcze inne umożliwiają realizację naszych potrzeb). To w konsekwencji prowadzi do stwierdzenia, że niektóre treści cyfrowe nie będą wchodziły w skład spadku. Ponadto przeszkodą w sukcesji wirtualnych praw i obowiązków są umowy zawarte przez użytkowników kont z dostawcami usług internetowych, które zazwyczaj mocą swych postanowień wyłączają możliwość przeniesienia praw i obowiązków do konta na inną osobę (*inter vivos*, a co dopiero *mortis causa*). Nie można jednak pominąć faktu, że w wielu przypadkach treści cyfrowe mają wartość majątkową (np. konto na Facebooku śledzone przez miliony użytkowników), wówczas takie postanowienia umów byłyby sprzeczne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa (brak jest wyraźnego przepisu ustawy wyłączającego przejście ogółu praw i obowiązków do wirtualnego konta na następców prawnych zmarłego). M. Załucki przedstawił regulacje poszczególnych umów o korzystanie z serwisów internetowych, wskazujące na zróżnicowanie podejścia do problemu dziedziczenia u dostawców usług internetowych, a następnie podjął próbę odpowiedzi na pytanie, czy testament sporządzony z posłużeniem się instrumentami właściwymi dla świata wirtualnego (np. rysikiem na tablecie) jest ważny w świetle polskiej regulacji prawnośpadkowej. W ramach konkluzji dał asumpt do zastanowienia się, czy w kontekście rozrządzeń *mortis causa* w przedmiocie treści cyfrowych polskie prawo spadkowe jest sędziwe i wymaga zmian, czy może tradycyjne instrumenty w nim przewidziane są wystarczające i poradzą sobie z nowymi technologiami.

Kolejny referat, zatytułowany „Treść cyfrowa sieci Web 2.0” wygłosił prof. dr hab. Dariusz Szostek (Uniwersytet Opolski) i dr Berenika Kaczmarek-Templin (Politechnika Wrocławska). Wystąpienie rozpoczęli od przywołania obowiązujących regulacji prawa unijnego i (niedługo) polskiego odnoszących się do treści cyfrowych: 1) Dyrektywa 83/2011 o prawach konsumenta,

2) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych europejskich przepisów dotyczących sprzedaży (tzw. instrument opcjonalny), 3) Ustawa o prawach konsumenta (niedawno uchwalona przez Sejm, implementująca dyrektywę wyżej wskazaną). Zwrócili uwagę na to, że treści cyfrowe odmiennie w stosunku do dyrektywy oraz ustawy definiuje rozporządzenie i tak, jak w dyrektywie, nie pojawiło się odniesienie pojęcia treści cyfrowych do gier komputerowych, tak już w rozporządzeniu zakresem tego pojęcia objęto także wizualne gry cyfrowe. Wskazali również na to, że umowy dotyczące treści cyfrowych (umowy o dostarczanie treści cyfrowych) nie są ani umową sprzedaży, ani umową o usługi, z czego wypływa konkluzja, że treści cyfrowe stanowią trzeci rodzaj nowego dobra w ramach obrotu gospodarczego, a umowy w ich przedmiocie nowy rodzaj umowy, której dotychczas nie było. W dalszej kolejności przybliżyli zagadnienie wadliwości treści cyfrowych na płaszczyźnie regulacji unijnego rozporządzenia, które reżim przewidziany w przypadku niezgodności towaru z umową rozciąga także na niezgodność treści cyfrowych z umową. Na tle tego zagadnienia rysują się interesujące problemy zasygnalizowane w referacie, jak chociażby kwestia tego, jak ustalić moment niezgodności treści cyfrowej z umową, jeśli sprzedawca gry komputerowej wskaże, że ta gra służy zwiększeniu inteligencji grającego (wspomniano o tym, że ostatnio prowadzone są badania naukowe, z których wynika, iż granie w niektóre gry powoduje zwiększenie inteligencji grającego), a grający nie odczuł wskutek grania żadnych pozytywnych zmian w tym zakresie. Referenci nawiązując do sformułowanego przez J. Gołaczyńskiego pytania o reżim prawny, który należałoby stosować do transakcji mających miejsce w wirtualnym świecie, opowiedzieli się za stosowaniem zarówno prawa autorskiego, jak i prawa zobowiązań z uwagi na złożoność problematyki treści cyfrowych w kontekście przedmiotu obrotu.

Prof. dr hab. Katarzyny Grzybczyk (Uniwersytet Śląski w Katowicach), w wystąpieniu „Reklama i lokowanie produktu w grach komputerowych”, podjęła problematykę wykorzystywania gier komputerowych jako swoistego narzędzia reklamowego przynoszącego producentom produktów oraz reklamodawcom niemałe, a nawet znaczące korzyści, zważając na wyniki badań amerykańskich, że przemysł gier komputerowych jest ważniejszy niż przemysł audiowizualny czy filmowy. Uporządkowano w nim terminologię (reklamy statyczne, reklamy dynamiczne, *in-game advertising*, *advergaming* itp.) oraz wyjaśniono pojęcie lokowania produktu na gruncie regulacji ustawy o radiofonii i telewizji, przytaczając także treść innych przepisów zawartych w tej ustawie, regulujących takie kwestie, jak na przykład przesłanki zgodności lokowania produktu z prawem, czy przedmiotowe wyłączenia dopuszczalności lokowania produktu. Istotne jest jednak to, że przepisy we wspomnianej wyżej

ustawie dotyczące lokowania produktu, dotyczą tylko audiowizualnych usług medialnych i nie można ich *per analogiam* stosować do gier komputerowych, według zasady, że wyjątków nie interpretuje się rozszerzająco. Dlatego też lokowanie produktu w grach komputerowych powinno być oceniane przez pryzmat uregulowania innych ustaw: 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 2) Ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. W konkluzji tej części swojego wystąpienia K. Grzybczyk dopuściła lokowanie produktu w grach komputerowych, o ile gracz ma informację o tym, że lokowanie produktu ma miejsce i o tym, jaki produkt został ulokowany. W referacie zaprezentowano różne sposoby reklamowania oraz lokowania produktu w grach, wśród których wymieniono reklamowanie w grze powiązanych ze sobą ofert tego samego producenta, lokowanie produktu w grach, które tworzone są przez koncerty na własne potrzeby, lokowanie produktu w grze w taki sposób, że gracz z tego produktu musi korzystać, aby przełodzić na wyższe poziomy w grze, możliwość zamawiania pizzy z poziomu pewnej gry (pizza już była dostarczana w świecie rzeczywistym, a nie wirtualnym) etc. Na zakończenie K. Grzybczyk nawiązała do pytania J. Gołaczyńskiego o właściwy reżim prawny i wygłosiła odmienny pogląd, opowiadając się za tym, że powinno się rozważyć zasadność stosowania do gier przepisów prawa powszechnie obowiązującego i tylko wtedy, gdy gra znajduje przełożenie na świat rzeczywisty i zachodzą podstawy do uruchomienia mechanizmów określonych prawem powszechnym, w przeciwnym razie nie wolno narzucać uczestnikom gry reguł prawnych o charakterze powszechnie obowiązującym.

Rafał Mikołajczyk (student prawa w Uniwersytecie Wrocławskim) w referacie „Ochrona wirtualnych obiektów w prawie karnym” naświetlił problemy przestępstw popełnianych w wirtualnych światach gier komputerowych (tzw. cyberprzestępstwa), które – mając za przedmiot różne wirtualne dobra typu postaci, waluty, złoto, poszczególne akcesoria gry – podzielił na dwie grupy: 1) takie, wskutek których gracz traci władztwo nad swoją postacią, czy innym obiektem w grze, 2) oszustwo lub piractwo polegające na kopiowaniu cudzych wirtualnych przedmiotów. Przytoczył szereg sytuacji, w których doszło do popełnienia przestępstwa w wirtualnym świecie gry komputerowej, będących przyczyną uruchamiania postępowań karnych także w Polsce (sądy wydają już wyroki skazujące w sprawach zaboru wirtualnych przedmiotów należących do innych graczy). Referent stanowczo odrzucił kwalifikację kradzieży, kradzieży z włamaniem, rozboju, przywłaszczenia z powołaniem się na art. 45 k.c., ograniczający pojęcie rzeczy wyłącznie do przedmiotów materialnych, za które nie mogą być uznane przedmioty istniejące jedynie wirtualnie. Stosowane będą w takich przypadkach jedynie przepisy posługujące się znamieniem mienia, które obejmuje także autorskie prawa majątkowe. Skut-

kiem więc zachowań przedstawionych powyżej będzie naruszenie prawa do korzystania z programu lub jego elementów, będącego w istocie prawem do korzystania z utworu mającym majątkowy charakter, czyli mieszczącym się w kategorii mienia. W konkluzji referatu opowiedziano się za koniecznością zwiększenia kontroli wirtualnych światów z powodu cyberprzestępczości oraz zrewidowania zespołu znamion przestępstw rodzajowych pod kątem objęcia nim wirtualnego świata.

Pierwszą sesję zamknęło wspólne wystąpienie prof. dr. hab. Jacka Mazurkiewicza (Uniwersytet Wrocławski) i mgr. Daniela Karkuta (Uniwersytet Wrocławski), „Błądnych rycerzy, latające dywany oraz dobre i złe duchy rejestrujemy szybko i tanio!» O możliwości rejestracji obiektów (nie tylko wirtualnych”. Dotyczyło ono możliwości zabezpieczenia interesów oraz praw zasługujących na ochronę w większym stopniu, niż ma to obecnie miejsce nie tylko w polskim ustawodawstwie, lecz także szerzej w Polsce. J. Mazurkiewicz przedstawił zjawisko wszechobecnej w zachodniej cywilizacji komercjalizacji, przejawiające się w szczególności tym, że w dzisiejszym świecie przedmiotem obrotu są prawa o charakterze nie tylko majątkowym, ale również osobistym. Handluje się więc prawem do autorstwa utworów pisanych, muzycznych, malarskich, prawem do wizerunku, prawem do prywatności, w tym prawem do emisji śmierci, prawem do nazwiska, prawem do tajemnicy korespondencji itp. Ma się więc do czynienia ze szczególną metamorfozą kategorii rynku, który nie powinien doprowadzić do powstania „rynkowego społeczeństwa”. D. Karkut przedstawił z kolei przedmiot rejestru prowadzonego na wyspie Guernsey pod rządami obowiązującego tam Ordynansu z 2012 r., wskazując na to, że wedle jego regulacji zarejestrować możnaomalże wszystko, włącznie z głosem, podobieństwem do kogoś innego, ekspresjami werbalnymi, wyrazem twarzy, sylwetką, szczególnymi cechami. Następnie wysunął postulaty rejestracji utworów (ujawniania w rejestrze praw autorskich), objęcia prawnoautorską ochroną pomysłów, odkryć, a nawet stworzenia prywatnego (obsługiwanego przez przedsiębiorcę) rejestru wirtualnych postaci i innych obiektów o tym samym charakterze, który pozwoliłby na ochronę władztwa do nich przysługującego graczom.

W dyskusji, która nastąpiła po zamknięciu tej sesji, rozważano, czy rozwiązanie przewidziane w art. 140 k.c. jest przestarzałe i wymaga przeobrażeń w kierunku odpowiedzenia na wyzwania stawiane przez współczesny świat, zwłaszcza zjawisko powszechnego już w wirtualnych światach obrotu realnymi pieniędzmi, który dotyczy innych niż rzeczy dóbr o charakterze niematerialnym, mających często wartość majątkową zdecydowanie większą niż rzeczy. Zastanawiano się też nad tym, czy i w jakim zakresie obejmować regulacją prawa powszechnie obowiązującego to, co dzieje się w wirtualnych światach.

tach gier i udzielający się w dyskusji raczej wyrazili zgodność poglądów co do tego, że jeżeli ma się do czynienia z konfliktem w świecie realnym, który wyniknął z uczestnictwa w grze (i związanej z nim partycypacji w nawiązywanych w niej stosunkach prawnych), to trzeba uznać ingerencję prawa, a co za tym idzie, pogodzić się z istnieniem problemów natury prawnej.

Druga sesja, której przewodniczył prof. M. Załucki, rozpoczęła się referatem dr. M. Chajdy, „Prawna problematyka płatności pieniądzem elektronicznym”, w którym przywołane zostały istotne zmiany w regulacji prawnej pieniądza elektronicznego, jak chociażby zlikwidowanie ograniczenia kwotowego co do równowartości 150 euro w obrocie pieniądzem elektronicznym, czy zrezygnowanie z wcześniej obowiązującego ograniczenia, że pieniądz elektroniczny nie może opiewać na walutę nieistniejącą w świecie rzeczywistym, stąd też poczynione zostało założenie, że pieniądz elektroniczny w obecnym stanie prawnym może uwzględniać wirtualne waluty. Zasygnalizowano przykładowe problemy związane z funkcjonowaniem pieniądza elektronicznego, jak na przykład to, że z założenia państwo przeciwne jest pieniądzom elektronicznym, które stanowią konkurencję dla pieniędzy przez nie emitowanych. Ponadto warto zastanowić się nad sytuacją, w której pieniądz klasyczny i elektroniczny występują w obrocie w tej samej skali (czego jeszcze nie ma obecnie), i który pieniądz wyprze który? Kolejne pytanie brzmiało, jak kontrolować wielkość emisji pieniądza elektronicznego, aby nie zachwiać równowagą gospodarki (w myśl zasady, że na rynku pieniądza nie może być ani za dużo, ani za mało). M. Chajda w podsumowaniu wyraził świadomość, że ilość problemów powstających na tle zagadnienia pieniądza elektronicznego jest ogromna i wykracza poza czasowe ramy wystąpienia na konferencji.

Dr Michał Skwarzyński (Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II) referat „Prawa człowieka a własność wirtualna” poświęcił analizie art. 1 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w którym przewiduje się, że każdy ma prawo do poszanowania swego mienia. W jej ramach przytoczył zapatrywania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w odniesieniu do rozumienia tego prawa, na które spoglądał krytycznie (np. Trybunał uznał, że skoro każdy ma prawo do poszanowania swego mienia, to istnieje prawo do dziedziczenia, czyli sformułowanie „swego mienia” oznaczałoby dziedziczenie, co wydaje się semantycznie niemożliwe). Zwrócił także uwagę, że duża część podmiotów, które są „ucyfrowione”, są chronione w dzisiejszym porządku prawnym (np. korespondencja nie przestaje nią być, nie będąc na papierze, a w formie elektronicznej, Trybunał nie odmówił ochrony tajemnicy korespondencji w formie elektronicznej). M. Skwarzyński wygłosił pogląd, że art. 1 Konwencji można odnieść także do ochrony wszelkich składników gier komputerowych i Trybunał, gdyby zachodziła taka

potrzeba, nadalby tę ochronę, nie pozostawałoby to bowiem w sprzeczności z jego dotychczasową linią orzeczniczą, czyli traktowaniem elementów, które mają jakąś wartość majątkową dla jednostki w perspektywie ochrony przyznanej przez art. 1 Konwencji. Kończąc wystąpienie, postawił pytanie o to, kogo w istocie trzeba chronić i w jakich przypadkach ta ochrona powinna być uruchamiana. Próbując rozstrzygnąć te kwestie, stwierdził, że powinno się chronić graczy tylko wtedy, gdy realizacja zadań gry, czy uczestnictwo w niej wymagało od nich wniesienia jakiegoś finansowego czy majątkowego wkładu, ocenianego wedle mierników świata rzeczywistego.

Mgr Zygmunt Rajchemba (Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu), w wystąpieniu „Rynek produktów wirtualnych a ochrona zbiorowych interesów konsumentów”, wymienił i scharakteryzował instrumenty prawne, które posiada prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) do oddziaływania na działania przedsiębiorców w zakresie dystrybucji produktów wirtualnych, z jednoczesnym podkreśleniem, że ingerencja tego organu dopuszczalna jest tylko w relacji przedsiębiorca–konsument. W odniesieniu do gier komputerowych nie ma tendencji głębszej ingerencji prezesa UOKiK w prawa użytkowników gier, która ogranicza się do badania prawdziwości przekazywanych w trakcie transakcji zakupu gry informacji jej dotyczących. Poza tą sferą prezes nie wnika już w sferę scen dziejących się w wirtualnych światach gier, nawet jeśli wykazują się one brutalnością, brak tutaj możliwości formułowania czegoś na kształt „obiektywnego poczucia krzywdy” (naruszenia zbiorowych interesów konsumentów należy obiektywizować). W referacie wspomniano o decyzji wydanej w sprawie rozpowszechnianej za pomocą aplikacji w telefonach gry o nazwie *Wojna czotków*, którą reklamowano jako darmową, natomiast po aktywacji okazywało się, że, aby możliwe było faktyczne z niej korzystanie, to konieczne było nabywanie szeregu płatnych aplikacji, co zostało potraktowane jako nieuczciwa praktyka rynkowa – przez podawanie prawdziwych informacji w sposób wprowadzający w błąd. Podsumowując Z. Rajchemba przypomniał, że rola Urzędu kończy się na przeprowadzeniu kontroli prawdziwości informacji, jakie użytkownik gry otrzymał o jej produkcji.

Wygłoszony przez mgr. Ksawerego Konarskiego referat pt. „Ochrona prywatności w świecie wirtualnym” omawiał problematykę naruszenia dóbr osobistych w wirtualnym świecie. Punktem wyjścia dla rozważań było wskazanie rodzajów dóbr osobistych, które najczęściej są przedmiotem naruszeń w wirtualnych światach. Wymienił wśród nich prywatność, część człowieka, dane osobowe, nick (pseudonim internetowy), nadmieniając, że także inne dobra osobiste mogą zostać naruszone, co wynika z otwartego katalogu dóbr osobistych zawartego w art. 23 k.c. Do potencjalnych sprawców naruszeń za-

liczył operatora gry oraz jej uczestników, wskazując, że niektórych naruszeń zazwyczaj dopuszczają się operatorzy (naruszenia prywatności na cele marketingowe). Najważniejszym jednak elementem wystąpienia było przedstawienie dwóch możliwych wariantów sytuacji: 1) naruszenia w wirtualnych światach dóbr osobistych „rzeczywistych” osób (jedna osoba doprowadziła do „skompromitowania” drugiej osoby w ten sposób, że ujawniła w świecie realnym, kto kryje się pod danym awatarem, czy wykorzystanie informacji o aktywności awatara, aby „zaatakować” daną osobę się nim posługującą, ale w świecie realnym, jak również ujawnienie nicka bez zgody osoby zainteresowanej, czy posługiwanie się nickiem innej osoby); 2) naruszenia dóbr osobistych awatarów tzw. wirtualnych osobowości (wykorzystanie informacji o aktywności awatara celem działań marketingowych w wirtualnym świecie, ujawnienie w świecie wirtualnym informacji o osobie posługującej się awatarem w celu zdeprecjonowania awatara w świecie wirtualnym, czy systematyczne obrażanie jednego awatara przez drugiego). W zakończeniu K. Konarski rozważał optymalną konstrukcję dóbr osobistych, jaką można byłoby przyjąć w wypadku naruszeń zachodzących w wirtualnych światach gier komputerowych. Nakreślił trzy możliwe rozwiązania w tym zakresie: 1) ochrona „wirtualnej osobowości” jako przedłużenie „realnej osobowości”, co poddał jednoznacznej krytyce z uwagi na możliwość odmiennego wobec świata rzeczywistego ukształtowania postaci; 2) odrębne autonomiczne prawo do prywatności awatara, co również odrzucił, powołując się na wyraźne asocjowanie przez ustawodawcę dóbr osobistych z człowiekiem (awatar nim nie jest); 3) więź łącząca osobę fizyczną ze stworzoną przez nią postacią fikcyjną (awatarem), co zaaprobował, uzasadniając, że z reguły z uczestnictwem w grze pod postacią fikcyjną wiążą się szczególnie emocje przeżywane przez realną osobę uczestniczącą w grze.

W wystąpieniu „(Nie)rzeczywiste(?) naruszenie dobra osobistego w wirtualnym świecie gry fabularnej” dr Maria Rożnowska (Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie) zaproponowała model ochrony dóbr osobistych przeciwny do powszechnie przyjętego – zakładający, że dobro osobiste istnieje dopiero wtedy, gdy istnieje krzywda rozumiana jako ujemne przeżycie psychiczne. Przechodząc już na płaszczyznę gier komputerowych zadała pytanie, czy w wirtualnym świecie może zostać wyrządzona krzywda. Posłużyła się przy tym pojęciem „przemocy symbolicznej”, za którą mogą być uważane takie zachowania podejmowane w świecie gry, jak „wirtualne gwałty”, „wirtualne torturowanie”, „wirtualne upokarzanie” itp. Esencją wystąpienia było wysunięcie tezy, że świat wirtualny nie jest światem nierzeczywistym (nierealnym), ale światem niematerialnym, a gra w istocie jest elementem rzeczywistości, jako że nie da się jej oddzielić od rzeczywistości, w której ją się prowadzi. M. Rożnowska przypisała grze nie tylko zastosowanie ludyczne, ale także inne

(rozwój osobisty, zdrowie, edukacja, finanse). Podobnie rzecz się ma z rzeczywistością wirtualną, która wykorzystywana jest w różnych dziedzinach, w tym także w medycynie (wirtualny świat *snow world* jako technologia używana do leczenia stresu pourazowego). W ramach konkluzji prawnych opowiedziała się za traktowaniem gry fabularnej jako pewnej konwencji w konwencji (uznanie prawa powszechnie obowiązującego jako systemu konwencji, w którym gra fabularna musi się mieścić i którego nie może wyłączyć mocą własnych reguł). Był to ostatni referat w drugiej sesji.

Ostatniej (trzeciej) sesji naukowej prof. J. Mazurkiewicz. Jako pierwszy wystąpił dr Ireneusz Matusiak z referatem zatytułowanym: „Awatar jako przedmiot tzw. własności wirtualnej: powstanie, korzystanie i obrót – aspekt autorskoprawny”. Prowadzone w nim rozważania skoncentrował wokół pytań: 1) kto i dlaczego dąży do wyodrębnienia „własności wirtualnej”; 2) czy awatar może być chroniony prawem autorskim (jako utwór) niezależnie od ochrony gry komputerowej; 3) w jaki sposób określić twórczość w świecie wirtualnym; 4) czy można korzystać z awatara; 5) kto jest twórcą awatara; 6) czy istnieje niematerialny egzemplarz awatara? Zaryzykował tezę, że pojęcie *virtual property* powstało w związku z dążeniami do zapewnienia pewnej wyłączności (rozumianej jako faktycznej) w wykorzystywaniu efektów wizualnych i audialnych, przede wszystkim gier komputerowych. Wspomniał, że w świecie wirtualnym została niedawno określona Deklaracja Praw Awatara, w której stanowi się, że wszystkie awatary są równe, mają takie same prawa, że ich wspólnym dobrem są prawa awatarów, zawierająca pewne reguły zachowań tychże awatarów. Najistotniejszym jednak zagadnieniem poruszone w referacie było to, czy awatar może być uznany za utwór i stać się tym samym samodzielnym przedmiotem ochrony prawa autorskiego. Celem rozstrzygnięcia tego problemu badawczego zaprezentował rozróżnienie w obrębie samych awatarów na takie, które występują w „zwykłych” grach komputerowych (wówczas „buduje się” postać z dostępnych elementów stworzonych wcześniej przez projektanta, zatem w ich przypadku nie tworzy się nowej postaci, ponieważ została ona uprzednio stworzona, a to świadczy o odtwórczym charakterze naszej działalności) oraz awatary z gier MMORPG (w grach typu *Second Life* uczestnicy gry mogą stworzyć postać całkowicie różniącą się od ich rzeczywistego wyglądu/wizerunku, tej postaci może być nadany własny życiorys, ta postać może „ubierać” ich myśli w słowa wypowiedziane w grze, używając rzeczywistego głosu gracza, w konsekwencji należy więc przyjąć, że będzie ona spełniała cechy twórczego działania o charakterze indywidualnym). W dalszej części I. Matusiak zastanawiał się nad tym, kto jest twórcą awatara. Wśród potencjalnych twórców wymienił projektanta gry komputerowej, projektanta aplikacji bądź silnika gry komputerowej, a nawet

uczestnika. Odniósł się także do zagadnienia współtwórczości w kontekście tworzenia postaci fikcyjnej, sygnalizując problemy z nim sprzężone. W konkluzji stwierdził, że samodzielność własności wirtualnej jest pozorna, gdyż istnieją prawne instrumenty dochodzenia ochrony praw podmiotowych, a sama własność wirtualna to pewien efekt oczekiwań uczestników gier.

Referat mgr. Kamila Szpyta (Uniwersytet Rzeszowski) „Umowa «sprzedaży» dobra wirtualnego oraz konta gry” z powodu nieobecności został odczytany przez innego jej uczestnika, mgr. Dawida Fajdka. Głównym elementem referatu było, oprócz uporządkowania terminologii („wirtualne dobro”, „konto gry”), przedstawienie możliwych wariantów klasyfikacji umów „sprzedaży” wirtualnych dóbr. Autor wyjaśnił także na czym polega techniczny akt przekazania wirtualnego dobra w praktyce, wyróżniając trzy jego formy: 1) przekazanie przez awatara kierowanego przez jednego gracza awatarowi kierowanemu przez drugiego gracza konkretnego przedmiotu wirtualnego („upuszczenie”); 2) przesłanie wspomnianego dobra jako wyodrębnionego zapisu cyfrowego, następujące poza wirtualnym światem; 3) przekazanie przez zbywcę nabywcy hasła i potrzebnych danych pozwalających wejść i przejąć tzw. konto. W referacie podkreślono, że umowy „sprzedaży” wirtualnych dóbr jeszcze formalnie nie funkcjonują w obrocie, który dokonywany jest w „szarej strefie”, w szczególności zabraniające go ze względu na regulacje poszczególnych regulaminów gier. W podsumowaniu nie podjęto jednoznacznych rozstrzygnięć w zakresie klasyfikacji tych umów.

W referacie „Łamanie prawa humanitarnego w grach komputerowych” mgr Adrianna Chrościcka (Uczelnia Łazarskiego w Warszawie) spojrzała na gry komputerowe z perspektywy międzynarodowego prawa humanitarnego, zawierającego się w konwencjach genewskich oraz haskich. Rozważania dotyczyły jednak scenariuszy specyficznego rodzaju gier komputerowych określanego mianem *First Person Shooter* (FPS), czyli gier wojennych. Zwróciła uwagę na szereg naruszeń prawa humanitarnego mających miejsce w grach, jak na przykład traktowanie ludności cywilnej z pogwałceniem przepisów Konwencji genewskiej z 1949 r. w sprawie ochrony osób cywilnych podczas wojny, czy dopuszczanie się wobec niej tortur, jak również względem jeńców wojennych. Wśród innych naruszeń zauważyła, że broń używana w grach wojennych może być przedmiotem dyskusji z punktu widzenia zgodności z Konwencją genewską z 1980 r. o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki. Formułując konkluzję, zadała pytanie o to czy rzeczywiście ktokolwiek, nawet Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, ma prawo ingerować w treść scenariusza gry komputerowej czy może powinno się przyjąć inną optykę, zakładającą, że każdy ma

prawo spędzać swój wolny czas wedle własnego uznania i reguły wynikające z międzynarodowego prawa nie powinny mieć zastosowania.

Jako ostatni na konferencji wystąpił mgr Dawid Fajdek z referatem, „Klany, teamy, gildie – wartość oznaczeń i ich ochrona prawna”, w którym przybliżył zjawisko zrzeszania się graczy komputerowych w określone struktury znane właśnie jako klany i gildie. Zapoznał słuchaczy nie tylko z historycznym rozwojem tego typu organizacji graczy, lecz także podjął problematykę wartości wiążącej się z ich funkcjonowaniem, wskazując, że chodzi tutaj o wartości niewymierne rozumiane jako wewnętrzne odczucia spajające graczy w grupę, w której pracują nad pozycją danego klanu oraz tym, jak jest on odbierany w społeczności danego wirtualnego świata i oczywiście o wymiar ekonomiczny. W drugim przypadku wartość budowana jest dzięki wsparciu sponsorów, których nazwy niekiedy tworzyły nick gracza otrzymującego za tego typu reklamę regularne wynagrodzenie. Wymienił elementy (rodzaje) wynagrodzenia przysługującego graczom za udział w klanach/gildiach: gratyfikacje finansowe stałe lub za określone osiągnięcia (wygrane na turniejach), pokrywanie kosztów wyjazdów, zakup sprzętu, wyjazdy do centrów treningowych i inne. Na zakończenie sformułował uwagi prawne ukazujące szereg możliwości powstających w związku z działalnością tego typu zrzeszeń graczy oraz uczestnictwem w nich. Warto więc odnotować, że gracze tworzący klan/gildię mogą zarejestrować swoją działalność, będąc przedsiębiorcami, razem mogą tworzyć spółkę zajmującą się *gamingiem*. Ponadto oznaczenia zrzeszeń i ich renoma mogą być chronione na gruncie art. 23 k.c. jako dobra osobiste. Nie można oczywiście pominąć zagadnienia możliwości zarejestrowania znaku towarowego w postaci nazwy, ewentualnie skrótu klanu/gildii. Na tle funkcjonowania zrzeszeń pojawiają się także inne zagadnienia natury prawnej, o których wspomniano w referacie.

Zamykając konferencję J. Mazurkiewicz podziękował wszystkim za udział i zachęcił do kontynuowania dyskursu prawniczego w przedmiocie wirtualnych światów, wyrażając ogromne zainteresowanie licznymi prawnymi aspektami, rodzącymi mnogość problemów naukowych i praktycznych.

Wygłoszone referaty, ukazujące bogactwo tematyki konferencji, zostaną opublikowane w specjalnie zredagowanej monografii naukowej, co ułatwi jej pogłębienie już we własnym, indywidualnym zakresie. Konferencja, która odbyła się na Uniwersytecie Wrocławskim może być inspiracją do dalszych badań naukowych dotyczących wirtualnego świata oraz wirtualnej rzeczywistości, prowadzonych już z udziałem nie tylko prawników, ale także przedstawicieli innych dyscyplin naukowych, zarówno humanistycznych (psychologowie, socjologowie, filozofowie), jak i nauk ścisłych, w tym technicznych (w szczególności informatycy i mechanicy).

JUBILEUSZE
w Krakowskiej Akademii
im Andrzeja Frycza Modrzewskiego

JUBILEES
at the Andrzej Frycz Modrzewski
Krakow University



Prof. nadzw. dr hab. Zbigniew A. Maciąg

Mariusz Załucki

profesor nadzwyczajny doktor habilitowany, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Sprawozdanie z konferencji naukowej
*Państwo demokratyczne, prawne i socjalne –
społeczeństwo, polityka, gospodarka,*
zorganizowanej z okazji 45-lecia pracy naukowej
i 70-lecia urodzin Profesora Zbigniewa Maciąga**

20 października 2014 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyła się konferencja naukowa celebrująca jubileusz 45-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin Profesora Zbigniewa Maciąga, cenionego konstytucjonalisty, niemcoznawcy, wychowawcy kilku pokoleń prawników, obecnie także, między innymi, redaktora naczelnego czasopisma „Studia Prawnicze: Rozprawy i Materiały”. Uroczystość, na którą licznie przybyli koledzy i przyjaciele Profesora z wielu ośrodków naukowych w Polsce i zagranicy, połączona była z wręczeniem Mu księgi jubileuszowej, *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne*, pod redakcją Mariana Grzybowskiego, Piotra Tulei, Bogumiła Nalezińskiego.

Konferencję otworzył rektor Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego prof. Jerzy Malec, który odczytał także przesłane adresy gratulacyjne. Następnie wystąpił prof. Adam Jamróz – w referacie „Charakter normatywny konstytucji V Republiki Francuskiej” dokonał syntetycznego przedstawienia zarysowanej problematyki, prowadząc na jej tle rozważania o modelu państwa prawnego. Podkreślił, że „chodzi o ukazanie szczególnej postaci normatywnej w swojej strukturze i w swoich konsekwencjach prawnych – konstytucji V Republiki”. Wskazał na strukturę konstytucji podkreślając, że nie sposób ograniczać konstytucję V Republiki jedynie do tekstu pisanego. Istotne są także pewne fragmenty preambuły, które odegrały zasadniczą rolę w późniejszym rozwoju konstytucjonalizmu, ochrony praw jednostki i modelu państwa prawnego. Brzmienie preambuły: „naród francuski – a przecież konstytucja jest wyrazicielem woli narodu – potwierdza

uświęcone prawa jednostki i wolności”, pozwoliło Radzie Konstytucyjnej na uznanie tych praw i wolności jednostki za część francuskiej konstytucji. Na tym tle wypracowano kilka niezmiernie ważnych zasad ustrojowych. Stąd zwrócił szczególną uwagę na jedną, najbardziej interesującą zasadę, określoną przez Radę Konstytucyjną w 1984 r. – zasadę niezależności profesorów uniwersyteckich. W związku z jej treścią skierował liczne krytyczne uwagi pod kątem polskiego ustawodawcy (w kontekście niedawnej reformy prawa o szkolnictwie wyższym), nawiązując tym samym do zbliżonych poglądów Jubilata. Wskazał m.in., że „normatywne określanie procedur, statusu nauki czy brak autonomii uniwersytetów [...], co jest rezultatem działalności polskiego ustawodawcy [...], jest czymś, co prowadzi naukę polską do ruiny”. Omówił również obszar przesłanek, którymi winien kierować się ustawodawca zwykły, ograniczając prawa i wolności jednostki. Podkreślił, że system francuski jest w tej mierze bardziej elastyczny od polskiego, nawiązując tym samym do regulacji art. 31 ust. 3 polskiej konstytucji. W konkluzji wskazał zaś, że „Francja nigdy nie była i nie jest krajem wyłącznie prawa stanowionego”, a wszystko tam „układa się w toku rzeczywistości współdziałania władz”. Rozważał również, czy przyszłością demokracji nie jest wyłącznie władza sędziowska. Żartował na koniec, że jeżeli tak miałyby być, to należy „modlić się, żeby ten skład sędziowski był odpowiedni”, co pośrednio także odnosiło się do poglądów Jubilata wyrażonych choćby w pracy o roli Trybunału Konstytucyjnego.

Następnie głos zabrał prof. Lech Garlicki, który głosząc mowę jubileuszową, przypomniał dorobek Jubilata. Wskazał, że obejmuje on ponad 40 lat badań niemcoznawczych. Podkreślił, że dwa najważniejsze dzieła, to *System partyjny RFN* (1979) oraz *Kształtowanie się zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech* (1998). Wniosły one istotny wkład w rozwój nauki o polskim prawie konstytucyjnym. Tezy postawione przez Jubilata przed kilkudziesięcioma laty zachowały swoją aktualność, a koncept demokratycznego państwa prawnego, który nabrał w polskiej rzeczywistości po 1989 r. znaczenia symbolu i podstawowego instrumentu zmian zachodzących w kraju, jest nadal istotnym elementem dostosowania do nowej rzeczywistości politycznej i prawnej. „Nie ulega wątpliwości, że w każdym razie na początku była to materia, czy były to badania nad materią w znacznej mierze egzotyczną, bo mówiąc delikatnie, nieco oddaloną od naszych polskich realiów, jak niektórzy mówili, była to pewna forma ucieczki od zajmowania się konstytucjonalizmem socjalistycznym czy konstytucjonalizmem PRL. Ale potem nagle okazało się, że praktyka wręcz żąda informacji porównawczej, a Niemcy z oczywistych powodów stały się istotnym, i bynajmniej nie egzotycznym punktem odniesienia” – podkreślił. W jego ocenie klau-

zula konstytucyjna „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym”, która nawiązuje do tytułu dzieła Jubilata, może być znakomitym instrumentem adaptującym, pozwalającym na dostosowanie starej konstytucji czy starych zasad konstytucyjnych do nowego kontekstu, do tworzenia nowej rzeczywistości politycznej i prawnej. „To przesądziło o tym, że kariera zasady demokratycznego państwa prawnego stała się wręcz w III Rzeczpospolitej oszałamiająca. Demokratyczne państwo prawne było jednym z głównych instrumentów w okresie jeszcze poprzedzającym uchwalenie obecnej konstytucji, pozwalającej na znalezienie tego w przepisach konstytucyjnych, czego w nich oczywiście nigdy nie było, bo przecież były to przepisy konstytucyjne z poprzedniej epoki ustrojowej”.

Z kolei laudację, której treść uzasadniała uroczystość jubileuszową, wygłosił prof. Bogusław Banaszak. Przedstawił sylwetkę Jubilata, podkreślając w niej zasługi na niwie naukowej i organizacyjnej, wskazując na indywidualność i osobowość Jubilata. Przypomniał, że wysoką pozycję w nauce, prestiżowe stanowiska i dorobek naukowy łączył on z udanym życiem rodzinnym, przez co w jego ślady poszli syn i córka, którzy również wykonują zawody prawnicze. Podniósł, że Jubilat przez całe życie nie unikał tematów trudnych i kontrowersyjnych. Wszystkie wątki Jego dokonań zbiegają się w przedsięwzięciu naukowym, organizacyjnym i dydaktycznym – dziele życia – Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

Po laudacji głos zabrał prof. Zbigniew Witkowski, który przy tej okazji wręczył też Jubilatowi medal pamiątkowy WPiA Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. „Z radością przybywamy dziś do Krakowa pragnąc osobiście uczestniczyć w uroczystościach Twojego znakomitego jubileuszu 45-lecia pracy naukowej i dydaktycznej. Jesteś dobrze znany i bardzo ceniony przez toruńskie środowisko konstytucjonalistów, a i przyjaźń, jakiej doświadczyliśmy i doświadczamy z twojej strony, sprawiają, że pozwalamy sobie za pośrednictwem tego adresu wyrazić uczucia towarzyszące nam w tym szczególnym czasie Twojego jubileuszu”.

Następnie prof. Krzysztof Skotnicki, prezes Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego, przypominał zasługi Jubilata dla Towarzystwa, akcentując szerokie zainteresowania naukowe. Podkreślił, że największym osiągnięciem naukowym Towarzystwa są dwa granty i są to dwa granty, w których Profesor Maciąg aktywnie uczestniczył i jako autor, i jako organizator. „Pierwszy z tych grantów nosił tytuł «Podstawowe dylematy teoretyczne nowej konstytucji RP». To grant, który był realizowany jeszcze przed uchwaleniem konstytucji i w tym pierwszym grantcie Profesor Maciąg przygotował, w tomie pod red. prof. Pawła Sarneckiego, poświęconym zasadom i instytucjom konstytucyjnym tekst poświęcony zasadom i instytucjom konstytucyjnym we współ-

czesnych państwach rozwiniętego konstytucjonalizmu”. Z kolei drugi grant związany był z oceną pierwszych lat obowiązywania konstytucji i nosił tytuł „Podstawowe problemy stosowania konstytucji RP”, a wkład w jego realizację miała także Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, która gościła konferencję naukową zorganizowaną z tej okazji.

Głos zabrał również prof. Henryk Figiel, prezes krakowskiego oddziału Stowarzyszenia Societas Humboldtiana Polonorum, którego stypendystą był Jubilat. Podkreślił, że „stypendium Profesora Maciaga w Niemczech okazało się bardzo istotne dla jego rozwoju naukowego i również przyczyniło się do efektów dotyczących badań naukowych związanych z polskim prawem. Po powrocie ze stypendium Profesor włączył się w prace stowarzyszenia stypendystów fundacji Humboldta, istniejącego w Polsce [...], gdzie od początku bardzo aktywnie uczestniczył w pracach stowarzyszenia, zwłaszcza w początkowym okresie pomagał odnośnie do spraw legislacyjnych”. Odczytał też list gratulacyjny od prezesa tego Stowarzyszenia i złożył Jubilatowi gratulacje.

Wreszcie głos zabrał prof. Piotr Tuleja, który zwrócił uwagę na pracę Jubilata na Uniwersytecie Jagiellońskim. Z uczelnią tą związał się ponad pięćdziesiąt lat temu, gdzie jako student, a następnie asystent trafił na profesorów Sobolewskiego i Zakrzewskiego, którzy ukształtowali Go naukowo. Podkreślił, że święto Profesora Maciaga jest więc także świętem Katedry Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, w której Jubilat do niedawna jeszcze pracował.

Po wystąpieniach gratulacyjnych uroczyste wręczono Jubilatowi księgę. Marian Grzybowski, jej współredaktor, podkreślił, że problematyka konferencji związana jest z dorobkiem naukowym Jubilata, do którego odnoszą się też i poszczególni autorzy publikacji. Obszerność tego dorobku zaowocowała powstaniem pięciu tomów księgi.

Jubilat, dziękując wszystkim, przypomniał najważniejsze chwile swojej drogi naukowej, podnosząc przy tym, że cieszy się, iż jego wieloletni wysiłek nie został zmarnowany, a księga pamiątkowa przynosi mu szczególną satysfakcję. Wspomniał także, że nieustannie sięgał do myśli Andrzeja Frycza Modrzewskiego, wielokrotnie kierował się nimi na swojej drodze życia. Wierzy, że była to dobra droga i przywiodła go do miejsca, w którym jest dzisiaj.

Uroczystość zakończył występ artystyczny i lampka wina, która stała się okazją do złożenia Jubilatowi życzeń oraz zapowiedzi zorganizowania kolejnego jubileuszu – tym razem 100-lecia urodzin. *Ad multos annos*, Panie Profesorze!

Anna Szuba-Boroń

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Prof. nadzw. dr hab. Zbigniew Antoni Maciąg
– jubileusz 70-lecia urodzin i 45-lecia pracy naukowej**

20 października w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego grono wybitnych konstytucjonalistów, prawników, współpracowników i przyjaciół uczciło jubileusz jednego z założycieli tej uczelni – prof. nadzw. d hab. Zbigniewa Maciąga, radcy prawnego, konstytucjonalisty, politologa i niemcoznawcy. Profesor kieruje Katedrą Prawa Konstytucyjnego, jest dyrektorem Instytutu Prawa Publicznego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii. Jest również członkiem Kolegium Rektorskiego oraz Senatu uczelni. W latach 2001–2002 był prorektorem, a do 2005 r. rektorem Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Pełnił wówczas również funkcję przewodniczącego Kolegium Rektorów Uczelni Niepublicznych Małopolski. Jest cenionym nauczycielem akademickim, również na uniwersytetach zagranicznych w Bazylei, Getyndze, Kassel, Kolonii, Bremie, Erlangen-Norymberdze, Bochum i Berlinie.

Profesor Zbigniew Maciąg ukończył studia prawnicze na Uniwersytecie Jagiellońskim, gdzie również uzyskał stopnie naukowe doktora: w 1977 r. i doktora habilitowanego w 1998 r. Rozprawa doktorska dotycząca systemu partyjnego Republiki Federalnej Niemiec, w poszerzonej wersji została opublikowana przez prestiżowe Państwowe Wydawnictwo Naukowe. Profesor jest autorem licznych publikacji niemieckojęzycznych w czasopiśmie prawniczych, m.in. „Der Staat”, „Demokratie und Recht” czy „Jahrbuch für Ostrecht”. Doświadczenie w pracy akademickiej Profesor zaczął zdobywać w Zakładzie Nauk Społecznych Akademii Medycznej w Krakowie, a następnie w Katedrze Prawa Państwowego (później Konstytucyjnego) Instytutu Nauk Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego. Był współorganizatorem i prowadzącym polsko-niemieckie seminaria studentów w Wiedniu, Bochum i Krakowie.

Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół prawa konstytucyjnego, współczesnych ustrojów państw demokratycznych, zasad tworzenia prawa, zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego, systemów partyjnych, systemów politycznych państw współczesnych. Był stypendystą Uniwersytetu w Erlangen-Norymberdze, a także Fundacji Aleksandra von Humboldta i Fundacji R. Boscha w Uniwersytetach w Getyndze i Bonn. W uznaniu osiągnięć badawczych otrzymał stypendium Austriackiego Stowarzyszenia Naukowo-Badawczego w Uniwersytecie w Salzburgu i Fundacji Hannsa-Seidla w Uniwersytecie w Monachium. Był jedynym reprezentantem Polski w międzynarodowej grupie obserwatorów w trakcie wyborów do Bundestagu w 1987 i 1990 r.

Autor licznych ekspertyz i opinii, m.in. dla Urzędu Rady Ministrów, Sejmu, Senatu, Ministerstwa Sprawiedliwości, Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Ministerstwa Edukacji Narodowej. W okresie pracy w Uniwersytecie Jagiellońskim pracę naukowo-dydaktyczną łączył z licznymi funkcjami. W latach 1996–1999 był członkiem Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego. Jest członkiem Komisji Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk Oddział w Krakowie, Towarzystwa Naukowego Societas Humboldtiana Polonorum, naukowego Stowarzyszenia Instytutu Zachodniego w Poznaniu i Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego. Współtworzył Radę Wydawniczą Krakowskiej Akademii, był również członkiem Rady Wydawniczej „Managerial Law” – angielskiego czasopisma naukowego. Brał udział w realizacji wielu programów badawczych: resortowych, Komitetu Badań Naukowych i Instytutu Zachodniego w Poznaniu oraz wynikających z umów międzynarodowych.

Rezultatem tych prac było ponad 20 referatów i wystąpień wygłoszonych na krajowych i międzynarodowych zjazdach, konferencjach i seminariach naukowych, organizowanych między innymi w uniwersytetach w Jenie i Lipsku, Centrum Studiów Problemów Wschód–Zachód w Monachium, w Akademii Politycznej w Wiedniu, Fundacji Aleksandra von Humboldta w 1991 r. w Sonthofen/Allgau i 1993 r. w Bambergu. Wykłady głosił także w uniwersytetach w Getyndze, Kolonii, Kassel, Bremie, Erlangen-Norymberdze, Berlinie Zachodnim, Bochum i Bazylei. Z inicjatywy prof. Zbigniewa Maciąga Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego rozwinęła szerokie kontakty z uczelniami zagranicznymi, zwłaszcza w Unii Europejskiej, pozyskała prestiżowych partnerów, rozpoczęła realizację współpracy w ramach programu Erasmus, dzięki któremu studenci mogą część studiów odbywać w zagranicznych uczelniach partnerskich.

Już jako członek Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego, w której działalność przypadła na lata 1996–1999, profesor Zbigniew Maciąg podjął trud otwarcia bram edukacji dla każdego maturzysty pragnącego poszerzać swoje

horyzonty. Realizacji tej misji, tworzenia i udoskonalania systemu szkolnictwa niepublicznego, profesor poświęca się od kilkunastu lat. Jest autorem ponad 60 publikacji i opracowań naukowych. Praca naukowa, dydaktyczna i organizacyjna profesora Zbigniewa Maciąga była wielokrotnie wyróżniana i nagradzana przez władze Uniwersytetu Jagiellońskiego i Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. W uznaniu osiągnięć organizacyjnych i naukowo-badawczych dwukrotnie został uhonorowany Nagrodą Ministra Nauki, Szkolnictwa Wyższego i Techniki oraz, również dwukrotnie, nagrodą Ministra Edukacji Narodowej. Laureat Nagrody Naukowej Zespołu II stopnia Instytutu Zachodniego w Poznaniu, gdzie profesor prowadził prace badawczo-naukowe. Za wybitne osiągnięcia naukowe, organizacyjne i dydaktyczne odznaczony został Złotym Krzyżem Zasługi i Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski.

Każdy, kto na swej drodze spotkał Profesora, wie jak życzliwym, pomocnym, przyjaznym jest człowiekiem. Każdy Jego współpracownik wie, jak wnikliwie i rzetelnie traktuje pracę, której się podejmuje. Drogi Panie Profesorze, jubileusz jest wyjątkową okazją do złożenia życzeń: zdrowia, wytrwałości, siły na dalsze lata pracy. Oby była ona dla Pana zawsze przyjemnością i nigdy nie stygła pasja, z jaką Pan pracuje. Wszystkiego najlepszego!

Ad multos annos!



MINISTER
NAUKI I SZKOLNICTWA WYŻSZEGO

prof. Lena Kolarska-Bobińska

BM.1660.118.2014

Warszawa, 15 października 2014 r.

Magnificencja
prof. zw. dr hab. Jerzy Malec
Rektor Krakowskiej Akademii im.
Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Pan
prof. dr hab. Piotr Tuleja
Kierownik Katedry Prawa
Konstytucyjnego Uniwersytetu
Jagiellońskiego

Pan
prof. zw. dr hab. Marian
Grzybowski
Kierownik Katedry Prawa
Ustrojowego Porównawczego
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Magnificencjo, Szanowny Panie Rektorze, Szanowni Panowie Kierownicy Katedr,

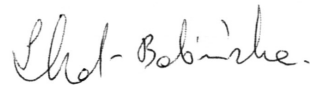
dziękuję za zaproszenie do udziału w konferencji naukowej „Państwo demokratyczne, prawne i socjalne – społeczeństwo, polityka, gospodarka” odbywającej się z okazji jubileuszu 45-lecia pracy naukowej i dydaktycznej profesora Zbigniewa A. Maciąga. Niestety, zobowiązania służbowe uniemożliwiają mi osobiste w niej uczestnictwo.

Wierzę, że spotkanie w gronie ekspertów stanie się okazją do konstruktywnych dyskusji, poszukiwania nowych rozwiązań prawnych, przyczyni się do rozwoju nauki polskiej oraz będzie inspirowało do podejmowania nowych wyzwań i kierunków badań naukowych.

Na Panów ręce składam gratulacje profesorowi Zbigniewowi A. Maciągowi - prawnikowi, konstytucjonaliście, politologowi, autorowi wielu publikacji i opracowań naukowych, współzałożycielowi Krakowskiej Szkoły Wyższej im. A. F. Modrzewskiego. Człowiekowi, którego za wybitne osiągnięcia naukowe, organizacyjne i dydaktyczne w ciągu 45 lat pracy uhonorowano m.in. Złotym Krzyżem Zasługi i Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski.

Życzę Państwu dalszych sukcesów w upowszechnianiu wiedzy i satysfakcji z podejmowanych przedsięwzięć.

Łączę wyrazy szacunku

Handwritten signature in cursive script, reading "Sławomir Bobiński".



MARSZAŁEK
WOJEWÓDZTWA
MAŁOPOLSKIEGO
Murek Sowa

Kraków, 20 października 2014 r.

*Jego Magnificencja
prof. zw. dr hab. Jerzy Malec
Rektor Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego*

Magnificencjo, Panie Rektorze!

Serdecznie dziękuję za zaproszenie na konferencję naukową „Państwo demokratyczne, prawne i socjalne – społeczeństwo, polityka, gospodarka” zorganizowaną z okazji 45 – lecia pracy naukowej i dydaktycznej prof. Zbigniewa A. Maciaga.

Na ręce Pana Rektora przekazuję podziękowania dla wszystkich osób zaangażowanych w organizację konferencji. Jestem przekonany, że spełni ona wszystkie oczekiwania, jakie wiążą z nią organizatorzy oraz zgromadzi liczne grono gości. Gratulując Panu Profesorowi Zbigniewowi A. Maciagowi jubileuszu, życzę wielu jeszcze lat pracy naukowej, sukcesów w pracy badawczej i dydaktycznej oraz pomysłności w życiu osobistym.

Raz jeszcze dziękuję za zaproszenie. Jego Magnificencji oraz wszystkim, którzy angażują się w pracę na rzecz Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, życzę harmonijnego rozwoju Uczelni.

Z wyrazami szacunku,



UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI
W KRAKOWIE

Dziekan
Wydziału Prawa i Administracji

Kraków, dnia 15 października 2014 r.

Jego Magnificencja

Rektor

Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Prof. dr hab. Jerzy Malec

Szanowny Panie Rektorze,

Z okazji jubileuszu Profesora Zbigniewa Maciąga, organizowanego przez Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego i Katedry konstytucjonalistyczne Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, pragniemy przyłączyć się do gratulacji i serdecznych życzeń dla Jubilata.

Wydział Prawa i Administracji UJ, z którym Profesor Zbigniew Maciąg związany był przez dziesięciolecia, na którym uzyskiwał stopnie naukowe i wychował szereg uczniów, zachowuje wdzięczną pamięć o zasługach organizacyjnych Jubilata.

Życzymy Panu Profesorowi dalszych sukcesów w Jego aktywności akademickiej, jak również wiele pomyślności w życiu osobistym.

Dziekan i Społeczność WPiA UJ



WYDZIAŁ PRAWA I ADMINISTRACJI
UNIwersYTETU MIKOŁAJA KOPERNIKA W TORUNIU

UL. WŁADYSŁAWA BOJARSKIEGO 3, 87-100 TORUŃ
www.prawo.umk.pl

Toruń, 20.10.2014 r.

Wielce Czcigodny Pan

Prof. dr hab. Zbigniew Maciąg

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wielce szanowny Panie Profesorze, drogi Zbysku,

Z radością przybywamy dziś do Krakowa pragnąc osobiście uczestniczyć w uroczystościach Twojego znakomitego Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej i dydaktycznej. Jesteś dobrze znany i ceniony przez toruńskie środowisko konstytucjonalistów a i przyjaźń jakiej doświadczyliśmy i doświadczamy z Twojej strony sprawiają, że pozwalam sobie za pośrednictwem tego adresu wyrazić uczucia towarzyszące nam w tym szczególnym czasie Twojego Jubileuszu.

Należysz drogi Zbigniewie do grona znakomych konstytucjonalistów polskich, znanych i uznanych w kraju i za granicą. Zawsze głosiłeś poglądy dojrzałe i bardzo dobrze uzasadnione, a Twoje prace stanowiły i nadal stanowią przykład rzetelnej pracy badawczej i naukowej. Aktywnie uczestniczyłaś w kształtowaniu kierunków rozwoju polskiej myśli konstytucyjnej ale i kierunków rozwoju polskiego szkolnictwa wyższego, w tym niepublicznego. W swoich pracach przybliżałaś od zawsze i bardzo kompetentnie świat mechaniki ustroju demokratycznego państwa prawnego i socjalnego. Twoje dzieła zachowują walor aktualności i pozostają stale w obiegu naukowym.

Przy tym wszystkim posiadasz cechy osobiste, które zjednują Tobie ludzi i przyjaciół. Zawsze jesteś otwarty, ciekawy innych i gotowy do współpracy, a poza tym zawsze jesteś ujmująco serdeczny. Bardzo za to wszystko dziękujemy! Prawie 40-letnia nasza znajomość i te wskazane cechy oraz okoliczności przywiodły nas tu dziś osobiście z serdecznymi myślami na uroczystość Twojego jubileuszu, by złożyć hołd należny Autorytetowi w dyscyplinie, ale i znakomitemu, drogiemu Koledze.

„Ad multos annos” Panie Profesorze, wszystkiego dobrego drogi Zbysku!

Z wyrazami najgłębszego szacunku i szczerzej przyjaźni w imieniu toruńskiego środowiska konstytucjonalistów

prof. zw. dr hab. Zbigniew Witkowski



Professor Jo Carby-Hall
Honorary Consul
Konsul Honorowy

Consulate of the Republic of Poland
Konsulat Rzeczypospolitej Polskiej

41 North Bar Without, Beverley, HU17 7AG
United Kingdom

Telephone: 00 44 (0) 1482 465799
Facsimile: 00 44 (0) 1482 466208
Mobile: 079 054 57588
E-Mail: J.R.Carby-Hall@hull.ac.uk

Profesor Dr. Hab. Zbigniew Maciąg

Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

Gustawa Herlinga-Grudzińskiego, 1

03-705 Kraków

Republic of Poland

16th October, 2014.

My dear Zbyszek,

May I congratulate you on your remarkable achievements during the forty-five years of your professional, scientific and teaching career at the Jagiellonian University and then at Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University. During that term you have excelled in all you undertook and have been the pillar upon which your activities and initiatives have thrived and prospered. Without your wisdom, caution and knowledge of life Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University, of which you are a co-founder, would never have been so successful in its first ten years which saw an impressive and remarkable growth in its student numbers, a significant number of imaginative, forward-looking and creative activities and high scholarship.

Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University and the Chairs of Constitutional Law and Comparative Constitutional Law at the Jagiellonian University have very kindly invited me to attend the academic conference entitled "Democratic State, Rule of Law and Social State – Society, Politics, Economy" to be held in your honour on 20th October, 2014. Much as I should have wished to, unfortunately I shall not be able to attend because I shall be on an international conference in Geneva on that very day. I received the invitation by e-mail on 29th September, 2014, barely 21 days before that event. Were I given a greater period of notice I should have made alternative arrangements with Geneva to enable me to share with you that special day. This, of all events, was the very one which I should not have wished to miss for you are not only a valued colleague of mine but particularly a very special and dear friend. It is however not to be!

The conference programme is most interesting, varied and well planned and no doubt the *Laudatio* to be delivered by Professor Banaszak will treat in some detail your scholarly scientific output and the numerous and imaginative other activities in which you have been involved.

The Jubilee publication will also be handed to you by two Professors. It has been an honour and a privilege for me to have been invited by the editors of this publication to contribute a chapter in that book, which I understand is in several volumes. I chose a constitutional law subject of somewhat an unusual nature which I hope you will find pleasing.

Although not physically present to attend this significant and important event, you will nevertheless be in my very special and very particular thoughts on that special day.

Zofia, as indeed I shall be, will be very proud of you on that day and Diane sends her heartiest congratulations to you.

*With my warmest greetings of friendship,
Yours ever,
Jo.*

Kraków, dnia 20 października 2014 r.

Prof. dr hab. Ryszard Borowiecki
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Szanowny Pan
Prof. dr hab. Zbigniew A. Maciąg

Wielkie Dozycie Jubileum,

Z prawdziwą radością przekazuję Panu, Drogi Profesorze, z okazji pięknego Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej i dydaktycznej moc gratulacji i najserdeczniejszych życzeń.

Wieloletnia praca naukowa i dydaktyczna oraz działalność społeczna Pana Profesora są niewątpliwie powodem do ogromnej satysfakcji. Osiągnięcia Pana Profesora w dziedzinie nauk prawnych są powszechnie znane i doceniane, stanowią wzór do naśladowania dla wielu nauczycieli akademickich.

Poczytuję sobie za wielki zaszczyt, że w mojej pracy naukowo-dydaktycznej i działalności organizatorskiej miałem szczęście poznać i zaprzyjaźnić się z Panem Profesorem – człowiekiem niezwykle pracowitym, całym sercem zaangażowanym w życie i integrację środowiska akademickiego.

Gratulując dotychczasowych dokonań naukowych, dydaktycznych i organizacyjnych życzę Ci Drogi Profesorze wiele zdrowia, dalszych sukcesów zawodowych, jak również wszelkiej pomyślności w życiu osobistym.

Ad multos annos!

Ryszard Borowiecki

Prof. zw. dr hab. Jerzy Nowakowski
Dyrektor Instytutu Bankowości
Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie

Szanowny Jubilat
Prof. dr hab. Zbigniew Maciąg

Drogi Profesorze, Zbyszku,

Dzieląc z innymi radość z Twojego Jubileuszu, życzę Ci, aby Twój młodzieńczy zapał dodawał Ci w dalszym ciągu sił, dzięki którym osiągnąłeś i będziesz osiągał zamierzone cele.

Zbyszku, byłeś i jesteś przykładem dla innych, iż wiedzą i pracą można pokonać wszystkie trudności i przeszkody.

Drogi Jubilacie życzę Ci pomyślności w pracy zawodowej i wiele radości w życiu rodzinnym.

Z wyrazami szacunku



W Warszawie, 20 października 2014 r.

SOCIETAS HUMBOLDTIANA POLONORUM
Stowarzyszenie Stypendystów Fundacji im. Aleksandra von Humboldta

ZARZĄD GŁÓWNY



Poznań, 7 października 2014 r.

Pan prof. dr hab. Zbigniew Maciąg

Wielce Szanowny Panie Profesorze!
Drogi Kolego!

W związku z jubileuszem 45-lecia pracy naukowej i dydaktycznej owocnej dla polskiej nauki oraz Pana wkładem w rozwój Societas Humboldtiana Polonorum proszę przyjąć serdeczne gratulacje i życzenia dalszych pomyślnych dni, zdrowia, radości i wszelkiej życzliwości oraz sił do dalszej pracy,

W imieniu Koleżanek i Kolegów z Societas Humboldtiana Polonorum

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tomasz Sterzynski', is written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

Tomasz Sterzynski

Prezes SHP



KRAKOWSKI BANK SPÓLDZIELCZY

Kraków, dnia 20.10.2014r.

Wielce Szanowny Pan


Profesor Dr Hab. Zbigniew Maciąg

Życie ludzkie składa się z twórczego trudu i nadziei. Nie zawsze ślady owego trudu zostają zapisane w pamięci, nie zawsze pozostawiamy na tyle trwałe ślady na ziemi aby z przekonaniem powtórzyć za Horacym non omnis moriar.

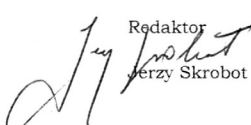
Pan Panie Profesorze może tak powiedzieć

Multos annos, Panie Profesorze !.

Prezes Zarządu KBS


Zbigniew Bodzioch

Redaktor


Jerzy Skrobot

Przewodniczący Rady Nadzorczej KBS


Jan Czesak

Lech Garlicki

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet Warszawski

Klauzula demokratycznego państwa prawnego

Panie Rektorze, Szanowni Państwo, Drogi Jubilate. Chciałbym na wstępie serdecznie podziękować za zaproszenie do wygłoszenia tego krótkiego wystąpienia. To zaszczyt występować przed tak dostojnym gronem, a zarazem to przyjemność – bo Jubilat jest nie tylko wybitnym uczonym, ale też wieloletnim kolegą i przyjacielem. Piękny jubileusz, nie mówiąc już o jego oprawie, którego można tylko zazdrościć.

Oczywiście mowy jubileuszowe, czy wszelkie inne wystąpienia na jubileuszach, są zawsze ryzykowne, bo trzeba pamiętać, żeby używać czasu terazniejszego, a nie tylko i wyłącznie przeszłego, bo to jest domeną innych uroczystości. Zarazem jednak dorobek każdego Jubilata jest, siłą rzeczy, dorobkiem już istniejącym i należącym do historii nauki. A w przypadku Profesora Maciąga dorobek ten jest o tyle szczególny, że – z jednej strony obejmuje to, co widać – wystarczy rzucić okiem dookoła, by przywołać Jego wkład w tworzenie tej uczelni, jej bazy kadrowej i podstaw materialnych. Z drugiej strony dorobek ten obejmuje ponad 40 lat badań naukowych, w znacznym stopniu niemcoznawczych, których wynikiem są książki, artykuły i inne teksty pisane. Pytanie zawsze stawiane w takich podsumowaniach sprowadza się do refleksji, co właściwie pozostało z tych lat pracy, na ile przydatne i trafne okazały się efekty mozolnie prowadzonych badań naukowych, czy mogą one jeszcze zainteresować dzisiejszego czytelnika. Innymi więc słowy – czy w tym zakresie właściwsze jest posługiwanie się czasem przeszłym, czy także – czasem terazniejszym.

Z tej perspektywy warto zwłaszcza spojrzeć na dwa najważniejsze dzieła jubilata w materii niemcoznawstwa: *System partyjny RFN* (1979) i późniejsze *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)* (1998).

Nie ulega wątpliwości, że, w każdym razie na początku, były to badania nad kwestiami w znacznej mierze egzotycznymi, bo mówiąc delikatnie,

nieco oddalonymi od naszych polskich realiów. Jak mówiono powszechnie w tamtych czasach, badania nad zagranicznymi, zachodnimi instytucjami konstytucyjno-ustrojowymi stanowiły pewną, całkiem zresztą sympatyczną, formę ucieczki od zajmowania się konstytucjonalizmem socjalistycznym czy konstytucjonalizmem PRL. Ale potem nagle wszystko uległo zasadniczemu przewartościowaniu. Zwrot polityczny i towarzyszący mu proces transformacji ustrojowej zachęcił do poszukiwania inspiracji w systemach zachodnich, a Niemcy – z powodów tak historycznych, jak i geograficzno-politycznych – nabrały szczególnej atrakcyjności. Nagle okazało się, że praktyka wręcz żąda informacji porównawczej, a tym samym Niemcy stały się istotnym i bynajmniej nie egzotycznym punktem odniesienia. Badania niemcoznawcze okazały się nagle potrzebne i przydatne.

Spoglądając dzisiaj na te elementy dorobku Jubilata, warto przywołać jedną z konkluzji, którą zamieścił on w swoim dziele na temat systemu partyjnego RFN. Wskazał tam m.in., że „dominująca rola wielkich partii współcześnie przekształca dotychczas istniejący system państwa partii w jego bardziej zmodernizowaną formę – system partii państwowych. Jest to mówiąc inaczej taki stan, który w rzeczywistości umożliwia tylko tym partiom uczestnictwo w sprawowaniu władzy efektywnie realizowanej na zasadzie rotacji”.

Jeżeli na to spojrzymy z perspektywy drugiej dekady XXI w., to okazuje się, że z jednej strony ta teza zachowała aktualność w odniesieniu do opisu sytuacji niemieckiej. Wprawdzie w Bundestagu pojawiła się Partia Zielonych, ale zasadniczy kształt niemieckiego systemu partyjnego jest w dalszym ciągu wyraźnie ustabilizowany. Z drugiej zaś strony powstaje pytanie o wartość tej konkluzji dla polskiego systemu partyjnego, który – przez ćwierć wieku procesów transformacyjnych – miał się już czas uformować. A w tej perspektywie, zwłaszcza stosując język dzisiejszy, mniej elegancki od wywodu naukowego, można ówczesne sformułowania Jubilata uznać za prosty opis zjawiska zwanego „zabetonowaniem sceny politycznej”. Nasuwa to szereg pytań, m.in. czy istnieje tu jakiś trend, pewne zjawisko o charakterze ogólniejszym? Czy więc krytyka polskiego „zabetonowania” może koncentrować się tylko na – widocznych przecież gołym okiem – słabościach polskiego systemu partii politycznych. Czy Polska jest rzeczywiście wyrzutkiem deformującym założenia idei parlamentarnej demokracji? A może Polska jest państwem tkwiącym w pewnym znacznie szerszym trendzie rozwojowym, który jest również udziałem innych, bardziej doświadczonych, demokracji? Są to pytania, na które nie zamierzam oczywiście proponować tutaj żadnej odpowiedzi, ale jest to zarazem wskazanie na to, że teza postawiona przed ponad 30 laty w odniesieniu do innego systemu ustrojowego, jest ideą, nad którą nie tylko warto ciągle dyskutować, ale która stała się też znacznie bliżej opisującą polską rze-

czywistość, niż mogło się to wydawać wtedy, kiedy była ona formułowana.

Ale jeszcze ciekawszy element badań Jubilata wiąże się z chyba najciekawszym przejawem eksportu niemieckiej myśli konstytucyjnej, jakim jest koncepcja państwa prawnego. Jest to eksport o uniwersalnym adresacie, bo skorzystała z niego nie tylko Polska i nie tylko inne państwa Europy pokomunistycznej, ale także Hiszpania i wiele innych krajów szukających wyjścia z systemów autorytarnych. Pojęcie (zasadę) państwa prawnego uzupełniano przy tym różnego rodzaju dalszymi przymiotnikami, by wspomnieć tylko określenia tego państwa jako także „demokratyczne” czy „socjalne”. I trzeba powiedzieć, że Jubilat trafił w dziesiątkę podejmując te badania zanim jeszcze doszło do zmian ustrojowych, bo – jak wszyscy pamiętamy – właśnie koncept demokratycznego państwa prawnego nabrał w polskiej rzeczywistości po 1989 r. znaczenia symbolu, znaczenia prawnego zarysu i podstawowego instrumentu nowego rozumienia konstytucji i jej zasad przewodnich. Wokół tego konceptu dokonywano intelektualnego porządkowania zmian, które się dokonywały w polskim systemie konstytucyjnym.

Przypomnijmy, że zasada demokratycznego państwa prawnego pojawiła się w polskiej konstytucji mocą noweli grudniowej w 1989 r., choć trafiła do niej nieco bocznymi drogami. Jak wiadomo, nowela powstała głównie z tego powodu, że politycy (co mniej więcej odpowiadało – i nadal odpowiada – możliwościom pojmowania przez nich rzeczywistości) uznali, że trzeba włożyć koronę na głowę orła, a to wymagało dokonania odpowiedniej zmiany Konstytucji z 1952 r. W tle tego szczytnego zamysłu, udało się jednak grupie świątlejszych prawników (którzy bądź zasiadali w parlamencie, bądź mieli wpływ na jego pracę), doprowadzić do uchwalenia nowego pierwszego rozdziału konstytucji, zasadniczo rewidującego aksjologię polskiej ustawy zasadniczej i organizującego ją wokół zasady demokratycznego państwa prawnego, pomieszczonej w nowym art. 1 starej konstytucji.

Czy ta zmiana miała sens? Na to pytanie nie można było z całą pewnością odpowiedzieć w grudniu 1989 r., bo zapisanie zasady demokratycznego państwa prawnego w tekście konstytucji tworzyło tylko pewien byt potencjalny. Klauzula ta przecież sama z siebie nic konkretnego właściwie nie oznaczała, ale stanowiła zarazem zachętę, by wypełnić ją treściami odpowiadającymi takiemu znaczeniu, jakie posiadała ona już w ustabilizowanych systemach demokratycznych. Zachęta ta adresowana była m.in. do władzy sądowniczej i tu trafiła na niezwykle podatny grunt, bo niemalże od razu sądy zaczęły definiować jej znaczenie normatywne, o czym zresztą wspominał przed chwilą prof. Adam Jamróz. Sądy, zwłaszcza najwyższego szczebla, od początku zorientowały się, że ta klauzula konstytucyjna może być znakomitym instrumentem adaptującym czy pozwalającym na dostosowanie starej konstytucji

i starych zasad konstytucyjnych do nowego kontekstu, do tworzenia nowej rzeczywistości politycznej i prawnej. I to przesądziło o tym, że kariera zasady demokratycznego państwa prawnego stała się w III Rzeczypospolitej karierą wręcz oszałamiającą.

Klauzula demokratycznego państwa prawnego stała się najpierw, w okresie poprzedzającym uchwalenie nowej konstytucji, jednym z głównych instrumentów „cywilizowania” starego porządku konstytucyjnego. Pozwalała na znajdowanie w starych przepisach konstytucyjnych treści, których nigdy w nich nie było i być nie miało, bo przecież były to przepisy konstytucyjne z poprzedniej epoki ustrojowej. Stała się ona wehikułem zmiany szczegółowych przepisów konstytucyjnych bez dokonywania formalnych zmian ich tekstu. Zjawisko tworzenia konstytucji w orzecznictwie trybunałów czy sądów konstytucyjnych (o którym, w poprzednim wystąpieniu, była mowa w odniesieniu do Francji) stało się widoczne również w polskiej praktyce orzeczniczej, a dokonywało się przez nawiązywania do zasady demokratycznego państwa prawnego. Posługiwał się nią Trybunał Konstytucyjny zarówno w sytuacjach, gdy konstytucja pewnych kwestii nie regulowała, a chciano tym kwestiom nadać rangę konstytucyjną, jak i w sytuacjach, gdy konstytucja regulowała pewne kwestie w sposób, który się już nie nadawał do zastosowania. To samo zjawisko czy podejście utrzymało się, choć oczywiście z większą ostrożnością i z mniejszym dystansem także pod rządem konstytucji z 1997 r., bo nadal zasada demokratycznego państwa prawa jest jedną z podstawowych klauzul konstytucyjnych, wykorzystywanych w orzecznictwie konstytucyjnym do tworzenia nowych elementów polskiego porządku konstytucyjnego. Oczywiście, obecnie, ramy wyznaczone pisanym tekstem konstytucji są znacznie wyraźniejsze i traktuje się je z większym szacunkiem.

Taka „żyjąca” rola klauzuli państwa prawnego nasuwa także różnego rodzaju niebezpieczeństwa. Może prowadzić, np. do różnego rodzaju łatwizn orzeczniczych, a nawet do pewnego nihilizmu konstytucyjnego, zwłaszcza gdy skumuluje się z ryzykiem wynikającym z takich implikacji, które czasami umykają umysłom tych, którzy myślą, że sam fakt powołania do ważnego organu państwowego czy ważnego sądu zajmującego się sprawami konstytucyjnymi, tworzy z kogoś konstytucjonalistę. To nie zawsze się sprawdza. I obecni tutaj sędziowie pan prof. Jamróz, pan prof. Grzybowski, pan prof. Tuleja, można powiedzieć bracia konstytucjonalisci, czy pan prof. Mączyński, który wprawdzie nie jest konstytucjonalistą, ale jako cywilista *ex definitione* jest mądrzejszy od konstytucjonalistów, znają to zjawisko znakomicie z własnego oglądu. A raz jeszcze trzeba podkreślić, że naiwna wiara, iż piastowanie pewnych stanowisk publicznych przynosi iluminację konstytucyjną i pozwala

na bawienie się prawem konstytucyjnym, a co gorsza – na jego woluntarystyczne psucie, jest rzeczą równie powszechną, co niebezpieczną.

To prowadzi mnie z powrotem do dzieła pana prof. Maciąga na temat zasady państwa prawnego, czy raczej – genezy jej kształtowania się. To jest pewnego rodzaju kapitał wiedzy. To jest pewnego rodzaju przesłanie dotyczące genezy, pojęcia, doktryny, którą jeśli się jej nie zna, bardzo trudno jest posługiwać się w życiu codziennym, a raz jeszcze chciałem powiedzieć, że to, co wydawało się egzotyką kiedyś, gdy te badania niemcoznawcze w Polsce się zaczynały, dziś stało się rzeczywistością, stało się rzeczywistością, która w praktyce ma bardzo dynamiczny charakter i której kształtowanie jest zadaniem, za które my wszyscy ponosimy odpowiedzialność w praktyce państwowej. A w działalności naukowej też my wszyscy ponosimy odpowiedzialność za przygotowanie informacji o tym, jak należy to robić i czego robić nie wolno. Z tego punktu widzenia dzieła naszego drogiego Jubilata także dzisiaj, w czasie teraźniejszym, żyją życiem może innym, niż wtedy kiedy były tworzone i publikowane, ale na pewno pożytecznym – i to wraz z kolejnymi gratulacjami, może służyć za konkluzję mojego wystąpienia.

Adam Jamróz

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet w Białymstoku

Charakter normatywny konstytucji V Republiki Francuskiej

Szanowny Panie Rektorze, Szanowny Panie Dziekanie, Wielce Szanowny Jubilacie, Drogi Zbyszku!

Wybrałem temat, który nie kłóci się z tytułem naszej konferencji. Chodzi o ukazanie szczególnej postaci normatywnej, w swojej strukturze i w swoich konsekwencjach prawnych – Konstytucji V Republiki, ale w tle są rozważania o modelu państwa prawnego we Francji. To model inny niż ten, który jest o wiele bardziej znany, ukształtowany na gruncie systemu prawa stanowionego i formalistycznego nurtu państwa i prawa, który kształtował się w Europie kontynentalnej, w szczególności w Niemczech, co nasz Jubilat w swojej znakomitej pracy pokazał. Przejdźmy przeto, proszę Państwa, do krótkiego wykładu.

Zacznijmy od struktury Konstytucji V Republiki z 1958 r. Gdyby ktoś chciał zawęzić tę konstytucję do pisanego aktu konstytucyjnego z 1958 r., sądząc, że jest to kraj prawa stanowionego, bardzo by się pomylił. Konstytucja francuska z 4 października 1958 r. nie jest bowiem tylko tekstem pisanym, nie są to tylko późniejsze uchwalone nowelizacje i ustawy o charakterze konstytucyjnym. Pomińmy również w rozważaniach tryb przyjęcia konstytucji z 1958 r., wywołujący od początku wiele kontrowersji (nie było drogi parlamentarnej), a także charakter, wywołujący krytykę niektórych ustrojodawców – wskazujących, że konstytucja ta miała charakter plebiscytarny, gdyż referendum konstytucyjne z 28 września 1958 r. było głosowaniem na osobę gen. Charlesa de Gaulle’a i odbywało się w sytuacji szczególnej presji politycznej. Później, gdy powyższe spory ucichły, konstytucja ta i jej ewolucja, a zwłaszcza wykładnia preambuły, wywoływała duże zaciekawienie, nie tylko w środowisku francuskich ustrojodawców.

Pragnę nadmienić, że niniejsze zagadnienie było poruszane także w pracach polskich. Chciałbym wymienić przynajmniej jedną, a mianowicie zna-

komitą pracę Pana prof. Leszka Garlickiego, *Rada konstytucyjna i ochrona praw jednostki* (Warszawa 1993).

Tekst pisany francuskiej konstytucji z 1958 r. zawiera, oprócz zwięzłej preambuły, część strukturalną, która praktycznie poświęcona jest zasadom ustrojowym i kompetencjom naczelnych organów państwowych. Nie ma tutaj rozdziału poświęconego prawom i wolnościom jednostki, chociaż przecież konstytucja była przyjmowana w okresie, kiedy na gruncie europejskiego konstytucjonalizmu rozdział taki mógł być uważany za konieczny. Późniejsza ewolucja wykładni tekstu konstytucji z 1958 r., a w szczególności orzecznictwo Rady Konstytucyjnej (*Conseil Constitutionnel*) – wykazały jednak, że prawa i wolności jednostki są częścią konstytucji. Nie składa się ona bowiem tylko z tekstu pisanego.

Okazało się po latach, że częścią konstytucji są również prawa i wolności jednostki określone w orzeczeniach Rady Konstytucyjnej, tzn. francuskiego sądu konstytucyjnego. Trzeba jednak na wstępie zasygnalizować, że orzecznictwo Rady Konstytucyjnej było kontynuacją tradycji francuskiego konstytucjonalizmu. Orzecznictwo to było zamknięciem pewnego etapu kształtowania się praw jednostki na drodze ustawodawczej oraz w praktyce sądów w okresie III Republiki, w szczególności orzecznictwa Rady Stanu (*Conseil d'Etat*). Znamienna była zwłaszcza rola Rady Stanu, która w swoich orzeczeniach przywoływała Deklarację Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.

Spróbujemy zwięzłe przedstawić, w jaki sposób Rada Konstytucyjna w swoich orzeczeniach pełniła faktycznie rolę normotwórczą, uzupełniając konstytucję o określone prawa i wolności jednostki. W zwięzłej preambule konstytucji z 1958 r. znalazły się zdania, które odegrały zasadniczą rolę w wykładni dokonywanej przez Radę Konstytucyjną, w szczególności w odniesieniu do praw i wolności jednostki. Otóż odnośne zdania w preambule z 1958 r. głoszą, że naród francuski „potwierdza uświęcone prawa i wolności jednostki, zawarte w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r.” (deklaracja ta była preambułą do konstytucji z 1791 r., która nie weszła w życie) „oraz w preambule do konstytucji z 27 października 1946 r.”. Powyższe sformułowanie przywołujące historyczne dokumenty oraz przypominające, że zawarte w tych dokumentach prawa i wolności jednostki naród francuski „potwierdził” (we wspomnianym referendum konstytucyjnym, przytłaczającą większością głosów) – stało się dla Rady Konstytucyjnej podstawą do faktycznego włączenia tych historycznych dokumentów do konstytucji z 1958 r., a więc w rezultacie do przyznania im waloru obowiązywania.

Przyjmuje się, że po raz pierwszy Rada Konstytucyjna dokonała tego w orzeczeniu z 16 lipca 1971 r., a później w kolejnych. Rada Konstytucyjna mianowicie, powołując się na prawa lub wolności określone we wspo-

mnianych historycznych dokumentach określiła je w swoich orzeczeniach na gruncie obowiązującej konstytucji z 1958 r. nadając im rangę konstytucyjną. W literaturze istnieją wątpliwości, czy orzeczenie z 1971 r. istotnie rozpoczęło tego typu orzeczenia, ale kwestii tej nie chciałbym przy tej okazji rozwijać. Można więc powiedzieć, że wspomniane wyżej historyczne dokumenty przestały mieć charakter historycznych deklaracji ideowych, ale nabrały charakteru normatywnego, stając się częścią obowiązującej konstytucji.

Warto zwrócić uwagę, że powyższa decyzja francuskiej Rady Konstytucyjnej została poprzedzona długim okresem ewolucji francuskiego konstytucjonalizmu, od uchwalenia Deklaracji z 1789 r., który faktycznie przygotował orzeczenie Rady Konstytucyjnej z 1971 r. Gdy sięgniemy do kolejnych konstytucji, a można wymienić tutaj w szczególności dwie najbardziej charakterystyczne, bo stojące po przeciwległych biegunach, a mianowicie konstytucję republikańską z 1848 r. i konstytucję cesarstwa 1852 r. – to okazuje się, że w dokumentach tych znajdujemy takie samo sformułowanie, jak w preambule z 1958 r., a mianowicie, że „potwierdza się uświęcone prawa i wolności jednostki określone w Deklaracji z 1789 r.”. Kolejne konstytucje z reguły zawierały jednak deklaracje praw. Natomiast w okresie III Republiki, w której obowiązywały ustawy konstytucyjne, poświęcone praktycznie tylko kompetencjom naczelnych organów państwowych, nie dołączono do nich żadnej deklaracji praw, ani też wzorem niektórych poprzednich konstytucji, nie potwierdzono uznanych wcześniej praw i wolności. Nie oznaczało to jednak odrzucenia owych praw i wolności. Powyższy charakter ustaw konstytucyjnych był raczej dowodem, że ukształtowane historycznie prawa i wolności są tak oczywiste, iż nie wymagają nawet potwierdzenia.

Wniosek taki wydaje się tym bardziej zasadny, że, jak się okazało, w okresie III Republiki dokonano szczególnego postępu w sferze ochrony praw jednostki. Taki pogląd wyraża się często w doktrynie francuskiej podkreślając, że wbrew pozorom III Republika stała się okresem szczególnej ochrony praw i wolności jednostki. Zwraca się tutaj zwłaszcza uwagę na rolę Rady Stanu. Organ ten, który pojawił się raz pierwszy w 1799 r. w konstytucji Konsulatu jako organ doradczy władzy wykonawczej, poszerzał później swoje kompetencje, a na mocy ustawy z 1872 r. otrzymał nowe, szczególnie ważne kompetencje, a mianowicie kompetencje najwyższego sądu administracyjnego, który mógł uchylać wszystkie akty władzy wykonawczej, nie tylko akty indywidualne, ale i akty normatywne.

Rada Stanu w swoich orzeczeniach powoływała się na Deklarację z 1789 r. Oficjalnie traktowano tę Deklarację jako pewien zbiór dyrektyw interpretacyjnych unikając sformułowania, że ona obowiązuje. Rada Stanu wskazywała jednak, że ustawy winny uwzględniać Deklarację, Rada Stanu formułowała

bowiem powszechne zasady prawa (*les principes généraux du droit*) z powołaniem się na Deklarację z 1789 r., a ustawodawca zobowiązany był do respektowania owych powszechnych zasad prawa. Chociaż więc Rada Stanu unikała sformułowania, że Deklaracja z 1789 r. obowiązuje, to poprzez taki stan rzeczy przyznawała jej wartość normatywną.

Znamienne, że w doktrynie francuskiej tamtych czasów stanowiska odnośnie do obowiązywania i normatywności Deklaracji z 1789 r. – były podzielone. Niektórzy zaznaczali, że Deklaracja nie jest obowiązującą częścią konstytucji (Raymond Carré de Malberg), zdaniem innych była częścią ówczesnej konstytucji *sensu largo* (Maurice Hauriou), a inni uważali nawet, że jest częścią prawa ponadpozytywnego, naturalnego (Leon Duguit), powracając tym samym do źródeł ideowych Deklaracji z 1789 r.

Powszechne zasady prawa ustalane w orzeczeniach Rady Stanu, odwołując się do Deklaracji z 1789 r. przygotowały grunt dla orzecznictwa Rady Konstytucyjnej, rozpoczętego formalnie orzeczeniem z 1971 r. i prowadzącego do poszerzenia pisanego tekstu Konstytucji z 1958 r. o wspomniane historyczne dokumenty.

Przejdźmy z kolei do preambuły Konstytucji z 1946 r., która w wyniku orzecznictwa Rady Konstytucyjnej została również włączona do „bloku konstytucyjnego” (konstytucji *sensu largo*). Preambuła Konstytucji z 1946 r. wymieniona w preambule Konstytucji z 1958 r. była więc drugim historycznym dokumentem, który został włączony do wspomnianego „bloku konstytucyjnego”. W preambule Konstytucji z 1946 r. zostały wymienione pewne kategorie pojęciowe stanowiące ugruntowane wcześniej w ustawodawstwie zasady, które Rada Konstytucyjna uznała za kategorie normatywne mogące stanowić podstawę jej orzeczeń, w szczególności w zakresie określania praw i wolności jednostki.

Chodzi tutaj zwłaszcza o „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki” (*les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*). Brak określenia w tekście pisanym Konstytucji praw i wolności jednostki został więc uzupełniony przez działalność normotwórczą Rady Konstytucyjnej. Warto podkreślić, że większość „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki” to w swojej treści „powszechne zasady prawa” ustalone wcześniej w orzecznictwie Rady Stanu. Trafnie wskazuje się więc w doktrynie na istotny wkład Rady Stanu dla określenia praw i wolności jednostki w orzeczeniach Rady Konstytucyjnej. W wielu przypadkach było tak, że Rada Konstytucyjna przy określaniu praw i wolności jednostki skorzystała z ustaleń dokonanych przez Radę Stanu, nadając im rangę konstytucyjną.

Wymieńmy jeszcze jedną kategorię pojęciową o charakterze zasad, wymienioną również w preambule Konstytucji z 1946 r., której Rada Konstytucyjna

nadała charakter kategorii normatywnej, tzn. uwzględnionej również w normatywnej podstawie orzekania. Chodzi tutaj o wymienione w preambule z 1946 r. *les objectives à valeur constitutionnel*, czyli (oddając rzeczywisty sens) przesłanki, którymi powinien kierować się ustawodawca, gdy reguluje prawa i wolności jednostki, a zwłaszcza, gdy je ogranicza. Można więc powiedzieć, że są to przesłanki stanowiące wymogi ograniczenia praw i wolności, niejako podobne w swojej funkcji do tych, które są określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W przypadku Francji ogólnie określony tekst pisany staje się więc ogólną podstawą do określania konkretnego ograniczania prawa lub wolności przez Radę Konstytucyjną, która w tym zakresie pełni rolę normotwórczą. System taki, w odróżnieniu od typowego ujęcia przesłanek ograniczenia praw i wolności wyłącznie w konstytucji pisanej może mieć tę zaletę, że jest bardziej elastyczny. Nadmienmy, że Trybunał Konstytucyjny RP też na pewnych obszarach pełni faktycznie rolę normotwórczą, uzupełniając tekst pisany normami konstytucyjnymi zawartymi w orzeczeniach, ale dotyczy to zwłaszcza obszaru prawa europejskiego.

Określając w ten sposób prawa i wolności jednostki, normatywizując również ograniczenia tych praw i wolności, Rada Konstytucyjna współdziała z Radą Stanu i sądami, a w szczególności z Najwyższym Sądem Kasacyjnym, które to instytucje respektując orzecznictwo Rady Konstytucyjnej i wzbogacając je w praktyce orzeczniczej, umacniają taki model kreowania i stosowania praw i wolności jednostki. Można powiedzieć nawet, że Rada Stanu i Najwyższy Sąd Kasacyjny również pełnią w tej sferze pewne „role normatywne”, potwierdzając w sferze stosowania normy kreowane przez Radę Konstytucyjną.

Można więc pokusić się o konkluzję, że francuski model państwa prawnego, w szczególności w sferze praw i wolności jednostki, różni się istotnie od „czystego” modelu konstytucyjnego prawa stanowionego. Model ten nie został jednak stworzony orzecznictwem samej Rady Konstytucyjnej, ale jak widzimy kształtował się w toku długotrwałej ewolucji. Orzecznictwo Rady Konstytucyjnej, a w szczególności wspomniane orzeczenie z 16 lipca 1971 r. proces ten dokończyło. Pogląd taki odnosi się zwłaszcza do wspomnianych „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki”. Zasady te były bowiem wcześniej w ustawach republikańskich, przede wszystkim w okresie III Republiki. Rada Konstytucyjna uznała, że zasady te nie muszą się znajdować w konkretnym przepisie, ale przy jej określaniu i nadaniu jej rangi konstytucyjnej, należy wskazać wydaną wcześniej ustawę republikańską.

Co się tyczy wspomnianych „przesłanek o wartości konstytucyjnej”, to jak się uważa w doktrynie stanowią one również kategorię normatywną, po-

siadają walor normatywności. Zwłaszcza w odniesieniu do tej kategorii widać dalece rozwinięty aktywizm Rady Konstytucyjnej i pełnienie przez nią roli organu normotwórczego. Myślę, że Pan profesor Garlicki pogląd ten podziela.

Przejdźmy, proszę Państwa, do refleksji końcowych. Ten krótki wykład sygnalizuje, że Francja, wbrew pozorom nigdy nie była i nie jest krajem o czystym modelu prawa stanowionego. Nie tylko charakter normatywny konstytucji francuskiej, ale w ogóle francuski model państwa prawnego różni się od tego, który dominuje na kontynencie europejskim i odwołuje się w szczególności do formalistycznego nurtu państwa prawnego, rozwiniętego w pełni w doktrynie Hansa Kelsena. Jean Jacques Chevalier, uznany autorytet we Francji w sferze ustrojoznawstwa pisał swego czasu, że doktryna Kelsena, czy w ogóle formalny nurt państwa prawnego nie zostały przyjęte we Francji, gdyż wynikało to z przyczyn ambicjonalnych. Sądzę, że zapewne tak, ale jest też inna ważniejsza przyczyna, o której mówi znany francuski konstytucjonalista Michel Tropper. Trafnie ocenia on, że nie byłoby to w ogóle możliwe. Prawo we Francji bowiem to nie tylko prawo, które jest stanowione, ale zwłaszcza prawo, które jest stosowane. Stąd też kelsenowska konstrukcja państwa prawnego, której istotą jest formalna autonomia prawa nie może mieć odniesienia do modelu francuskiego.

Powyższe syntetyczne rozważania o charakterze normatywnym obowiązującej konstytucji francuskiej zdają się potwierdzać takie spostrzeżenia.

Bardzo serdecznie dziękuję za uwagę.

Marian Grzybowski

profesor doktor habilitowany, Uniwersytet Jagielloński

Jakie państwo – demokratyczne, prawne czy socjalne?

Proszę Państwa, Panie Rektorze, Szanowny Jubilatcie!

Tematyka konferencji mieści trzy przymiotniki: demokratyczne, prawne i socjalne. Chciałbym się skupić na elemencie, który był słabiej eksponowany w dotychczasowych wystąpieniach. Mówiono o demokracji, mówiono o państwie prawnym. Mało mówiono o socjalnym. „Socjalne” znaczy „opiekuńcze”, choć niekoniecznie „państwo dobrobytu”.

W konwencji państwa socjalnego, w związku z jubileuszem, za 45 lat pracy naukowej, dydaktycznej i organizacyjnej Jubilatowi należy się bezspornie jedna książka.

Ale to nie wszystko. Gdy obserwowałem Jubilata w czasie, kiedy referat swój przedstawiał Pan Rektor Adam Jamróz, widziałem u Jubilata szacunek dla władzy rektorskiej. Jubilat słuchał, nie przerywał, nie poruszał się nerwowo, co wskazywałoby na zniecierpliwienie. Takie postępowanie jest działaniem bardzo prosocjalne – przedłuża dobrostan wykładowców. Za to Jubilatowi należy się nagroda. Nagroda w postaci *Studiów historyczno-prawnych i ustrojowo-porównawczych*. Z zachętą, byście Drodzy Państwo na jubileuszach naśladowali dzisiejszego Jubilata. Wtedy zostaniecie Państwo nagrodzeni. Jubilat sam pamięta, jeszcze ze szkoły podstawowej nr 5 w rodzinnych Starachowicach, że gdy był grzeczny i nie sprawiał kłopotów nauczycielom (czyż mogłoby być inaczej?), na koniec roku dostawał nagrodę. Właśnie książkę.

Wysłuchaliśmy wszyscy wystąpienia Pana Profesora Leszka Garlickiego. Wiadomo powszechnie, to autorytet: personalnie, instytucjonalnie, międzynarodowo. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego. Sędzia Europejskiego Trybunału, który orzeka o prawach człowieka. Także najważniejszy wiceprezes ogólnopolskiego stowarzyszenia prawa konstytucyjnego.

Profesor Garlicki mówił o Jubilacie dobrze, bardzo dobrze. Kiedy profesor z Warszawy mówi dobrze o profesorce z Krakowa, to dzieje się coś nadzwyczajnego.

czajnego. Za to należy się Dostojnemu Jubilatowi trzecia książka. Zasłużył, skoro inni profesorowie – i to w Warszawie – myślą o Nim nie najgorzej.

Była też wspańska laudacja Pana Dziekana Bogusława Banaszaka. Dziekan Banaszak odszedł od winobrania, które w Zielonej Górze jest właśnie w toku. Szanowni Państwo wiecie, jakie to może być poświęcenie! Dziekan Banaszak w swej laudacji mówił tylko dobrze o Jubilacie. Musi to mieć solidne udokumentowanie. Jak, z reguły, u Profesora Banaszaka. Za to należy się Jubilatowi kolejna – najgrubsza książka.

Były inne wystąpienia. Przemówienia Profesorów: Zbyszka Witkowskiego, Krzysztofa Skotnickiego, „obudowane” były, powiem to z niemiecka, stosownymi *geschenkami*. Było też wystąpienie Profesora Piotra Tulei. Profesor Tuleja mówił dużo, ale musiał mówić krótko. Nie miał więc czasu na uzasadnienia. Czy mówił prawdę, trzeba samemu zweryfikować. Z tego powodu otrzymacie wszyscy Państwo jeszcze jeden tomik. Ten tomik jest o samym Jubilacie. Jak mawiał prof. Ludwik Ehrlich, wystarczy 13 razy przeczytać i raz zapamiętać.

Wiemy, że to przecież nie ostatni jubileusz. Nasz komitet redakcyjny jest gotów do podjęcia dalszych wyzwań. Już w 100-lecie urodzin Jubilata, w roku 2044 – data nie jest przypadkowa – proszę sięgnąć do romantyzmu („a imię Jego 44”) będzie jubileusz 100-lecia urodzin Profesora Maciaga i 75-lecia Jego pracy naukowej. Od dziś można składać do księgi jubileuszowej – na ręce Pani Agaty Krawiec – opracowania w formie „papierowej” bądź elektronicznej. W języku polskim i w językach obcych, a szczególnie – w niemieckim, zgodnie z upodobaniami Jubilata. Serdecznie zapraszamy zatem wszystkich Państwa na jubileusz 100-lecia. Jest pewne, że Jubilat będzie się czuł tak dobrze, jak dzisiaj, a miejmy nadzieję – nawet lepiej.

A zatem, w Dobrym Zdrowiu, Drogi Zbyszku!

Do 2044 roku!

Do Jubileuszu!

*Magnificencjo,
Wielce Szanowni Państwo,
Drodzy Przyjaciele!*

Jestem głęboko wzruszony tą wspianą uroczystością i ogromnie uradowany. Chciałbym bardzo, aby życzenia Pana Prof. Mariana Grzybowskiego co do przyszłych jubileuszy spełniły się. Miejmy nadzieję, że jego postulat, z Bożą pomocą, uda się zrealizować i spotkamy się ponownie w tym samym gronie.

Pragnę najserdeczniej podziękować za tak przyjazną, życzliwą reakcję na 70-lecie moich urodzin i 45-lecie pracy naukowej.

Przede wszystkim chciałbym podziękować Pani Marszałek Sejmu, obecnie Pani Premier Ewie Kopacz, która wskazała w swym liście gratulacyjnym na moje zaangażowanie w budowę państwa demokratycznego i wsparcie, jakiego udzielałem tworzącym i stosującym prawo.

Również serdecznie dziękuję Panu Jackowi Michałowskiemu – Szefowi Kancelarii Prezydenta RP, który podkreślił wartość mojej współpracy z zagranicą, zwłaszcza z krajami niemieckojęzycznymi.

Wielkie podziękowanie, serdeczne Bóg zapłać, składam także Jego Eminencji Stanisławowi Kardynałowi Dziwiszowi – metropolicie krakowskiemu, za piękne wyrazy uznania i błogosławieństwo na dalsze lata. Nie mniej serdecznie i gorąco dziękuję Pani Profesor Lenie Kolarskiej-Bobińskiej – Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego, Panu Markowi Biernackiemu – Ministrowi Sprawiedliwości, Panu Andrzejowi Seremetowi – Prokuratorowi Generalnemu, Pani Profesor Irenie Lipowicz – Rzecznikowi Praw Obywatelskich, Panu Markowi Sowie – Marszałkowi Województwa Małopolskiego, Panu Profesorowi Jackowi Majchrowskiemu – Prezydentowi Miasta Krakowa, Panom Profesorom Adamowi Jamrozowi i Mirosławowi Granatowi – sędziom Trybunału Konstytucyjnego, za wyrazy uznania dla mej wieloletniej pracy i mego dorobku oraz gratulacje i życzenia dalszej aktywności.

Szczególne wyrazy wdzięczności za piękny list gratulacyjny pragnę złożyć Jego Magnificencji Wojciechowi Nowakowi – Rektorowi Uniwersytetu Jagiellońskiego, uczelni tak bliskiej memu sercu, której tak wiele zawdzięczam.

Dziękuję – również za znakomite gratulacje i życzenia Panom Rektorom innych krakowskich uczelni, Ich Magnificencjom: Andrzejowi Chochołowi – Rektorowi Uniwersytetu Ekonomicznego, Włodzimierzowi Sademu – Rektorowi Uniwersytetu Rolniczego, Kazimierzowi Furtakowi – Rektorowi Politechniki Krakowskiej. Wielkie słowa podziękowania kieruję także do rektorów wielu zagranicznych szkół wyższych, z którymi rozwijamy współpracę w tym zwłaszcza do: Pana Profesora Ivana Mircheva – Rektora Południowo-Zachodniego Uniwersytetu im. Neofita Rilskiego w Błagojewgradzie w Bułgarii, Pani Dr. Vesny Lopičić – Prorektor Uniwersytetu w Niszu w Serbii, Pana Prof. Wiktora Ogniewiuka Rektora Uniwersytetu Kijowskiego im. Borysa Grinczenki, Pana Prof. Armina Willingmanna – Rektora Wyższej Szkoły Nauk Stosowanych w Wernigerode w Niemczech, Pani Prof. Kateryny Astakhovej – Rektora Uniwersytetu Humanistycznego „Narodowej Akademii Ukrainkiej” w Charkowie, Pana Prof. Dragica Tomića – Rektora Wyższej Szkoły Biznesu w Nowym Sadzie w Serbii, Pana Prof. Witalija Weretennikowa – Rektora Makiejewskiego Instytutu Ekonomiczno-Humanistycznego w Makiejewce na Ukrainie.

Serdecznie dziękuję również za wspaniałe gratulacje i życzenia Pani Profesor Krystynie Chojnickiej – Dziekanowi Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, a także Pani Mecenas Danucie Koszyk-Ciałowicz – dziekanowi Rady Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie, Profesorowi Jo Carby-Hallowi – Konsulowi Honorowemu Rzeczypospolitej Polskiej w Wielkiej Brytanii, jak też Zarządowi Głównemu Societas Humboldtiana Polonorum, Zarządowi i Radzie Nadzorczej Krakowskiego Banku Spółdzielczego i Redakcji „Magazynu Prestiż”.

Z ogromną radością i wdzięcznością przyjąłem piękne słowa gratulacji i życzeń od mych kolegów, przyjaciół i współpracowników. Wśród nich pragnę wymienić: Prof. Jerzego Nowakowskiego – mojego przyjaciela z ławy szkolnej, obecnie dyrektora Instytutu Bankowości Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie i członka Rady Naukowej Narodowego Banku Polskiego, Prof. Kazimierza Działochę z Uniwersytetu we Wrocławiu – sędziego Trybunału Konstytucyjnego, Prof. Andrzeja Mączyńskiego z Uniwersytetu Jagiellońskiego – sędziego Trybunału Konstytucyjnego, Prof. Annę Łabno – wiceprzewodniczącą Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego, Prof. Ryszarda Borowieckiego z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, Prof. Zbigniewa Witkowskiego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Prof. Jana Barcza z Akademii L. Koźmińskiego w Warszawie, Prof. Barbarę Stoczewską z Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prof. Haralda G. Kundocha z Kolonii.

Dziękuję również gorąco wszystkim tym, którzy dołączyli się do tych gratulacji i życzeń i na dzisiejszą uroczystość tak licznie przybyli, a przez swą obecność wskazali na wartość tego, co udało mi się w tak ciężkiej pracy, w wielkim trudzie osiągnąć i to docenili.

Jestem szczególnie zobowiązany tym przyjaciołom i kolegom, którzy podjęli się tak ogromnego wysiłku zorganizowania tej uroczystości i jednocześnie zredagowania tak obszernego dzieła. Wielkie dzięki również wszystkim autorom, którzy napisali cenne niezwykle prace naukowe, składające się na tę wielotomową księgę jubileuszową. To cenię bardzo wysoko i za to jeszcze raz najserdeczniej dziękuję. Dziękując redaktorom Panu Prof. Grzybowskiemu, Panu Prof. Tulei – sędziom Trybunału Konstytucyjnego, chciałbym wymienić też Pana Dra Nalezińskiego, który współdziałał i współpracował z nimi. Ogromny wysiłek w opracowanie i wydanie tego potężnego dzieła włożony został przez pracowników Oficyny Wydawniczej AFM Krakowskiego Towarzystwa Edukacyjnego, którą kieruje Pani Halina Baszak-Jaroń. Wielkie więc podziękowania dla niej i jej współpracowników, zwłaszcza Pani Annie Szubie-Boroń. Chciałbym też podziękować tym, którzy organizacyjnie przyczynili się do tego, byśmy mogli dziś tu się spotkać. To przede wszystkim Pani Agacie Bień-Krawiec i jej współpracownikom. Serdeczne dzięki.

Dziękuję moim wspnianiałym kolegom Jego Magnificencji Krakowskiej Akademii Jerzemu Malcowi, Panu Prof. Bogusławowi Banaszakowi – dziekanowi Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu w Zielonej Górze, Panu Prof. Leszkowi Garlickiemu – sędziemu Trybunału Konstytucyjnego RP i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, także Panu Prof. Adamowi Jamrozowi – sędziemu Trybunału Konstytucyjnego, byłemu rektorowi Uniwersytetu w Białymstoku, byłemu senatorowi i byłemu wiceministrowi, za wysoce interesujący wykład. Ogromne serdeczne dzięki wszystkim, którzy przyczynili się do zorganizowania tego jubileuszu, do jego przebiegu i podkreślenia wagi tego wydarzenia.

Chciałbym jednak, jeśli Państwo pozwolicie, w dosłownie kilku słowach jeszcze nawiązać do myśli Andrzeja Frycza Modrzewskiego, który był inspiratorem moich działań na rzecz nauki i szkolnictwa. Zawsze sięgałem do jego myśli i wielokrotnie się na nie powoływałem. Dlatego też jego imieniem nazwana została Krakowska Szkoła Wyższa, a później Krakowska Akademia.

W problematyce, która jest merytorycznym przedmiotem konferencji, tym samym jubileuszu, Andrzej Frycz Modrzewski miał także ogromne osiągnięcia. Kiedy dziś wskazujemy, jako konstytucjoniści, na pewne mankamenty funkcjonowania naszego państwa jako państwa prawnego, demokratycznego i socjalnego, zwłaszcza państwa prawnego, to kojarzy mi się często

trafność myśli z połowy XVI w. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. To on akcentował konieczność odpowiednio kwalifikowanego przygotowania treści norm prawnych, odpowiedniego ich formułowania, aby były one zrozumiałe i prawidłowo stosowane. Jego postulat jest nadal aktualny, jeśli dziś wskazujemy na, niestety, słabnącą jakość prawa stanowionego, jeśli stwierdzamy, o czym pisałem w jednym z rozdziałów zredagowanej przeze mnie książki, że wyroki Trybunału Konstytucyjnego nie są wykonywane w wystarczającym, należyтым zakresie, a jednocześnie dostrzegamy nadmierną ingerencję, przesadną ingerencję np. w sferę konstytucyjnej wolności nauki i nauczania. Obserwując wydane ostatnimi laty w tej sferze niektóre regulacje prawne, można postawić pytanie, gdzie jest konstytucyjnie gwarantowana autonomia szkół wyższych? Tylko dwa podmioty zostały nią objęte: kościoły i związki wyznaniowe oraz szkoły wyższe. A co dziś mamy? Drobiazgową ingerencję państwa w działalność naukową, dydaktyczną z powołaniem się, wadliwym zresztą, błędnym, na zalecenia Parlamentu Europejskiego i Rady, na tzw. europejskie ramy kwalifikacyjne, przekształcone, też niewłaściwie w krajowe ramy kwalifikacyjne. I muszę przyznać, że w czasie moich prac, jako eksperta w toku posiedzeń komisji sejmowej, na moje stanowcze opinie o niezgodności z konstytucją proponowanych i przyjmowanych rozwiązań, uzyskałem odpowiedź posłów: to niech się tym zajmie Trybunał Konstytucyjny, a nas to nie obchodzi. Wiadomo, że Trybunał Konstytucyjny zajmuje się tym, ma jednak nadmiar obciążeń i nie będzie w stanie orzekać w każdej sytuacji, w której jest wyraźne zaniedbanie legislacyjne, zła jakość prawa. To jest głęboko niepokojące, zwłaszcza dla konstytucjonalistów.

Nie będę, bo już czas na to nie pozwala, wchodził bliżej w te zagadnienia. Może będzie to tematem konferencji naukowej poświęconej wolności nauki i nauczania. Zwierzchność prawa, jego panowanie, jego rządy postulował Andrzej Frycz Modrzewski, gdy powiedział „Godzi się tedy, aby i nad królami i nad wszystkimi urzednikami zwierzchność miały prawa”. Zwracał przy tym uwagę na jego jakość, jasność, jego uzasadnioną słuszność Modrzewski wierzył w kwalifikacje prawników, w to, że w naprawionej Rzeczypospolitej prawo spełniać będzie te wymogi i takie prawo będzie obowiązywać. Ja też tę wiarę zachowuję, pomimo wielu trudności, a nawet porażek.

Moje życie zaczęło się na tydzień przed powstaniem warszawskim 24 lipca 1944r. Trzy sąsiednie wsie zostały przez Niemców spalone. Ludność wymordowana, w tym znaczna część mojej rodziny. Nasze, moich rodziców, dobra zostały ograbione przez okupantów niemieckich i wychodziliśmy po wojnie ze straszliwej nędzy. Z tym musiał uporać się mój ojciec, moja matka. To były ciężkie czasy. Ale jednocześnie już w szkole podstawowej miałem ambicje

naukowe. Jak już wspomniałem, w jednej ławce w szkole podstawowej siedziałem z obecnym tu Prof. Jerzym Nowakowskim. I kiedy w szóstej gdzieś klasie nauczycielka spytała: kim chcecie być? Obaj, nie wiedząc zresztą o tym, powiedzieliśmy niemalże krzyżąc: naukowcami. I takimi się staliśmy. To, że zająłem się problematyką niemiecką było konsekwencją tragicznego zdarzenia, jakie miało miejsce w Krakowie i wielu tu obecnym jest ono znane. Otóż po skończeniu studiów Pan Prof. Marek Sobolewski dostrzegł we mnie kandydata do pracy naukowej. Pomimo wielu przeszkód, przy współdziałaniu z Panem Prof. Witoldem Zakrzewskim, Panem Prof. Kazimierzem Opałkiem – moimi mistrzami, wybitnymi prawnikami, udało mi się moje marzenie zrealizować. Niedługo po tym, jak zostałem asystentem w Uniwersytecie Jagiellońskim doszło do tragedii. W wypadku na ul. Karmelickiej zginął Pan Prof. Konstanty Grzybowski, specjalista od problematyki niemieckiej i wtedy otrzymałem od moich mistrzów polecenie zajęcia się problematyką niemiecką. Znałem angielski, nawet prowadziłem tuż po studiach wykłady w tym języku, oczywiście rosyjski. Hiszpańskiego uczyłem się, łacinę znałem dobrze, ale niemiecki był językiem wrogów. Moi przełożeni jednak powiedzieli, że muszę się nauczyć szybko w 3–4 miesiące języka niemieckiego. Dali mi do zrecenzowania potężną książkę, ok. 750 stron H. Kaacka, *Geschichte und Struktur des deutschen Parteiensystems*. Z trudem wielkim, dniami i nocami ucząc się niemieckiego, napisałem tę recenzję. I to był początek mojej pracy nad problematyką niemiecką.

Napisana książka o systemie partyjnym RFN była dobrze oceniona przez Prof. Klause von Beyme z uniwersytetu w Heidelbergu, który znając polski, wspólnie z Dr. Klausem Ziemerem, także z Heidelbergu, który znał polski, ocenili ją wysoko. Zostały napisane recenzje, ale jednocześnie zostało zaproponowane mi stypendium Fundacji Aleksandra von Humboldta. I też po pewnych kłopotach, nie od razu, bo to nie była sprawa łatwa – załatwienie zgody na taki wyjazd w tym czasie, zostałem stypendystą tej Fundacji, wcześniej już mając dorobek w postaci publikacji i wykładów w uniwersytecie w Jenie i Lipsku w NRD. Zacząłem dalszy etap mego życia w uniwersytecie w Getyndze, później w Bonn, także w Kolonii i w wielu innych ośrodkach: Kassel, Bremie, Monachium, Bochum. W uniwersytecie w Bochum Pan Prof. Rolf Grawert był moim najbliższym kolegą i współpracownikiem. Prowadziłem aktywną działalność na rzecz pojednania polsko-niemieckiego. I muszę powiedzieć, że odbierałem to jako swój osobisty sukces, kiedy oficjalnie do tego doszło, zwłaszcza, że moja rodzina miała tak dużo tragicznych i bolesnych doświadczeń z czasów okupacji niemieckiej. To niełatwe, ale uważałem że przyszłość Polski zależy także od mojego działania, do czego w skromnym

zakresie mogłem się przyczynić, zwłaszcza działając na rzecz nauki i nauczania. W służbie nauki i nauczania. I tak też zatytułowana została ta biograficzna książeczka, która dołączona jest do tych 4 tomów merytorycznych, poświęconych państwu demokratycznemu, prawnemu i socjalnemu.

Dziękując jeszcze raz najserdeczniej wszystkim tu obecnym. Dziękuję także tym, których nie wymieniłem, a którzy przyczynili się do zorganizowania tej uroczystości. Chciałbym, by te życzenia które tu padły, przekształciły się w rzeczywistość, ale wiem, że wymaga to dalszej mojej intensywnej pracy. Dziękuję najserdeczniej.

Zbigniew A. Maciąg

Lista recenzentów

W roku 2014 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

Tadeusz Biernat, dr hab.
Bogumił Brzeziński, prof. dr hab.
Piotr Cybula, dr
Francesco Delfini, professor
Domenico D’Orsogna, professor
Regina Garcimartin Montero, professor
Marco Gestri, professor
Anna Golonka, dr
Enrico Gagnoli, professor
Marian Grzybowski, prof. dr hab.
Jerzy Konieczny, prof. dr hab.
Jacek Mazurkiewicz, dr hab.
Maciej Szostak, dr hab.
Dariusz Szostek, dr hab.
Andrzej Światłowski, dr hab.
Aleksander Tobolewski, dr
Douglas Wood, professor

