

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Wielka Izba i jej rola w kształtowaniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
- Prezydent przed Trybunałem? Analiza skutków prawnych wydania przez Międzynarodowy Trybunał Karny nakazu aresztowania Omara al-Bashirai Muammara al-Kaddafiego
- Konstytucyjna regulacja dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej
- Zarys rozwoju zamówień publicznych w Polsce na tle państw środkowoeuropejskich
- Rzetelność zawodowa dziennikarza a bezprawność
- Istota i zakres obowiązków informacyjnych dostawców usług płatniczych
- Uгода administracyjna
- Funkcja doskonaląca (prakseologiczna) zasad prawnych zawartych w k.p.a. w zakresie wydawania decyzji administracyjnej
- Nabycie własności rzeczy ruchomej od nieuprawnionego a rękojmia za wady prawne
- Instytucja ślubowania sędziowskiego w polskim porządku prawnym
- Sukcesja prawnomiędzynarodowa pomiędzy UE a wspólnotami europejskimi oraz innymi organizacjami międzynarodowymi

3-4 (189)

2011

WARSZAWA 2011

WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2011



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – reaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

prof. dr hab. Bożena Gronowska

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

WIELKA IZBA I JEJ ROLA W KSZTAŁTOWANIU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA.....	7
THE GRAND CHAMBER AND ITS ROLE IN CREATION OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	33

mgr Mateusz Rogala

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

PREZYDENT PRZED TRYBUNAŁEM? ANALIZA SKUTKÓW PRAWNYCH WYDANIA PRZEZ MIĘDZYNARODOWY TRYBUNAŁ KARNY NAKAZU ARESZTOWANIA OMARA AL-BASHIRA I MUAMMARA AL-KADDAFIEGO	35
1. Wprowadzenie.....	35
2. Historia konfliktu w Darfurze	37
3. Instytucja immunitetu głowy państwa w prawie międzynarodowym	38
4. Unormowanie instytucji immunitetu w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego.....	41
5. Postępowanie w sprawie Omara al-Bashira przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym.....	43
6. Wątpliwości dotyczące mocy prawnej nakazu aresztowania Omara al-Bashira	49
7. Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym w sprawie Muammara al-Kaddafiego i skutki prawne wydania nakazu jego aresztowania.....	57
8. Podsumowanie	59
PRESIDENT BEFORE THE COURT? A LEGAL ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF THE ISSUANCE BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT OF AN ARREST WARRANT FOR OMAR AL-BASHIR AND MUAMMAR AL-GADDAFI.....	61

mgr Ewa Marcisz

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

KONSTYTUCYJNA REGULACJA DOSTĘPU DO ŚWIADCZEŃ OPIEKI ZDROWOTNEJ	63
1. Wstęp.....	63
2. Miejsce prawa do ochrony zdrowia w systematyce Konstytucji	63
3. Art. 68 ust. 1.....	64
4. Art. 68 ust. 2.....	66

5 Podsumowanie	68
THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE ACCESS TO HEALTH CARE SERVICES	68

prof. dr hab. Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ZARYS ROZWOJU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE NA TLE PAŃSTW ŚRODKOWOEUROPEJSKICH	69
Uwagi wstępne	69
Starożytność	72
Epoka średniowieczno-feudalna	80
W dobie monarchii absolutnej	90
U schyłku I Rzeczypospolitej	99
Okres porozbiorowy	102
Era państwa prawnego	108
II Rzeczpospolita	117
Zamówienia państwowe w ustroju socjalistycznym	127
Okres transformacji ustrojowej	130
Kształtowanie się wzorców europejskich	133
Uwagi końcowe	142
OUTLINE OF POLISH PROCUREMENT LAW DEVELOPMENT AGAINST A BACKGROUND OF OTHER CENTRAL EUROPE COUNTRIES	145

dr Krystyna Święcka

Uniwersytet w Białymstoku

RZETELNOŚĆ ZAWODOWA DZIENNIKARZA A BEZPRAWNOŚĆ	147
Kryterium szczególnej staranności	147
Kryterium dobrej wiary	158
Kryterium rzetelności przekazu	160
Wnioski	165
PRINCIPLE OF PROFESSIONAL RELIABILITY OF JOURNALISM AND UNLAWFULNESS	167

dr Barbara Bajor

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

ISTOTA I ZAKRES OBOWIĄZKÓW INFORMACYJNYCH DOSTAWCÓW USŁUG PŁATNICZYCH	169
I. Zagadnienia wprowadzające	169
II. Dyrektywa 2007/64/WE w sprawie usług płatniczych - założenia i cel	175
III. Zakres podmiotowy i przedmiotowy dyrektywy 2007/64/WE (i ustawy o usługach płatniczych)	180
IV. Informacja jako przedmiot obowiązków dostawców usług płatniczych w świetle dyrektywy i ustawy o usługach płatniczych	186
THE NATURE AND SCOPE OF THE INFORMATION DUTIES OF PAYMENT SERVICE PROVIDES	195

mgr Łukasz M. Wyszomirski

Uniwersytet Warszawski

UGODA ADMINISTRACYJNA	197
ADMINISTRATIVE SETTLEMENT AND RESOLUTION	
ON APPROVAL/REFUSAL OF APPROVAL OF SETTLEMENT	223

dr Waldemar Trojan

Wyższa Szkoła Kupiecka w Łodzi

FUNKCJA DOSKONAŁĄCA (PRAKSEOLOGICZNA)	
ZASAD PRAWNYCH ZAWARTYCH W K.P.A.	
W ZAKRESIE WYDAWANIA DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ	225
PRAXEOLOGICAL FUNCTION OF PRINCIPLES INCLUDED	
IN THE ADMINISTRATIVE CODE IN THE AREA OF ADMINISTRATIVE	
DECISION-MAKING PROCESSES	239

dr Krzysztof Mularski

Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

NABYCIE WŁASNOŚCI RZECZY RUCHOMEJ	
OD NIEUPRAWNIONEGO A RĘKOJMIĄ ZA WADY PRAWNE	241
1. Uwagi wstępne	241
2. Relacja między art. 169 kc a art. 556 § 2 kc w świetle językowych	
dyrektyw wykładni	243
3. O możliwości wyłączenia zastosowania art. 169 kc	251
4. O możliwości rozszerzającej wykładni art. 566 § 2 kc	259
5. Wnioski	263
PURCHASE OF A MOVABLE PROPERTY FROM SUBJECT WITHOUT LEGAL	
TITLE IN THE LIGHT OF A WARRANTY FOR LEGAL DEFECTS	264

dr Grzegorz Maroń

Uniwersytet Rzeszowski

INSTYTUCJA ŚLUBOWANIA SĘDZIOWSKIEGO	
W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM	265
I. Pojęcie ślubowania sędziowskiego	265
II. Geneza ślubowania sędziowskiego	267
III. Prawne uregulowania instytucji ślubowania sędziowskiego	271
IV. Ewolucja instytucji ślubowania sędziowskiego	281
V. Postulaty de lege ferenda	289
INSTITUTION OF JUDICIAL OATH OF OFFICE	
IN THE POLISH LEGAL ORDER	291

mgr Łukasz Baumgart

Uniwersytet Warszawski

SUKCESJA PRAWNOMIĘDZYNARODOWA POMIĘDZY	
UE A WSPÓLNOTAMI EUROPEJSKIMI ORAZ INNYMI	
ORGANIZACJAMI MIĘDZYNARODOWYMI	293
1. Pojęcie sukcesji prawnomiędzynarodowej	294

2. Unia Europejska oraz wspólnoty europejskie jako przedmiot i podmiot procesu sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi	300
3. Pierwszy etap integracji wspólnot – Konwencja z 1957 roku oraz traktat fuzyjny z 1965 roku	303
4. Zakończenie bytu EWWiS.....	306
5. Przykład sukcesji horyzontalnej – przejęcie funkcji Unii Zachodnioeuropejskiej przez Unię Europejską	309
6. Sukcesja w Traktacie lizbońskim	314
7. Podsumowanie	317
SUCCESSION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND EUROPEAN COMMUNITIES AS WELL AS OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS.....	319
Informacje dla autorów	321

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Bożena Gronowska ■

WIELKA IZBA I JEJ ROLA W KSZTAŁTOWANIU LINII ORZECZNICZEJ EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

I. Utworzony w ramach Rady Europy na mocy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. (KE) Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) stał się pierwszym i jedynym *stricte* sądowym organem, upoważnionym do rozpatrywania skarg na naruszenie standardów tego traktatu. W swoim pierwotnym zamysśle był to także organ „jednoinstancyjny”, gdyż wyroki wydawane przez 7-osobowe (a od 1990 r. 9-osobowe¹) izby – zgodnie z art. 52 KE – uzyskiwały walor decyzji ostatecznych. Rozwiązanie to nie budziło większych wątpliwości, skoro ETPCz plasował się w kategorii ostatniego z możliwych, organu upoważnionego do kontroli na drodze dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia przez państwa-strony KE ich zobowiązań traktatowych. Co więcej, jako pierwszy międzynarodowy trybunał ds. ochrony praw człowieka *in genere*, ETPCz rozpoczął swoją działalność w 1959 r. bez w zasadzie żadnego praktycznego punktu odniesienia².

Dla prawników, w tym zwłaszcza procesualistów, bezdyskusyjne są korzyści, jakie stwarza możliwość instancyjnego weryfikowania prawidłowości

¹ Zmiana wprowadzona na mocy modyfikacji regulaminu ETPCz z dnia 23 maja 1990 r. – *European Convention on Human Rights. Collected Texts*, Strasbourg 1994, s. 224.

² Pierwsza monografia w literaturze polskiej dotycząca ETPCz opracowana została przez A. Bisztygę, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, Katowice 1997. W pracy tej znajduje się wiele cennych informacji historycznych związanych z ideą utworzenia ETPCz, ss. 29–60.

orzeczenia wydanego przez organ niższej instancji. Zgodnie z tradycyjnymi regułami proceduralnymi kontrola instancyjna kojarzona jest bowiem z dwójakiego rodzaju gwarancjami. Po pierwsze, podmiotowymi, a więc umożliwiającymi zainteresowanym podmiotom ponowne rozważenie niekorzystnej dla nich decyzji oraz po drugie, instytucjonalnymi, tj. zapewniającymi niezbędną jakość merytoryczną wydawanych decyzji. Kolejność wyliczenia korzyści osiąganych w procedurach typu instancyjnego podyktowana jest tym, iż w niniejszym opracowaniu w centrum zainteresowań pozostaje podmiot indywidualny. W niczym jednak nie zmienia to faktu, iż w drugim ze wskazanych aspektów zasada instancyjności jest gwarantem prawidłowego funkcjonowania szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości. Możliwość weryfikacji wydanego orzeczenia może być zatem rozpatrywana w kategorii zapewnienia prawidłowości i rzetelnej zasadności realizacji funkcji decyzyjnej, a to jest wszak wartością ważną zarówno z indywidualnego, jak i społecznego punktu widzenia.

Pewnym dowodem na to, że twórcy ETPCz nie pomijali całkowicie tego aspektu zabezpieczania jakości stworzonego przez siebie mechanizmu proceduralnego jest reguła 54 regulaminu ETPCz z 1959 r.³. Zgodnie z jej treścią istniała możliwość zwrócenia się przez stronę lub Komisję do Trybunału z prośbą o zrewidowanie wyroku, w sytuacji gdy ujawniono wcześniej nieznaną żadnemu z podmiotów uczestniczących w postępowaniu fakt, który ze swej istoty mógł mieć decydujący wpływ na treść orzeczenia. Dla ścisłości należy jednak przypomnieć, że podmiot indywidualny w procedurze kontrolnej KE uzyskał status pełnoprawnej strony procesowej dopiero w 1994 r., tj. wraz z wejściem w życie protokołu dodatkowego nr 9 (art. 3 i 5)⁴. Wspomniana możliwość „rewidowania” wyroku zastrzeżona jednak została dwoma dodatkowymi warunkami, tj. wspomnianą koniecznością uznania przez izbę Trybunału, że nowa okoliczność mogłaby mieć „decydujący wpływ” na stanowisko sędziów oraz obowiązkiem strony złożenia prośby w terminie 6 miesięcy od momentu powzięcia przez podmioty uprawnione wiedzy na temat istnienia takiego faktu. Zasada ta w niezmienionej postaci funkcjonuje do chwili obecnej⁵.

³ Rules of the Court of the European Court of Human Rights, Registry of the Court, Strasbourg, 18 September 1959. Regulamin ETPCz podlegał sukcesywnie nieuniknionym zmianom wiążącym się z modyfikacją procedury skargowej. Stąd też w niniejszym opracowaniu – w zależności od poruszanego problemu – powoływane będą różne wersje regulaminów ETPCz.

⁴ Protokół nr 9 sporządzono w dniu 6 listopada 1990 r.; wszedł w życie 1 października 1994 r.; Polska ratyfikowała wspomniany protokół w dniu 10 października 1994 r.

⁵ Por. aktualna reg. 80 – Rules of Court. Registry of the Court, Strasbourg, 1 April 2011.

Na tle rygorystycznego ujęcia tej formuły czytelna jest zatem troska Autorów KE o niewzruszalność wydanych przez ETPCz wyroków. Potwierdza to także praktyka funkcjonowania wspomnianej reguły. Pierwszy wyrok wydano w tym trybie dopiero w 1997 r.⁶ i nie była to decyzja korzystna dla powoda (w tej sprawie wnioski o rewizję wyroku złożyła Komisja). W ogólnym zbiorze wyroków ETPCz (stan na 15 grudnia 2011 r.) znajduje się zaledwie 38 „wyroków rewizyjnych” (wśród nich przeważają sprawy włoskie – 11; polskie – 8; rumuńskie – 5 i tureckie – 4). Bliższa analiza tych wyroków co do meritum upoważnia do twierdzenia, iż skoro twórcy KE założyli w art. 52 zasadę ostateczności wyroków ETPCz, to regulaminowa możliwość rewidowania ich treści jest wyjątkiem i jako taka musi być zawsze „poddawana ścisłemu sprawdzeniu”⁷.

W tym stosunkowo niewielkim zbiorze wyroków rewizyjnych przeważająca ilość dotyczyła rewizji części odszkodowawczej wyroku zasadniczego, głównie wskutek śmierci bezpośredniego pokrzywdzonego⁸. W świetle przeprowadzonej analizy jedynym chyba skutecznym przypadkiem skorzystania przez jednostkę z reg. 80 regulaminu jest wyrok, w którym w trybie rewizyjnym udało się powodowi wywalczyć zwrot kosztów i wydatków procesowych, o których ze względów formalnych nie orzeczono w wyroku zasadniczym⁹.

Na marginesie regulaminowego trybu modyfikacji wyroku warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden fakt, który bezpośrednio – jak się wydaje – łączy się z głównym tematem badawczym niniejszego opracowania. Chodzi o wyraźny wzrost częstotliwości sięgania w latach późniejszych przez podmioty uprawnione po ten nadzwyczajny środek kontroli wyroku. Oczywiście ma to także związek ze wspomnianym „upodmiotowieniem” jednostki w 1994 r. Można jednak bronić także tezy, że praktyka lat 90. ubiegłego wieku dowodząca „warunkowej” ostateczności wyroków ETPCz w sposób istotny zmieniła mentalność społeczności państw europejskich. W tym także zatem sensie pojawienie się 17-osobowej Wielkiej Izby ETPCz traktowane być może jako czynnik kreatywny i mobilizujący co wpływający na funkcjonowanie całego modelu proceduralnego KE.

⁶ Pardo przeciwko Francji, wyrok o dopuszczeniu rewizji z 10 VII 1996 r., a następnie wyrok rewizyjny Wielkiej Izby z 29 IV 1997 r., §. 13416/87.

⁷ Ibidem, § 21 wyroku z 1997 r. Podobnie w sprawie Gustafsson przeciwko Szwecji, wyrok rewizyjny z 25 VI 1998 r., sygn. 15573/89, § 25.

⁸ Adekwatnym przykładem są zwłaszcza wyroki w sprawach włoskich i polskich. Por. np. w porządku chronologicznym: Armando przeciwko Włochom, wyrok rewizyjny z 29 IV 2003 r., sygn. 48411/99; Simone i Pontillo przeciwko Włochom, wyrok z rewizji z 12 IX 2002 r., sygn. 52831/99; Stankiewicz przeciwko Polsce, wyrok rewizyjny z 4 III 2008 r., sygn. 29386/0; Trojańczyk przeciwko Polsce, wyrok rewizyjny z 28 IV 2009 r., sygn. 11219/02. Podobnych spraw przeciwko obu państwom jest więcej.

⁹ Fonyodi przeciwko Węgrom, wyrok rewizyjny z 7 IV 2009 r., sygn. 30799/04.

W swoim oryginalnym kształcie ETPCz funkcjonował w formie Izb (najpierw 7-, a potem 9-osobowych), a od 1993 r.¹⁰ także w formie 19-osobowej Wielkiej Izby. Wprowadzane sukcesywnie w tych latach modyfikacje w zakresie organizacji pracy ETPCz nie łączyły się jednak ze zmianą zasady ostatecznego charakteru wydawanych wyroków, w tym sensie, iż również największe gremium orzekające nie dysponowało dodatkowymi kompetencjami w zakresie weryfikacji wyroków izb, poza przedstawionym trybem „rewizji” regulaminowej.

W historii funkcjonowania systemu procedury skargowej KE z całą pewnością przełomowym momentem były lata 90. ubiegłego wieku, kiedy to wśród państw członkowskich, a w konsekwencji państw-stron KE, zaczęły sukcesywnie pojawiać się państwa Europy środkowo-wschodniej. Rozpoczyna to bowiem zupełnie nowy etap działania tego systemu i to nie tylko w sensie ilościowym, ale przede wszystkim jakościowym¹¹. Przygotowany w dniu 11 maja 1994 r. protokół dodatkowy nr 11 do KE¹² zmieniający dotychczasową procedurę kontrolną w sposób zasadniczy zweryfikował także kwestię ostateczności wyroków wydawanych na wokandzie strasburskiej. Wprowadzenie modyfikacji wewnętrznej struktury organizacyjnej ETPCz poprzez utworzenie 17-osobowej Wielkiej Izby, wyposażonej w dodatkowe uprawnienia, stworzyło zupełnie nową sytuację. W myśl art. 31 i 43 tego protokołu Wielka Izba uzyskała bowiem aż trzy kompetencje, tj.:

- 1/ możliwość orzekania w pierwszej instancji w sprawach skarg, co do których 7-osobowa Izba – za zgodą stron - rzekła się swojej jurysdykcji ze względu na wynikający ze sprawy „poważny problem” dotyczący interpretacji konwencji lub jej protokołów albo gdy rozwiązanie problemu przez Izbę mogłoby zmieniać dotychczasową linię orzeczniczą¹³;
- 2/ rozważanie wniosków Komitetu Ministrów Rady Europy o wydanie opinii doradczych w kwestiach prawnych dotyczących interpretacji konwencji i jej protokołów; oraz
- 3/ ponowne rozpoznanie, w trybie wyjątkowym, sprawy rozstrzygniętej wyrokiem przez 7-osobową Izbę, jeżeli rozstrzygnięcie to rodzi „po-

¹⁰ Wersja regulaminu ETPCz poprawiona w dniu 27 października 1993 r.

¹¹ A. Drzemczewski, J. Meyer-Ladewig, *Principal characteristics of the new ECHR control mechanism, as established by Protocol No. 11, signed on 11 May 1994* (A single European Court of Human Rights is to replace the existing Commission and Court in Strasbourg), „Human Rights Law Journal” 1994, vol. 15, nr 3, s. 84–85; R. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 172.

¹² Protokół wszedł w życie w dniu 1 listopada 1998 r. Polska ratyfikowała ten traktat w dniu 25 maja 1997 r., Dz. U. z 1998 r., Nr 147, poz. 962.

¹³ Taka sytuacja była możliwa także w poprzednim modelu funkcjonowania ETPCz – na mocy poprawionego regulaminu z 27 października 1993 r. (Reg. 51¹).

ważny problem” dotyczący interpretacji lub stosowania konwencji i jej protokołów albo „poważne zagadnienie o znaczeniu ogólnym”.

Z punktu widzenia celu badawczego niniejszego opracowania najważniejsza jest ostatnia z wymienionych sytuacji, gdyż to ona poszerza warunkowy charakter ostateczności wyroków 7-osobowych Izby. Zgodnie z art. 44 protokołu dodatkowego nr 11 wyroki te stają się bowiem – co do zasady – ostateczne, gdy strony oświadczą, że nie będą wnosić w terminie trzech miesięcy od daty wydania wyroku o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby lub trzy miesiące po dacie wydania wyroku, jeżeli nie wniesiono takiego wniosku. Podobnie istotna jest reguła dotycząca kompozycji składu Wielkiej Izby, w której zasiada z urzędu przewodniczący Izby oraz sędzia wybrany przez państwo, którego sprawa dotyczy. Natomiast w przypadku zrzeczenia się jurysdykcji przez 7-osobową izbę w skład Wielkiej Izby wchodzi wszyscy sędziowie Izby (Reg. 24¹ regulaminu w wersji z 8 grudnia 2000 r. i 13 grudnia 2004 r.). *Nota bene*, to - z pozoru - formalno-organizacyjne rozwiązanie może przy bliższej analizie dostarczać ciekawych refleksji na temat kształtowania się postaw poszczególnych sędziów ETPCz. Należy także pamiętać o aktualnej Reg. 28² (zmienionej przez ETPCz 8 VI 2002 r., 13 XII 2004 r. i 13 XI 2006 r.) dotyczącej możliwości wyłączenia się sędziego od zasiadania w danym składzie orzekającym. Jest to klasyczna gwarancja obiektywizmu rozstrzygania sprawy.

Nawet pobieżna lektura cytowanej regulacji protokołu nr 11 z 1994 r. przekonuje o wyjątkowości kompetencji w zakresie powtórnego rozpatrzenia słuszności wyroku 7-osobowej Izby, o czym wyraźnie świadczą otwarte kryteria skuteczności prośby stron o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby celem ponownego rozpatrzenia („wyjątkowe przypadki”, „poważne zagadnienie”, „kwestia o znaczeniu ogólnym”)¹⁴. Każdorazowo bowiem o przyjęciu takiej prośby decyduje kolegium pięciu sędziów Wielkiej Izby. Oznacza to, że uruchomienie trybu z art. 43 KE jest wyjątkiem, a nie regułą procedury kontrolnej KE i w tym także sensie trudno ją uznać za pełne prawo podmiotowe stron rozpatrywanego konfliktu.

Przed prezentacją dokładniejszej analizy spraw, które trafiły na wokandę Wielkiej Izby warto może przytoczyć kilka informacji statystycznych, gdyż wydają się one przydatne dla formułowania późniejszych konkluzji (stan prawny na dzień 15 grudnia 2011 r.). Otóż swój pierwszy wyrok Wielka Izba wydała w nowym trybie w dniu 21 stycznia 1999 r.¹⁵ i nie był to jeszcze wyrok wydany

¹⁴ Explanatory report to protocol No. 11 to the European Convention on Human Rights, „Human Rights Law Journal” 1994, vol. 15, no 3, s. 99.

¹⁵ Fressoz i Roire przeciwko Francji, wyrok z 21 I 1999 r., sygn. 29183/95. W celu uzupełnienia całości obrazu statystycznego należy wskazać, że po raz pierwszy na

na skutek skutecznego zrzeczenia się przez 7-osobową Izbę jej jurysdykcji. Należy podkreślić, że w początkowym okresie funkcjonowania nowego modelu procedury w tzw. okresie przejściowym skargi, co do których Komisja przyjęła sprawozdanie przekazywane były do Wielkiej Izby, która decydowała o tym, czy sprawa będzie rozpoznawana przez nią czy przez 7-osobową Izbę (art. 5 ust. 4 protokołu nr 11). Natomiast sprawy, które były na etapie postępowania sądowego, co do których nie zapadło jeszcze orzeczenie, przekazywano do ostatecznego rozpatrzenia Wielkiej Izbie (art. 5 ust. 5 protokołu nr 11).

W sumie w tym trybie „przejściowym” zapadły 104 wyroki Wielkiej Izby, w tym 2 dotyczyły skreślenia sprawy z listy¹⁶, 5 kwestii słusznego zadośćuczynienia¹⁷, 1 słusznego zadośćuczynienia i polubownego załatwienia sprawy łącznie¹⁸ oraz 1 polubownego załatwienia sprawy¹⁹. Dodajmy, że w tym początkowym okresie interesujące jest także zestawienie stanowiska Europejskiej Komisji Praw Człowieka z tym, zaprezentowanym w wyroku przez Wielką Izbę.

Tytułem krótkiej ilustracji sytuacji, z jakimi zetknęła się 17-osobowa Wielka Izba, co jednocześnie może dostarczyć ciekawych refleksji odnośnie merytorycznej oceny problemów będących w toku rozpoznania, powołać można właśnie tę pierwszą sprawę, tj. Fressoz i Roire przeciwko Francji. W sprawie tej powodowie – zawodowi dziennikarze, którzy opublikowali artykuł ujawniający manipulacje finansowe w firmie Peugeot zostali w instancji apelacyjnej ukarani wysokimi grzywnami. Obaj zakwestionowali naruszenie ich swobody wypowiedzi (art. 10 KE). W swoim sprawozdaniu końcowym Europejska Komisja Praw Człowieka z 13 stycznia 1998 r. stosunkiem głosów 21:11 uznała, iż skazanie powodów przez sąd apelacyjny naruszyło standard art. 10 KE. Z kolei Wielka Izba identyczną konkluzję osiągnęła jednomyślnie.

W identycznym trybie na wokandzie Wielkiej Izby znalazła się głośna sprawa Janowski przeciwko Polsce²⁰. Co ciekawe, także w tym przypadku prob-

wokandzie strasburskiej dwa wyroki ETPCz pojawiły się w sprawie Zubani przeciwko Włochom – wyrok 9-osobowej Izby zapadł 25 czerwca 1996 r., natomiast Wielka Izba zajęła się wyłącznie kwestią słusznego zadośćuczynienia, bowiem Izba nie była gotowa do zajęcia merytorycznego stanowiska – por. wyrok Wielkiej Izby z 16 VI 1999 r., sygn. 1402588.

¹⁶ Sprawy: Tsavachidis przeciwko Grecji, wyrok z 21 I 1999 r., sygn. 28802/95; Sutherland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 27 III 2001 r., sygn. 25186/94.

¹⁷ Sprawy: Zubani przeciwko Włochom, wyrok z 16 VI 1999 r., sygn. 14025/88; Iatridis przeciwko Grecji, wyrok z 19 X 2000 r., sygn. 31107/96; Brumarescu przeciwko Rumunii, wyrok z 23 I 2001 r., sygn. 28342/95.

¹⁸ Papachelas przeciwko Grecji, wyrok z 4 IV 2000 r., sygn. 31423/96.

¹⁹ Mikulski przeciwko Polsce, wyrok z 6 VI 2000 r., sygn. 27914/95.

²⁰ Janowski przeciwko Polsce, wyrok z 21 I 1999 r., sygn. 25716/94. Sprawę tę prezentowałam na łamach „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 1, ss. 149–155.

lem dotyczył swobody wypowiedzi dziennikarza. Tym razem jednak członkowie Europejskiej Komisji Praw Człowieka w swoim sprawozdaniu z 3 grudnia 1997 r. stosunkiem głosów 8:7 wyrazili opinię korzystną dla powoda. Natomiast Wielka Izba stosunkiem głosów 12:5 opowiedziała się po stronie państwa pozwanego. W komentarzach formułowanych w literaturze do tego wyroku nie brak uwag dotyczących wyjątkowej surowości Wielkiej Izby, zwłaszcza w kontekście stosunkowo niegroźnego charakteru zaistniałego konfliktu. W imię obrony przedstawicieli organów ochrony prawnej (strażnicy miejscy) pominięto wyraźną niedoskonałość polskiej regulacji prawnej w zakresie daleko idącej ochrony funkcjonariuszy, niezależnie od okoliczności, w tym zwłaszcza tego, czy działali oni w granicach przyznanych im uprawnień, czy też jednak przekroczyli te granice²¹.

Według stanu na dzień 15 grudnia 2011 ogólna liczba decyzji/wyroków wydanych w różnym trybie przez Wielką Izbę wynosi 272, z czego²²:

- 104 decyzje zapadły we wspomnianym trybie „prześciowym”;
- 68 wyroków wydano w wyniku skutecznego zrzeczenia się jurysdykcji przez 7.osobową Izbę, i wreszcie
- 100 wyroków wydano w trybie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

W powołanym zbiorze 272 wyroków Wielkiej Izby zapadły 254 wyroki co do meritum lub co do meritum i słusznego zadośćuczynienia łącznie, 7 wyroków w sprawie wyłącznie słusznego zadośćuczynienia, 5 wyroków odnośnie polubownego rozstrzygnięcia oraz 6 o skreśleniu z sprawy listy spraw podlegających rozpoznaniu. Wielka Izba wydała także dwie opinie doradcze w sprawie niektórych kwestii prawnych dotyczących list kandydatów przedłożonych w celu wybrania sędziów ETPCz²³. W momencie kończenia niniejszego opracowania (stan na 15 grudnia 2011) na wokandzie Wielkiej Izby było 29 spraw w toku, z czego 14 spraw w trybie zrzeczenia się jurysdykcji, 14 w trybie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania i jedna sprawa w przedmiocie zasądzenia słusznego zadośćuczynienia.

II. Sformułowane w tytule niniejszego opracowania pytanie o rolę Wielkiej Izby w zakresie kształtowania linii orzecznictwa strasburskiego wymaga bardziej wnikliwej analizy spraw, które zostały rozpatrzone w nowych trybach proceduralnych. W celu ułatwienia tej analizy warto zaproponować następującą

²¹ Por. *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 1999, issue 3, s. 342.

²² Wszystkie prezentowane dane statystyczne oraz ich systematyzacje dokonane zostały przez Autorkę na podstawie danych zawartych w bazie HUDOC, dostępnej na stronie www.coe.int.

²³ Opinie doradcze Wielkiej Izby z 12 XII 2008 r. i 22 I 2010 r.

systematyzację poszczególnych zagadnień, która przeprowadzona zostanie według następujących kryteriów:

- 1/ sprawy rozpoznane w trybie zrzeczenia się jurysdykcji przez 7-osobową Izbę (art. 30 KE);
- 2/ sprawy rozpoznane przez Wielką Izbę ponownie (art. 43 KE), a wśród nich takie, w których doszło do:
 - a/ zajęcia przez Wielką Izbę identycznego stanowiska co do meritum i sposobu głosowania do tego zaprezentowanego w wyroku 7-osobowej Izby albo zajęcia podobnego stanowiska co do meritum, jednak z inną argumentacją i innym rozłożeniem głosów sędziów orzekających;
 - b/ zajęcia przez Wielką Izbę odmiennego stanowiska co do meritum, ale z podobnymi dużymi różnicami poglądów sędziów orzekających w obu przypadkach albo diametralną różnicą pomiędzy stanowiskami sędziów w sensie jednomyślności 7-osobowej Izby i znaczącej przewagi lub jednomyślności stanowiska przeciwnego sędziów Wielkiej Izby.

Z całą pewnością ostatnia z wyliczonych sytuacji należy do najbardziej kontrowersyjnych, gdyż wywiera bezpośredni wpływ na wizerunek zarówno sędziów, jak i samego ETPCz, jako uprawnionego do kreowania europejskich standardów ochrony praw i wolności człowieka. Z drugiej strony – co jest przedmiotem dalszych rozważań – sytuacja taka może dostarczać optymistycznych refleksji odnośnie skrupulatności w zakresie rozważania szczególnie zawiłych zagadnień, a takie przecież – co do zasady – powinny znajdować się na wokandy Wielkiej Izby. Teoretycznie, drugą stroną przysłowiowego medalu mogą być obawy o swego rodzaju „upolitycznienie” pracy tego organu. Z oczywistych względów ten ostatni przypadek stawiałby pod dużym znakiem zapytania sens stworzonej na mocy KE procedury kontrolnej.

Wyroki wydane w trybie zrzeczenia się jurysdykcji (art. 30 KE)

Wśród spraw rozpoznanych przez Wielką Izbę w trybie zrzeczenia się jurysdykcji przez Izbę można wyróżnić przede wszystkim sprawy o charakterze precedensowym²⁴ i to zarówno w sensie merytorycznym, jak i proceduralnym. Z całą zatem pewnością w tej grupie spraw interesująca będzie przyczyna przekazania sprawy do Wielkiej Izby, zwłaszcza w kontekście wspomnianych

²⁴ W sensie formalnym procedura strasburska nie ma charakteru *stricte* precedensowego, choć oczywiście wiele orzeczeń ETPCz przybliża ją lub wręcz nadaje jej taki charakter – szerzej na ten temat por. M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, ss. 143–219.

wcześniej „ostrożnych i obostrzonych” kryteriów dopuszczalności wykorzystania takiej możliwości proceduralnej. Już jednak przy okazji ich formułowania, w tym zwłaszcza wprowadzenie wymogu uzyskania zgody stron na przekazanie sprawy Wielkiej Izbie, wskazywano na to, że brak takiej zgody pozbawiałby prawa stron do skorzystania z możliwości ponownego rozpoznania ich sprawy, bowiem wyrok Wielkiej Izby jest ostateczny²⁵. Jest to zatem kolejny przykład na chęć generalnego wzmocnienia pozycji jednostki w procedurze kontrolnej KE.

Pierwsza sprawa, która pojawiła się na wokandzie Wielkiej Izby w trybie art. 30 KE to wyrok w sprawie Kress przeciwko Francji z 7 czerwca 2001 r.²⁶. Nie należy ona może do tych najbardziej pasjonujących, choć także w niej sformułowana została ocena ETPCz dotycząca pozycji procesowej nadzwyczajnych uczestników niektórych procedur sądowych. Powódka, M. Kress, w wyniku przeprowadzonej operacji ginekologicznej i związanych z nią komplikacji stała się osobą niepełnosprawną w 90 %. Wszczęta przez nią w 1986 r. procedura przed sądem administracyjnym dotycząca stopnia doznanej szkody, zakończyła się ostatecznym wyrokiem Rady Państwa z 1997 r., w którym nie dopatrzoneo się winy czy zaniedbania ze strony szpitala (czas trwania postępowania wyniósł łącznie 10 lat, 1 miesiąc i 8 dni).

Przedmiotem skargi skierowanej do Strasburga był zarzut naruszenia prawa powódki do rozpatrzenia jej praw i obowiązków cywilnych na słusznej rozprawie przez sąd w rozsądnym terminie (art. 6 § 1 KE). W tym konkretnym przypadku – oprócz czasu trwania postępowania – chodziło o także występującego w tego typu procedurach procesie Komisarza Rządu. Co istotne, podmiot ten występował na każdym z etapów postępowania z możliwością wygłaszania w końcowej części posiedzenia poglądów, które wcześniej nie były znane stronom, i co do których nie przysługiwała replika. Ten właśnie zarzut budził duże kontrowersje, gdyż sędziowie Wielkiej Izby musieli przyznać, iż w perspektywie historycznej francuskie sądy administracyjne różniły się od sądów zwykłych szeregiem cech szczególnych (§ 69). W tym także kontekście plasowała się właśnie rola Komisarza Rządu, który w sposób bezdyskusyjny nie występował w charakterze obrońcy interesu państwa, a raczej stanowił *sui generis* instytucję szczególną dla organizacji francuskiego sądownictwa administracyjnego.

Sędziowie ETPCz przypomnieli, że instytucja Komisarza Rządu Francji była pierwowzorem instytucji Adwokata Generalnego Trybunału Sprawiedliwości

²⁵ L. Clements, *Striking the Rights Balance: the New Rules of Procedure for the European Court of Human Rights*, „European Human Rights Law Review” 1999, issue 3, s. 271–272.

²⁶ Kress przeciwko Francji, wyrok z 7 VI 2001 r., sygn. 39594/98.

Wspólnot Europejskich. Co prawda w jednej z wcześniejszych spraw²⁷ ETPCz uznał za naruszenie art. 6 KE fakt, iż raport sędziego sprawozdawcy udostępniany był tylko Adwokatowi Generalnemu a nie stronom. Natomiast w rozpatrywanej aktualnie sprawie sędziowie Wielkiej Izby w jednomyślnej opinii nie dopatrzili się jednak naruszenia praw powódki, bowiem zgodnie z obowiązującą procedurą dysponowała ona wnioskiem o odroczenie posiedzenia na czas niezbędny do zapoznania się z nową argumentacją prezentowaną w procesie.

Zupełnie inaczej przedstawiała się natomiast kwestia druga. Fakt możliwości udziału tego typu podmiotów w obradach składu orzekającego nie pozostaje bowiem bez wpływu na równowagę stron, a zatem Wielka Izba stosunkiem głosów 10:7 uznała to za sprzeczne z art. 6 § 1 KE. Wreszcie, w jednomyślnej opinii uznano, iż proces w sprawie powódki wykroczył poza wymóg „rozsądnosci czasowej”, o której mowa w art. 6 § 1 KE.

Ta nieco dłuższa prezentacja pierwszej sprawy rozpoznanej przez Wielką Izbę ETPCz podyktowana została chęcią przybliżenia interpretacji kryteriów, które leżą u podstaw regulacji art. 30 KE. Być może dla niektórych Czytelników w przedstawionej sprawie nie ma nic nazbyt nadzwyczajnego na tyle, by korzystać z poszerzonego trybu orzekającego. Nawiasem mówiąc, co może być nieco zaskakujące, wśród spraw przekazywanych Wielkiej Izbie w trybie art. 30 KE aż 39 dotyczy art. 6 i 5 KE, które należą przecież do standardów najlepiej rozpoznanych, bo też najczęściej kwestionowanych w skargach kierowanych do Strasburga.

Oczywiście, na wokandzie Wielkiej Izby standardy te pojawiają się różnych konfiguracjach, a więc często w połączeniu z innymi przepisami KE²⁸. W tym miejscu można pokusić się jednak o przypuszczenie, że współczesne systemy wymiaru sprawiedliwości doświadczają coraz to nowych wyzwań w konfrontacji z tym wszystkim, co towarzyszy prawdziwej eksplozji rozwoju nauki i techniki. Ta ostatnia „wyposaża” bowiem organy procesowe w coraz bardziej subtelne techniki pozyskiwania dowodów, co automatycznie może rodzić pytania i zgodność ich zastosowania ze standardami KE.

W celu dopełnienia obrazu sytuacji należy dodać, że - oprócz wspomnianych dylematów prawnych - na wokandę Wielkiej Izby w trybie art. 30 KE trafiają sprawy ewidentnie skomplikowane, a dotyczące prawa do życia²⁹, własno-

²⁷ Reinhardt i Slimane-Kaid przeciwko Francji, wyrok z 31 III 1998 r., sygn. 23043/93; 22921/93.

²⁸ Por. np. McFarlane przeciwko Irlandii, wyrok z 10 IX 2010 r., sygn. 31333/06.

²⁹ Do ciekawych wniosków prowadzi stanowisko Wielkiej Izby dotyczące obowiązku karnoprawnej czy cywilnoprawnej ochrony prawa do życia w rozumieniu art. 2 KE – Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom, wyrok z 17 I 2002 r., sygn. 32967/96.

ści, zwłaszcza w kontekście przeobrażeń społecznych zachodzących w nowych demokracjach³⁰, problemu badań prenatalnych³¹, czy kwestii nauczania religii w szkołach publicznych³².

Zupełnie inny klimat towarzyszy sprawom, w których pojawia się diametralnie różne stanowisko Wielkiej Izby w stosunku do wypracowanej, często wieloletniej linii orzeczniczej. W charakterze przykładu ilustrującego pierwszą grupę można powołać całkowitą zmianę stanowiska ETPCz w przedmiocie tak ważnym, jak interpretacja „prawa do małżeństwa i do założenia rodziny” w rozumieniu art. 12 KE w stosunku do osób transseksualnych. Orzeczenie w sprawie Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 2002 r.³³ wzbudziło wiele emocji i to głównie w sensie pozytywnym, gdyż poprzednia linia orzecznicza z lat 80. i 90. ETPCz była przedmiotem szerokiej krytyki, jako zbyt konserwatywna i zamknięta na dynamiczny postęp naukowy i medyczny zachodzący we współczesnych społeczeństwach Europy i świata. Sprawa ta stała się zatem „kamieniem granicznym”³⁴ w orzecznictwie strasburskim otwierającym zakres ochrony wynikający z art. 12 KE także dla osób transseksualnych. Na marginesie warto wskazać na niezwykle „ostrożne” otwieranie się ETPCz na ten nowy wymiar stosowania art. 12 KE, czego dowodem były coraz bardziej zróżnicowane stanowiska sędziów ETPCz w poszczególnych sprawach tego typu³⁵. Tym bardziej zatem jednomyślność sędziów Wielkiej Izby przy osiągnięciu konkluzji w sprawie Christine Goodwin ma swoją dodatkową wymowę.

W takim samym znaczeniu odbierać można wyrok Wielkiej Izby w sprawie Kudła przeciwko Polsce z 2000 r.³⁶, choć orzeczenie to zapadło jeszcze w tzw. okresie przejściowym, a więc przed faktycznym uruchomieniem procedury zrzeczenia się jurysdykcji 7-osobowej Izby w trybie art. 30 KE. Przypomnijmy, że w sprawie tej Wielka Izba dokonała reinterpretacji wzajemnej relacji art. 6 (prawo do rzetelnego procesu) i art. 13 KE (prawo do skutecznego środka odwoławczego) przyjmując, iż ten ostatni nie ma charakteru przepisu ogólnego

³⁰ Por. np. Broniowski przeciwko Polsce, wyrok z 22 VI 2004 r., sygn. 31443/96; Andrejeva przeciwko Litwie, wyrok z 18 II 2009 r., sygn. 55707/00.

³¹ Por. wyroki Wielkiej Izby z 6 X 2005 r. Draon przeciwko Francji, sygn. 1513/03 i Maurice przeciwko Francji, sygn. 11810/03.

³² Folgero i inni przeciwko Norwegii, wyrok z 29 VI 2007 r., sygn. 15472/02.

³³ Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 11 VII 2002 r., sygn. 28957/95 oraz rozpatrzona tego samego dnia sprawa I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, sygn. 25680/94.

³⁴ Por. *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2002, issue 6, s. 798.

³⁵ Takie ciekawe zestawienie znajduje się w: *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 1998, issue 6, s. 784.

³⁶ Kudła przeciwko Polsce, wyrok z 26 X 2000 r., sygn. 30210/96.

w stosunku do art. 6 KE, a zatem nie może podlegać derogacji na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*. W efekcie tego orzeczenia na poziomie krajowych systemów prawnych zaczęto sukcesywnie wprowadzać tzw. skargi na przewlekłość procedur sądowych, co w sposób istotny wzmocniło sytuację jednostek³⁷. Z całą pewnością jest to kolejny przykład konstruktywnej roli ETPCz w zakresie wpływu na jakość ochrony oferowanej przez ustawodawców krajowych.

Przykładem wyroku Wielkiej Izby, który odegrał niewątpliwie rolę „precedensową”, tym razem w wymiarze proceduralnym, jest stanowisko sformułowane w sprawie Assanidze przeciwko Gruzji z 2004 r.³⁸. Po raz pierwszy bowiem skład orzekający ETPCz odstąpił tutaj od tradycyjnej ostrożności formułowania w konkluzji wyroku tego, czego konkretnie oczekuje od państwa pozwanego. Zawarte w tym wyroku znamienne słowa, iż „państwo musi zapewnić uwolnienie powoda w najbliższym możliwym terminie” uznaje się bowiem za moment przełomowy w zakresie podejścia ETPCz do zasady subsydiarności, o którą oparta jest międzynarodowa ochrona praw jednostki³⁹. W opinii samych sędziów ETPCz był to „oczekiwany i logiczny krok naprzód” w kierunku wzmocnienia sytuacji pokrzywdzonych w zakresie sprawnego uzyskanego przez nich zadośćuczynienia⁴⁰. Wielka Izba stosunkowo szybko miała okazję ugruntować to stanowisko w kolejnej sprawie rozpatrywanej w prezentowanym trybie zrzeczenia się jurysdykcji, tj. Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji⁴¹.

W sposób jeszcze bardziej spektakularny rola Wielkiej Izby w zakresie tworzenia nowego modelu procedowania przejawiała się we wprowadzeniu insty-

³⁷ Por. M. Balcerzak, *Skuteczny środek odwoławczy w prawie krajowym a prawo do rozsądnego czasu postępowania. Sprawa Kudła v. Polsce*, wyrok z 28 października 2000 r., (w:) T. Jasudowicz (red.), *Polska wobec europejskich standardów praw człowieka*, Toruń 2001, s. 267; idem, *Projekt ustawy o skardze na przewlekłość postępowania sądowego – w celu wykonania wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kudła przeciwko Polsce (skarga nr 30210/96, wyrok z 26 października 2000 r., „Biuletyn Informacji Rady Europy. Ochrona Praw Człowieka w Systemie Prawa Europejskiego” 2003, nr 3., s. 94; M. Sykulska, Prawo do skutecznego środka odwoławczego na przewlekłość postępowania – skutki wyroku Kudła przeciwko Polsce dla polskiego prawa i praktyki, (w:) J. Zajadło (red.), *Prawa człowieka: wczoraj, dziś, jutro*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t., 13, ss. 394–395.*

³⁸ Assanidze przeciwko Gruzji, wyrok z 7 IV 2004 r., sygn. 71503/01.

³⁹ Por. *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2004, issue 4, s. 449.

⁴⁰ Ibidem, s. 449–450; por. także B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – na rozdrożach przełomu wieków* (w:) (red.) T. Jasudowicz, M. Balcerzak, *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, Toruń 2009, s. 132–133.

⁴¹ Ilascu i inni przeciwko Mołdawii i Rosji, wyrok z 8 VII 2004 r., sygn. 46787/99.

tuji tzw. wyroków pilotażowych⁴², które dotyczą naruszeń systemowych (masowych). W sposób zasadniczy instytucja ta wpłynęła na „rewitalizację” zasady subsydiarności, o którą tradycyjnie oparty jest system międzynarodowej ochrony praw człowieka. W tym zatem sensie rola Wielkiej Izby jest niewątpliwie konstruktywna, a zajmowane przez nią stanowisko w sposób istotny i pozytywny wpłynęło na ogólną jakość systemu ochrony praw człowieka opartego o KE i jej protokoły dodatkowe. Instytucja ta – choć z indywidualnego punktu widzenia – może być oceniana, jako ograniczenie drogi jednostkom do ETPCz (na czas wykonania wyroku pilotażowego analogiczne sprawy ulegają zawieszeniu), to w ostatecznym rezultacie uzdrowiła ona sytuację w zakresie tzw. naruszeń systemowych. Z całą bowiem pewnością rozwiązywanie i rozliczanie tego typu naruszeń nie powinno należeć do trybunału międzynarodowego, za czym przemawiają względy logiki działania tego typu instytucji, jak i prosta ekonomika procesowa⁴³.

Wprowadzenie instytucji wyroków pilotażowych dało bardzo szybki wymierny efekt zarówno na szczeblu procedury strasburskiej, jak i procedur krajowych⁴⁴. W dniu 21 lutego 2011 r. ETPCz nadał wyrokowi pilotażowemu charakter regulaminowy wprowadzając je do treści Reg. 60¹ regulaminu⁴⁵.

Wreszcie, bez większego chyba ryzyka błędu, do grupy spraw „precedensowych” rozpoznanych przez Wielką Izbę w trybie art. 30 KE można zaliczyć głośną sprawę „Bosphorus Airways” przeciwko Irlandii⁴⁶. Ponownie wyrok ten traktować można w kategorii sprawy „granicznej”, tym razem w odniesieniu do tak ważnej i drażliwej kwestii, jaką jest jakość ochrony praw człowieka oferowana w prawie wspólnotowym (obecnie unijnym). W jednomyślnej opinii sędziów Wielkiej Izby ochronę tę można uznać za „ekwiwalentną” w stosunku do tej

⁴² Pierwszy wyrok w tym zakresie dotyczy sprawy Broniowski przeciwko Polsce, op. cit. (por. przypis 33).

⁴³ Por. W. Sadurski, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of central and East European States to the Council of Europe and the Idea of Pilot Judgments*, „Human Rights Law Review” 2009, vol. 9, nr 3, ss. 426–431.

⁴⁴ Por. Rezolucja Komitetu Ministrów RE z 12 V 2004 r. – Resolution Res (2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem; The Pilot – Judgment Procedure, Information Note issued by the Registrar, Strasbourg 2009 (www.coe.int). Tytułem przykładu można powołać kolejne wyroki pilotażowe w sprawach przeciwko Polsce wydane już przez 7-osobowe Izby – Hutten Czapska przeciwko Polsce, wyrok z 22 II 2005 r., sygn. 35014/97; Kauczor przeciwko Polsce, wyrok z 3 II 2009 r., sygn. 54219/06, § 60.

⁴⁵ Rule 61 1 of the Rules of Court. Pilot-judgment procedure, Strasbourg 18 March 2011.

⁴⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi przeciwko Irlandii*, wyrok z 30 VI 2005 r., sygn. 45036/98.

zapewnianej w ramach systemu KE. Analiza sformułowanej w tej sprawie konkluzji, a zwłaszcza odniesienie jej do wielu wcześniejszych sytuacji dotyczących, umownie mówiąc, relacji Rada Europy – Unia Europejska odsłania jej bardziej „strategiczny”, aniżeli „merytoryczny” wymiar. Za uzasadniony należy uznać bowiem pogląd, iż przeprowadzona przez Wielką Izbę ocena „ekwiwalencji” ochrony praw jednostki była oceną czysto formalną⁴⁷. Z całą pewnością stanowisko Wielkiej Izby nieco wyciszyło wcześniejsze kontrowersje dotyczące skomplikowanych relacji stanowisk obu trybunałów europejskich, tj. ETPCz i TS⁴⁸.

W pozostałej grupie spraw rozpoznanych przez Wielką Izbę w trybie art. 30 KE znajdują się tzw. sprawy „trudne” z różnych względów, tj:

- 1/ te o wyjątkowo skomplikowanej naturze prawnej, często dotyczące podstawowych zasad i pryncypiów prawa międzynarodowego publicznego. Adekwatnym przykładem jest sprawa możliwości dochodzenia przez jednostkę sprawiedliwości w konfrontacji z immunitetem państwa oraz problem eksterytorialności działania zobowiązań traktatowych państw. W pierwszym przypadku Wielka Izba jednomyślnie uznała, iż immunitet państwa nie może przekreślać prawa dostępu jednostki do sądu, a zatem w konkretnych okolicznościach prowadzić powoływanie się państwa pozwanego na swój immunitet nie uchroni go przed stwierdzeniem naruszenia art. 6 § 1 KE⁴⁹.

Podobnie złożony problem dotyczył konsekwencji spowodowanych działaniami sił zbrojnych państw koalicyjnych w czasie wojny w Iraku, a konkretnie interpretacji kategorii pozostawania jednostki w zasięgu „jurysdykcji” państwa pozwanego. W tym przypadku Wielka Izba zajęła zdecydowane stanowisko w zakresie możliwości eksterytorialnego wykonywania przez państwo jurysdykcji, choć z zastrzeżeniem, iż „każdorazowo sytuacja taka musi być oceniana z uwzględnieniem jej szczególnych okoliczności”⁵⁰;

⁴⁷ Ch. Banner, A. Thompson, *Human Rights Review of State Acts Performed in Compliance with EC Law - Bosphorus Airways v. Ireland*, „European Human Rights Law Review” 2005, issue 6, ss. 658–659; C. Eckes, *Does the European Court of Human Rights provide Protection from the European Community? – The Case of Bosphorus Airways*, „European Public Law” 2007, vol. 13, ss. 65–67.

⁴⁸ D. Spielmann, *Human Rights Case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities*, (w:) P. Alston, M. Bustelo, J. Heenan (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, ss. 757–780.

⁴⁹ Por. Cudak przeciwko Litwie, wyrok z 23 III 2010 r., sygn. 15869; Sabeth El Leil przeciwko Francji, wyrok z 29 VI 2011 r., sygn. 34869/05. *Mutatis mutandis* por. także P. De Sena, F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, „European Journal of International Law” 2005, vol. 16, no 1, ss. 89–111.

⁵⁰ Al.-Skeini i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 7 VII 2011 r.,

- 2/ sprawy o wyjątkowo delikatnej, by nie powiedzieć drażliwej, naturze ze względów moralnych. W tej grupie znajdują się sprawy dotyczące zakresu podmiotowego prawa do życia (art. 2 KE), poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 KE) czy wolności przekonań religijnych (art. 9 KE w zw. z art. 2 protokołu nr 1 do KE).

Przykładem ilustrującym dylematy pojawiające się na tle art. 2 KE jest niewątpliwie wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Vo przeciwko Francji* z 2004 r.⁵¹, w której dokonano reasumpcji stanowiska ETPCz w niezwykle delikatnej sprawie dotyczącej zakresu podmiotowego prawa do życia w rozumieniu art. 2 KE, w sensie możliwości objęcia jego zakresem ochronnym dzieci nienarodzonych. W tej akurat materii Wielka Izba nie odważyła się na rewolucyjną zmianę podejścia, choć w sposób istotny uporządkowała dotychczasowe wywody formułowane we wcześniejszych tzw. sprawach aborcyjnych⁵². W opinii reprezentowanej przez sędziów ETPCz dziecko poczęte nie korzysta z ochrony wynikającej z art. 2 KE na identycznej zasadzie, jak jego matka. Oznacza to, że w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, ochrona jej interesów może przeważać nad ochroną życia nienarodzonego. Z całą jednak pewnością kwestia decyzji o przerwaniu ciąży nie może być traktowana jako należąca do wyłącznej sfery „życia prywatnego” matki i poszanowania jej woli w rozumieniu art. 8 KE. W zakresie ochrony życia państwa dysponują szerokim marginesem swobody wyboru środków prawnych takiej ochrony, z zastrzeżeniem konsekwentnego ich stosowania oraz koniecznością słusznego wyważenia interesów. Ta ostatnia kwestia dotyczy np. umożliwienia kobietom ciężarnym wykonania zabiegu aborcji poza granicami kraju ojczystego, jeżeli obowiązujące w nim prawo w sposób niezwykle restrykcyjny chroni życie poczęte.

To jednak także Wielka Izba miała okazję stwierdzić, iż w państwach-stro-nach KE w coraz szerszym zakresie dopuszcza się rozwiązywanie kolidujących ze sobą interesów na korzyść większego dostępu do legalnego zabiegu aborcji, to i tak zarysowujący się konsensus w tym zakresie nie może odgrywać decydującej roli w ustalaniu przez sędziów ETPCz ich oceny tego, na ile legalna prohibicja aborcji w danym państwie spełniła niezbędny warunek proporcjonalności. W tym zatem

sygn. 55721/07, §§ 132–142. W sprawie tej Wielka Izba jednomyślnie uznała naruszenie przez państwo pozwane art. 2 KE (w zakresie obowiązków proceduralnych) w związku ze spowodowaniem śmierci cywilów irackich w wyniku działań jego sił zbrojnych. Podobnie w sprawie *Al-Jedda przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (wyrok z 7 VII 2011 r., sygn. 27021/08), w której stosunkiem głosów 16:1 uznano, że państwo pozwane naruszyło standard art. 5 KE w związku z internowaniem powoda.

⁵¹ *Vo przeciwko Francji*, wyrok z 8 VII 2004 r., sygn. 53924/00. Sprawę tę prezentowałam na łamach „Prokuratury i Prawo” 2004, nr 11–12, ss. 221–229.

⁵² B. Gronowska, *Problem aborcji w świetle międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 6, ss. 67–75.

zakresie przywiązuje się także znaczenie przeprowadzenia w społeczeństwie odpowiednio kompleksowej i uwrażliwiającej na wszystkie aspekty problemu debaty nad akceptowanym następnie modelem prawnej reglamentacji aborcji⁵³.

Z innych względów i w zupełnie innym kontekście, przy okazji omawiania prawa do życia, warto wspomnieć, że Wielka Izba miała okazję podtrzymać kontrowersyjne dla państw stanowisko, zgodnie z którym zakres tego standardu obejmuje nie tylko przypadek umyślnego pozbawienia życia jednostki w wyniku użycia wobec niej siły, ale także „ sytuacje, w których dopuszcza się możliwość użycia siły, która może - nawet w sposób niezamierzony - powodować skutek śmiertelny albo stwarzać zagrożenie wystąpienia takiego skutku”⁵⁴.

Do spraw budzących ogromne emocje społeczne właśnie w kontekście moralno-etycznym należy – zwłaszcza w chwili obecnej – kwestia obowiązkowej nauki religii w szkołach oraz możliwości adopcji dzieci przez pary homoseksualne. Drażliwość wskazanych dylematów sama przez się usprawiedliwia przekazywanie takich spraw właśnie do gremiów 17. osobowej Wielkiej Izby.

Odnosnie kwestii pierwszej Wielka Izba (stosunkiem głosów 9:8) uznała, iż brak możliwości wyłączenia norweskich dzieci na życzenie ich rodziców z udziału w obowiązkowych zajęciach z przedmiotu obejmującego wiedzę na temat chrześcijaństwa, religii i filozofii („KRK”) stanowi naruszenia art. 2 protokołu nr 1 do KE⁵⁵. Zdaniem, minimalnej wprawdzie, większości sędziów program realizowany w ramach przedmiotu „KRK” nie spełniał niezbędnych w takich przypadkach warunków obiektywizmu, neutralności i pluralizmu.

Z kolei, w bulwersującej sprawie E.B. przeciwko Francji⁵⁶ sędziowie Wielkiej Izby (stosunkiem głosów 10:7) uznali fakt odmowy udzielenia zgody na adopcję dziecka kobiecie pozostającej w związku lesbijskim za naruszenie jej prawa do poszanowania jej życia prywatnego w warunkach dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Pomijając szczegóły tej właśnie sprawy (m.in. fakt zainteresowania adopcją tylko przez jedną z partnerek) Wielka Izba *de facto* zmieniła linię orzeczniczą dotyczącą tego typu problemu. W 2002 r. identyczny problem rozpatrywany był przez 7-osobową Izbę, która stosunkiem głosów 4:3 nie stwierdziła dyskryminacji samotnego homoseksualisty starającego się o adopcję dziecka⁵⁷. Rzecz w tym, że obie sytuacje dotyczą bardzo podobnych okoliczności, a co więcej mają miejsce pod rządami tego samego krajowego porządku prawne-

⁵³ Tak w sprawie A, B i C przeciwko Irlandii, wyrok z 16 XII 2010 r., sygn. 25579/05, §§ 238–239.

⁵⁴ Makaratzis przeciwko Grecji, wyrok z 20 XII 2004 r., sygn. 50385/99, § 49.

⁵⁵ Folgero i inni przeciwko Norwegii, op. cit. (por. przypis 35).

⁵⁶ E. B. przeciwko Francji, wyrok z 22 I 2008 r., sygn. 43546/02.

⁵⁷ Frette przeciwko Francji, wyrok z 22 II 2002 r., sygn. 36515/97.

go, który – co do zasady – nie wyklucza możliwości adoptowania dziecka przez osobę samotną bez względu na jej orientację seksualną. Oczywiście, pomiędzy obiema sprawami upłynęło trochę czasu, który w sposób naturalny może zmieniać perspektywę oceny. Znamienne wydaje się jednak to, że w swoim wyroku Wielka Izba nie dokonała żadnej referencji do sprawy wcześniejszej, choćby poprzez zasygnalizowanie zmiany stanowiska w tak istotnej kwestii, jak problem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w odniesieniu do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego z art. 8 KE⁵⁸,

- 3/ sprawy kontrowersyjne w związku z coraz szerszym wykorzystywaniem przez organy państwowe (w tym procesowe) nowoczesnych technik gromadzenia i zabezpieczania informacji i dowodów. Dotyczyło to np. gromadzenia danych DNA⁵⁹, czy sposobu uzyskiwania dowodu obciążającego podejrzanego w warunkach naruszenia art. 3 KE. W głośnej sprawie Jalloh przeciwko Niemcom z 2006 r.⁶⁰ Wielka Izba (choć niejednomyślnie) potwierdziła uniwersalna zasadę, zgodnie z którą dowody uzyskane w drodze tortur nigdy nie mogą być wykorzystywane jako dowody winy osoby oskarżonej. Znamienne jest jednak to, że cytowaną regułę odniesiono jedynie do „tortur” sensu stricto, a nie wszystkich form traktowania człowieka, które są zakazane na mocy art. 3 KE. W tym ostatnim przypadku Wielka Izba podjęła dość ryzykowną próbę znalezienia odpowiedzi na pytanie na ile każdy przypadek zdobycia dowodu obciążającego z naruszeniem art. 3 KE powoduje automatyczne stwierdzenie naruszenia standardu prawa do słusznego procesu w rozumieniu art. 6 KE. Choć ostateczne stanowisko Wielkiej Izby nie zmienia dotychczasowego poglądu w tej sprawie, to jednak zastanawia duża rozbieżność stanowisk sędziów orzekających (stosunkiem głosów 10:7 stwierdzono naruszenie art. 3 wobec podejrzanego, a w konsekwencji stosunkiem głosów 11:6 naruszenie art. 6 KE)⁶¹.

⁵⁸ Eksponuje to S. Saroléa, *A Critical Look At Direct Access to the Single Court* (w:) *Ten years of the “new European Court of Human rights 1998–2008 – situation and outlook*, Strasbourg 2009, s. 31.

⁵⁹ S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 4 XII 2008 r., sygn. 30562/04, 30566/04. W sprawie tej Wielka Izba jednomyślnie stwierdziła naruszenie art. 8 KE.

⁶⁰ Por. np. Jalloh przeciwko Niemcom, wyrok z 11 VII 2006 r., sygn. 54810/00, w którym uzyskanie dowodu rzeczowego wskutek podania podejrzanemu środka wymiotnego Wielka Izba stosunkiem głosów 10:7 uznała za naruszenie art. 3 KE (niehumanitarne traktowanie), a w konsekwencji stosunkiem głosów 11:6 naruszenie słuszności procesu w rozumieniu art. 6 KE.

⁶¹ Słusznie zwrócono na to uwagę w: *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2006, issue 6, s. 739.

Do tej kategorii spraw można włączyć problem oceny granic prowokacji policyjnej, w wyniku której dana osoba dopuszcza się przestępstwa, w przypadku którego faktycznym inspiratorem były organy lub funkcjonariusze państwowi (np. agenci z jednostki antykorupcyjnej)⁶². W jednomyślnej opinii Wielkiej Izby sytuacja, w której sam zamiar popełnienia przez jednostkę przestępstwa został sprowokowany przez podmioty publiczne, nawet działające w ramach akcji „prywatnej”, stanowi naruszenie wymogu „słuszności” procesu w rozumieniu art. 6 KE.

W wielu wypadkach wyroki Wielkiej Izby w sprawach precedensowych zapadają jednomyślnie⁶³ lub większością głosów i to nawet bardzo znaczną⁶⁴. Z drugiej jednak strony nie brak i takich spraw, które zapadły większością jednego tylko głosu⁶⁵. Właśnie ta druga grupa spraw najlepiej dowodzi kontrowersyjnego charakteru przedmiotu skargi i to właśnie jest najlepszym uzasadnieniem słuszności wprowadzenia trybu z art. 30 KE. Z chęci dopełnienia całości obrazu sytuacji nie można powstrzymać się także od refleksji, iż zdarzało się – zwłaszcza w okresie początkowym – stosować procedurę w trybie art. 30 KE zbyt pochopnie, a przekazywane sprawy można było uznać wręcz za stosunkowo banalne⁶⁶.

Na zakończenie tej części rozważań warto przypomnieć, że skuteczność zrzeczenia się jurysdykcji przez 7-osobową Izbę jest uzależniona od zgody obu stron. Przeprowadzona na potrzeby niniejszego opracowania analiza orzeczeni-

⁶² Ramanauskas przeciwko Litwie, wyrok z 5 II 2008 r., sygn. 74420/01, §§ 73–74.

⁶³ Np. Mastromatteo przeciwko Włochom, wyrok z 24 X 2002 r., sygn. 37703/97; Cooper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 16 XII 2003 r., sygn. 48843/99; Maurice przeciwko Francji, wyrok z 6 X 2005 r., sygn. 11810/03; Martinie przeciwko Francji, wyrok z 12 IV 2006 r., sygn. 58675/00; Ramanauskas przeciwko Litwie, wyrok z 5 II 2008 r., sygn. 74420/01; Guja przeciwko Mołdawii, wyrok z 12 II 2008 r., sygn. 14277/04; Saadi przeciwko Włochom, wyrok z 28 II 2008 r., sygn. 37201/06.

⁶⁴ Np. Fogarty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 21 XI 2001 r., sygn. 37112/97 (stosunek głosów 16:1); Stec i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 12 IV 2006 r., sygn. 65731/01 (stosunek głosów 16:1); Andrejeva przeciwko Łotwie, wyrok z 18 II 2009 r., sygn. 55707/00 (stosunek głosów 16:1); O'Halloran i Francis przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 29 VI 2007 r., sygn. 15809/02, 25624/02 (stosunek głosów 15:2); Paksas przeciwko Litwie, wyrok z 6 I 2011 r., sygn. 34932/04 (stosunek głosów 14:3); Depalle przeciwko Francji, wyrok z 29 III 2010 r., sygn. 34044/02 (stosunek głosów 13:4).

⁶⁵ Folgero i inni przeciwko Norwegii, wyrok z 29 VI 2007 r., sygn. 15472/02 (stosunek głosów 9:8); Roche przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 19 X 2005 r., sygn. 32555/96 (stosunek głosów 9:8).

⁶⁶ Ferrazini przeciwko Włochom, wyrok z 12 VII 2001 r., sygn. 44759/98 (oczywista bezpodstawność skargi); Von Maltzan i inni przeciwko Niemcom, decyzja z 30 III 2005 r., sygn. 71916/01, 71917/01, 10260/02 (oczywista bezpodstawność skargi); McKay przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 18 X 2006 r., sygn. 543/03.

ctwa nie potwierdziła jednej z obaw towarzyszących wprowadzeniu tego warunku do art. 30 KE, tj. ryzyka tzw. zorganizowanego weta stron w celu zapewnienia sobie możliwości ponownego rozpatrzenia sprawy przez Wielką Izbę⁶⁷. Obawy te okazały się po prostu zbyt daleko idące⁶⁸.

Wyroki wydane w wyniku ponownego rozpoznania sprawy (art. 43 KE)

Z całą pewnością znacznie większe emocje towarzyszą analizie wyroków Wielkiej Izby, które zapadły w trybie art. 43 KE po zmianie wprowadzonej protokołem nr 11, tj. w drodze skutecznego przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. W grupie 100 takich wyroków (stan na 15 grudnia 2011 r.):

- w 25 przypadkach osiągnięto pełną jednomyślność stanowiska obu izb;
- w 38 przypadkach osiągnięto podobną zdecydowaną przewagę głosów. W sprawach tych Wielka Izba potwierdziła zatem stanowisko 7-osobowej Izby, choć niejednokrotnie z wykorzystaniem innej albo dodatkowej argumentacji lub zastosowaniem jeszcze innej oceny prawnej przedmiotu skargi;
- w 5 sprawach Wielka Izba doszła do podobnej konkluzji do tej zawartej w wyroku 7-osobowej Izby, choć ze znaczną różnicą głosów sędziów;
- w 28 sprawach Wielka Izba zajęła odmienne stanowisko od tego, sformułowanego w wyroku 7-osobowej Izby i to nawet w tych przypadkach, w których 7-osobowa Izba zajęła wcześniej stanowisko jednomyślnie⁶⁹; wreszcie
- w 1 sprawie Wielka Izba wydała wyrok w przedmiocie polubownego załatwienia sprawy⁷⁰, a 3 sprawy skreśliła z listy spraw podlegających rozpoznaniu.

⁶⁷ J.A. Frowein, *Implementation of the reform of the European Convention on Human Rights control machinery*, Report presented at the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights, Budapest 20–23 September 1995, H/Coll (95)6, Strasbourg 1995, s. 17; L. Clements, *Striking the Right Balance: the new Rules of procedure for the European Court of Human Rights*, „European Human Rights Law Review” 1999, issue 3, s. 271.

⁶⁸ Gwoli ścisłości, w przeanalizowanym zbiorze orzeczeń znalazła się jedna taka sprawa, w której powód nie wyraził zgody na zrzeczenie się jurysdykcji w kwestii słusznego zadośćuczynienia – Guiso-Gallisay przeciwko Włochom, wyrok z 22 XII 2009 r., sygn. 58858/00, §§ 8–9.

⁶⁹ Tak w sprawach Perna przeciwko Włochom, wyrok z 6 V 2003 r., sygn. 48898/99; Lautsi przeciwko Włochom, wyrok z 18 III 2011 r., sygn. 30814/06. W obu sprawach podmioty indywidualne pomimo jednomyślnie korzystnego werdyktu 7-osobowej Izby, „przegrały” następnie na wokandzie Wielkiej Izby zdecydowaną większością głosów (stosunkiem 16:1 i 15:2).

⁷⁰ Chodzi o wyrok w sprawie Hutten-Czapska przeciwko Polsce, 28 IV 2008 r., sygn. 35014/97.

Przy tej okazji należy podkreślić, że w swoim wyroku Wielka Izba może w sposób autonomiczny potraktować wyłącznie zasądzoną wcześniej kwestię słusznego zadośćuczynienia w trybie art. 41 KE dla osoby pokrzywdzonej. Dotyczy to również tych sytuacji, gdy co do samego meritum 7-osobowa osiągnęła wcześniej jednomyślność⁷¹.

W tym miejscu niniejszego opracowania należy niewątpliwie przywrócić się bliżej tym sprawom, w którym obie Izby doszły do całkowicie odmiennych konkluzji, bo to one przecież są oficjalnym stanowiskiem ETPCz, a jednocześnie probierzem jakości oferowanej w systemie KE ochrony praw jednostki.

Patrząc na mechanizm procedury prowadzonej w trybie art. 43 KE niewątpliwie w pierwszej kolejności na uwagę zasługują sprawy „wygrane” przez podmioty indywidualne. Adekwatnym przykładem w tym zakresie jest zezwolenie na skorzystanie przez osobę pozbawioną długoterminowo wolności z procedur wspomagane go zapłodnienia, jeżeli jest to jedyny realny w danych warunkach sposób realizacji prawa do ojcostwa biologicznego⁷².

Kolejny przykład dotyczy kwestii dopuszczalności dowodów w procesie karnym, które zostały uzyskane w warunkach naruszenia zakazu z art. 3 KE. W sprawie Gäfgen przeciwko Niemcom 7-osobowa Izba stosunkiem głosów 6:1 uznała, iż powód nie może skutecznie utrzymywać, że padł ofiarą naruszenia standardu art. 3 KE, gdyż reakcja władz państwowych na bezprawne działania funkcjonariuszy policji była wystarczającym zadośćuczynieniem dla wyrządzonej mu krzywdy. Ostatecznie zatem „wymuszone” dowody nie odebrały procedurze karnej waloru słuszności w rozumieniu art. 6 KE. Zdecydowanie bardziej pryncypialnie do tej kwestii podeszła Wielka Izba, która stosunkiem głosów 11:6 dopatrzyła się w tej sprawie naruszenia art. 3, uznając, że utrata statusu pokrzywdzonego wymaga znacznie bardziej zdecydowanej reakcji ze strony państwa na bezprawne działania organów procesowych. Co jednak kontrowersyjne, to fakt, iż stwierdzenie naruszenia art. 3 KE (niehumanitarne traktowanie) nie spowodowało w sposób automatyczny kolizji z wymogami art. 6 para 1 i 3 pkt d KE.

⁷¹ Stanowisko sędziów Wielkiej Izby może być zarówno korzystne, jak i mniej korzystne dla zainteresowanych jednostek – por. np. seria 10 spraw włoskich rozpoznanych przez Wielką Izbę w dniu 29 III 2006 r. W tej grupie spraw w kategorii „zwyństwa” jednostki plasuje się sprawa Cocchiarella przeciwko Włochom (sygn. 64886/01), w której 7-osobowa Izba w trybie art. 41 KE zasądziła na rzecz powoda kwotę 4.600 euro, natomiast Wielka Izba zwiększyła ją do poziomu 6.000 euro.

⁷² Dickson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, wyrok z 4 XII 2007 r., sygn. 44362/04. W sprawie tej 7-osobowa Izba stosunkiem głosów 4:3 nie stwierdziła naruszenia art. 8 KE, natomiast w opinii Wielkiej Izby (stosunek głosów 12:5) doszło do naruszenia tego standardu w okolicznościach faktycznych sprawy. Por. także ciekawy komentarz w: *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2008, issue 2, s. 285.

W opinii Wielkiej Izby (stosunek głosów 11:6) jeżeli wyrok skazujący oparty został o dowody, których w sposób bezpośredni nie wymuszono, a przynajmniej dowody te nie odegrały decydującej roli w skazaniu, to „słuszność” całości procedury karnej nie może być skutecznie zakwestionowana⁷³.

Sprawa ta spowodowała niezwykle burzliwą dyskusję na łamach literatury przedmiotu, gdzie w sposób jednoznaczny krytykowano stanowisko obu Izb ETPCz, w tym zwłaszcza Wielkiej Izby, która we wspomnianym wyroku odeszła od tradycyjnej reguły, że dowody pozyskiwane dla celów procesu karnego w warunkach naruszenia art. 3 KE (i to niezależnie od stopnia tego naruszenia) powinny *per se* w sposób negatywny rzutować na ocenę słuszności takiego procesu w rozumieniu art. 6 KE.⁷⁴

Z kolei, w sprawie Neulinger i Shuruk przeciwko Szwajcarii w opinii 7-osobowej Izby (stosunek głosów 4:3) nie doszło do naruszenia prawa powodów do poszanowania życia prywatnego w rozumieniu art. 8 KE, podczas gdy Wielka Izba (stosunkiem głosów 16:1) potwierdziła zasadność zarzutów stawianych państwu pozwanemu⁷⁵. Sprawa dotyczyła interesów dziecka uprowadzonego przez matkę w warunkach naruszenia konwencji haskiej z 25 października 1980 r., o którego powrót walczył ojciec biologiczny. Pomimo ewidentnego naruszenia przez powódkę postanowień wspomnianej konwencji sędziowie Wielkiej Izby uznali decyzję sądu szwajcarskiego nakazującego zwrot dziecka za niesłuszną, gdyż nie rozważono dokładnie wszystkich zagrożeń, jakie dla dobra dziecka powrót dziecka do kraju ojca mógł mieć, zwłaszcza że łączył się on z koniecznością rozstania z matką⁷⁶.

W sprawie dziennikarzy holenderskich, którzy skarżyli się na naruszenie ich prawa wynikającego z art. 10 KE poprzez zajęcie przez organy ścigania zgromadzonych przez nich materiałów dotyczących nielegalnej demonstracji 7-osobowa Izba stosunkiem głosów 4: 3 nie potwierdziła słuszności zarzutów powodów. W wyniku przekazania sprawy do Wielkiej Izby, ta w jednomyślnej opinii zakwestionowała jakość obowiązującego prawa w zakresie ochrony poufności źródeł informacji posiadanych przez dziennikarzy, a zatem zastosowana w tej sprawie ingerencja nie spełniła wymogu „zgodności z prawem”, o której mowa w art. 10 § 2 KE⁷⁷.

⁷³ Gäfgen przeciwko Niemcom, wyrok z 1 VI 2010 r., sygn. 22978/05, §§ 178-188.

⁷⁴ M. Spurrier, *Case Analysis. Gäfgen v. Germany: Fruit of the poisoned tree*, „European Human Rights Law Review” 2010, issue 5, ss. 515-519.

⁷⁵ Naulinger and Shuruk przeciwko Szwajcarii, wyrok z 6 VII 2010 r., sygn. 41615/07.

⁷⁶ Ibidem, §§ 150-151.

⁷⁷ Sanoma Uitgevers B.V. przeciwko Holandii, wyrok Izby z 31 III 2009 r., wyrok Wielkiej Izby z 14 IX 2010 r., sygn. 38224/03.

Wreszcie, niewątpliwie spektakularny przykład (choćby ze względu na zakres problemu) dotyczy wyroków Wielkiej Izby w sprawie dyskryminacji dzieci romskich w szkołach podstawowych. W głośnej sprawie DH przeciwko Czechom z 2007 r.⁷⁸ Wielka izba (stosunkiem głosów 13:4) uznała sytuację, w jakiej znalazły się dzieci romskie środowisku szkolnym za przejaw dyskryminacji w zakresie prawa do nauki (art. 14 w zw. z art. 2 protokołu 1), podczas gdy 7-osobowa Izba (stosunkiem głosów 6:1) nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych standardów. Nieomal identycznie sytuacja powtórzyła się w sprawie Oršuš i inni przeciwko Chorwacji z 2010 r.⁷⁹ W jednomyślniej opinii 7-osobowej Izby fakt szeroko rozumianego „alienowania” dzieci romskich w środowisku szkolnym nie kolidował ze standardami KE, natomiast w opinii Wielkiej Izby (stosunek głosów 9:8) sytuacja ta była sprzeczna z art. 14 w zw. z art. 2 protokołu 1. Na marginesie tej sprawy należy z uznaniem podkreślić sposób przeprowadzonej analizy prawnej dotyczącej tzw. dyskryminacji pośredniej (§§ 149-155 wyroku) oraz niezwykle szerokie wykorzystanie materiałów dowodowych.

W charakterze konkluzji zamykającej tę część rozważań należy dodać, że tryb z art. 43 KE może być stosowany również jedynie w odniesieniu do części odszkodowawczej wyroku zasadniczego 7-osobowej Izby. W sprawie Guiso-Gallisay przeciwko Włochom Izba stosunkiem głosów 6:1 „odeszła” od utrwalonej reguły stosowania art. 41 KE w sprawach tzw. wywłaszczenia dla celów budowy obiektów publicznych i zasądziła na rzecz powodów kwoty 1,803,374 euro jako zadośćuczynienie za szkodę majątkową oraz 45.000 euro jako zadośćuczynienie za doznaną krzywdę. W swoim wyrok Wielka Izba uznała za stosowne przyjęcie w tej kwestii nowego stanowiska dotyczącego momentu i zasad ustalania wartości wywłaszczanego mienia, w tym zwłaszcza uwzględnienie różnicy wartości rynkowej. W konsekwencji Wielka Izba (stosunkiem głosów 16:1) zasądziła na rzecz powodów kwotę 2,145.000 euro tytułem zadośćuczynienia za szkodę materialną oraz 45.000 euro jako zadośćuczynienie za doznaną przez nich krzywdę⁸⁰.

W sposób oczywisty ocena roli Wielkiej Izby ETPCz w rozwoju linii orzeczniczej, w tym utrzymywaniu jej stabilności i konsekwencji nie może opierać się wyłącznie o sprawy korzystnie zakończone dla indywidualnych podmiotów skarżących się. Nie zawsze przecież tzw. wyższa racja leży po stronie podmiotu

⁷⁸ DH przeciwko Czechom, wyrok Izby z 7 II, 2006 r.; wyrok Wielkiej Izby z 13 XI 2007 r., sygn. 57325/00.

⁷⁹ Oršuš i inni przeciwko Chorwacji, wyrok Izby z 17 VII 2008 r.; wyrok Wielkiej Izby z 16 III 2010 r., sygn. 15766/03.

⁸⁰ Guiso-Gallisay przeciwko Włochom, wyrok Izby (słuszne zadośćuczynienie) z 21 X 2008 r., wyrok Wielkiej Izby (słuszne zadośćuczynienie) z 22 XII 2009 r., sygn. 58858/00, §§ 104–107.

pokrzywdzonego, a najważniejszą rolę nadrzędnej instancji kontrolnej jest przecież jak najbardziej prawidłowe, w sensie prawnym, rozstrzygnięcie w przedmiocie rozpoznawanego konfliktu.

W charakterze ilustracji najdalej idących rozbieżności powołane zostaną sprawy, w których 7-osobowa Izba jednomyślnie przyznaje racje powodowi, natomiast 17-osobowa Wielka Izba jednomyślnie lub ogromną większością głosów akceptuje stanowisko państwa pozwanego. Pierwsza z tych spraw dotyczy jednomyślnego stanowiska Izby w zakresie naruszenia przez organy procesowe standardu z art. 6 §§ 1 i 3 (d) KE oraz art. 10 KE w stosunku do zawodowego dziennikarza, którego skazano za opublikowanie zniesławiającego artykułu dotyczącego pracownika służby cywilnej wykonującego swoje obowiązki, a w procesie oddalono jego wniosek o powołanie świadka, mającego zeznawać na jego korzyść⁸¹. Rozpatrując ponownie tą sprawę Wielka Izba zajęła tradycyjne stanowisko w zakresie konieczności ochrony pracowników służb cywilnych realizujących swoje obowiązki i łączące się z tym szczególna dokładność i staranność dziennikarza stawiającego zarzuty. Kara wymierzona dziennikarzowi nie mogła być zatem uznana za nieproporcjonalną w kontekście całokształtu okoliczności sprawy. Ostatecznie Wielka Izba nie dopatrzyła się naruszenia standardów KE (jednomyślnie - art. 6 §§ 1 i 3 (d) KE oraz stosunkiem głosów 16:1 art. 10 KE)⁸².

Sprawą należącą do prezentowanej kategorii, która w ostatnim okresie wzbudziła największe emocje jest problem obecności krzyży w szkołach publicznych. W głośnie sprawie Lautsi przeciwko Włochom, w której 7-osobowa Izba jednomyślnie stwierdziła naruszenie art. 2 protokołu nr 1 do KE (prawo rodziców do takiej edukacji publicznej ich dzieci, która respektuje przekonania religijne lub filozoficzne rodziców). Stanowisko 7-osobowej Izby⁸³ - co do zasady - pozostaje w zgodzie z wcześniejszą linią orzecniczą, każdorazowo eksponującą bezdyskusyjny obowiązek państwa w zakresie neutralności i tolerancji, a w warunkach działania instytucji edukacyjnych, także zakaz dopuszczania do niedozwolonej indoktrynacji⁸⁴. Tym większe zdziwienie wzbudziło

⁸¹ Perna przeciwko Włochom, wyrok z 25 VII 2001 r., sygn. 48898/99.

⁸² Jw., wyrok Wielkiej Izby z 6 V 2003 r., §§ 32 i 47–48. Podobnie w sprawie Jahn i inni przeciwko Niemcom, w której 7-osobowa Izba jednomyślnie stwierdziła naruszenie prawa własności powodów w rozumieniu art. 1 protokołu nr 1, natomiast Wielka Izba (stosunkiem głosów 16:1) zajęła stanowisko całkowicie odmienne – por. Jahn i inni przeciwko Niemcom, wyrok z 20 VI 2005 r., sygn. 46720/99, 72203/01, 72552/01.

⁸³ Lautsi przeciwko Włochom, wyrok z 3 XI 2009 r., sygn. 30814/06.

⁸⁴ Por. Folgero i inni przeciwko Norwegii, op. cit.; Hasan i Eylem przeciwko Turcji, wyrok z 9 IX 2007 r., sygn. 1448/04; Grzelak przeciwko Polsce, wyrok z 15 VI 2010 r., sygn. 7710/02. Nawiasem mówiąc, 7-osobowa Izba w sprawie świadka Jehowy odmawiającego zasadniczej służby wojskowej ze względu na sprzeciw sumienia stosunkiem głosów

stanowisko Wielkiej Izby, która stosunkiem głosów 15:2 nie dopatrzyła się w fakcie obecności krzyża w klasie szkolnej szkoły publicznej naruszenia standardu art. 2 protokołu nr 1, pomimo wyraźnego sprzeciwu na taką sytuację ze strony powódki⁸⁵.

W sensie racjonalizacji prawnej Wielka Izba powołała się na pozostający w jej gestii tzw. margines swobody oceny, a konkretnie stwierdzenie, iż brak europejskiego konsensusu odnośnie tak delikatnej kwestii jak obecność symboli religijnych w przestrzeni publicznej uprawnia do przyznania państwu tzw. szerokiego marginesu swobody oceny zasadności podejmowanej decyzji. Pewnie dość trudno byłoby dyskutować z logiką tej argumentacji, gdyby nie sprawy wcześniejsze dotyczące symboli innych religii, czy ogólna atmosfera „afery” europejskiej towarzyszącej prezentowanej sprawie⁸⁶. Istnienie tego swoistego „drugiego dna” daje, niestety, podstawy do przypuszczenia, że Wielka Izba wołała odegrać rolę arbitra uspokajającego europejskie emocje, niż w sposób solidny i konsekwentny dokonać klasycznego rozpoznania sprawy co do meritum.

III. Postawione w tytule niniejszego opracowania pytanie o rolę Wielkiej Izby w kształtowaniu strasburskiego orzecznictwa - zwłaszcza po dokonaniu szerszej analizy spraw – nie daje podstaw do formułowania jednoznacznych konkluzji. Z całą pewnością sprawy wygrane przez podmioty indywidualne wzmocniły ich pozycję, a nade wszystko w sposób edukacyjny wpłynęły na rzeszę potencjalnych klientów ETPCz. Nie zmienia tego faktu to, iż samo uruchomienie procedury w trybie art. 43 KE nie należy na najłatwiejszych⁸⁷, a ilość wygranych spraw przez podmioty indywidualne stanowi wyraźną mniejszość. Niezależnie od tego system ETPCz w jego obecnym kształcie może być odbierany jako – mimo wszystko - bardziej przychylny jednostce.

Z całą także pewnością na plus Wielkiej Izby zaliczyć trzeba te wyroki „precedensowe”, które niewątpliwie rozwinęły i usprawniły procedurę kontrolną KE. Weryfikacja stanów faktycznych i prawnych dokonywana na forum

6:1 nie dopatrzyła się w punitywnej reakcji państwa naruszenia art. 9 KE. Z kolei Wielka Izba stosunkiem głosów 16:1 oceniany przypadek uznała za naruszenie art. 9 KE, podkreślając m.in. wartość „utrzymania prawdziwego pluralizmu religijnego dla przetrwania społeczeństwa demokratycznego” – Bayatyan przeciwko Armenii, wyrok Wielkiej Izby z 7 VII 2011 r., sygn. 23459/03, §§ 118 i 122.

⁸⁵ Lautsi przeciwko Włochom, wyrok Wielkiej Izby z 18 III 2011 r., jw.

⁸⁶ Kwestie te szczegółowo omawia D. McGoldrick, *Religion in the European Public Square and in the European Public Life – Cruxifixes in the Classroom?*, „Human Rights Law Review” 2011, vol. 11, no 3, ss. 452–502.

⁸⁷ M. Balcerzak, *Strasbourg locutus, causa finita? Wzruszalność orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 195.

Wielkiej Izby w wielu przypadkach zasługuje na wielkie uznanie, jako przykład niezwykle solidnej realizacji funkcji rozpoznawczo-decyzyjnej. W tym także sensie jest to doskonały przykład dla 7-osobowych Izb, będących przecież podstawowym forum funkcjonowania ETPCz. Z proceduralnego punktu widzenia możliwa jest wreszcie taka sytuacja, w której 7-osobowa Izba zawiesza swoje postępowanie „na czas rozstrzygnięcia” innej sprawy przez Wielką Izbę, o ile ma to znaczenie dla meritum problemu rozpatrywanego przez Izbę⁸⁸. W tym zatem zakresie Wielka Izba staje się mentorem w zakresie rzetelnej realizacji funkcji orzeczniczej⁸⁹.

Już jednak bardziej dokładna analiza zgromadzonych spraw może rodzić pewien niepokój odnośnie tego jaką rolę Wielka Izba widzi dla siebie samej. Należałoby zakładać, że to właśnie w jej kompetencji pozostaje rozwiązywanie najbardziej skomplikowanych kwestii nie tylko bieżących, ale także tych, które obecne są w samym systemie procedury skargowej KE. Niewątpliwie ideałem byłoby w tym względzie odważne zajęcie się choćby wspomnianą doktryną marginesu swobody oceny. Nierealne byłoby zgłaszanie w tej chwili postulatu odejścia od tej koncepcji, skoro traktuję się ją jako „wentyl bezpieczeństwa” w sprawach naprawdę złożonych i skoro jest ona atrakcyjna dla samych sędziów ETPCz⁹⁰. Rzecz jednak w tym, że to właśnie od Wielkiej Izby należałoby oczekiwać, o ile nie wypracowania bardziej rygorystycznych kryteriów tego marginesu, to przynajmniej konsekwentnego trzymania się raz wypracowanej reguły. Natomiast mechanizm ten Wielka Izba zastosowała w dość kontrowersyjny sposób w kilku rozpoznanych przez siebie sprawach⁹¹ sprawach W charakterze kwestii rudymen tarnej traktować można stwierdzenie, że szerokość marginesu swobody

⁸⁸ Taka sytuacja zdarzyła się w sprawie Casron i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której Izba odroczyła rozpoznanie sprawy do czasu wydania wyroku przez Wielką Izbę w sprawie Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu – por. wyrok z 4 III 2008 r., sygn. 42184/05, § 5.

⁸⁹ Najnowszym przykładem takiej autentycznie „dobrej roboty orzeczniczej” jest wyrok Wielkiej Izby w sprawie Al-Khawaya i Tahery przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 15 XII 2011 r., sygn. 26766/05, 22228/06.

⁹⁰ Znamienne są w tym względzie słowa sędziego Garlickiego, który w marginesie swobody oceny dopatruje się mechanizmu umożliwiającego stosunkowo bezkonfliktowe funkcjonowanie ETPCz – L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim*, „Europejski Przegląd Sadowy” 2008, nr 4, ss. 4–13.

⁹¹ Por. np. Leyla Sahin przeciwko Turcji, wyrok z 10 XI 2005 r., sygn. 44774/98 – por. także *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2006, issue 2, ss. 230–231; wyroki Wielkiej Izby z 11 I 2006 r., Sørensen przeciwko Danii, sygn. 52562/99 i Rasmussen przeciwko Danii, sygn. 52620/99 – por. także *Cases and Comment*, „European Human Rights Law Review” 2006, issue 3, ss. 362–363.

oceny przyznawana państwu pozostaje w bezpośrednim związku z występowaniem konsensusu państw-stron KE odnośnie danego zagadnienia⁹².

Nie bez powodu w literaturze przedmiotu dyskutuje się dzisiaj o postępującym procesie „inflacji” doktryny marginesu swobody oceny⁹³. Być może postawa Wielkiej Izby w sprawie Lautsi była spektakularna i wychodząca naprzeciw oczekiwaniom „europejskim”. Autorka ośmiela się jednak stwierdzić, iż nie jest rolą Wielkiej Izby uspokajanie europejskich emocji. Jako Izba *stricte* sądowa to ona ma właśnie w sposób rzetelny, spójny i konsekwentny budować to, co nazywamy europejskim prawem ochrony praw człowieka. *Tertium non datur*.

⁹² Szerzej na temat samej koncepcji, jak i wspomnianej kwestii europejskiego konsensusu i jego wpływu na zakres marginesu oceny por. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, ss. 67–71.

⁹³ J. Kratochvil, *The Inflation of the margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2011, vol. 29/3, ss. 324–357.

THE GRAND CHAMBER AND ITS ROLE IN CREATION OF THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The main purpose of this research is giving an answer for the question about the role which has been already played and can be played in future by the Grand Chamber created in 1998 within the European Court of Human Rights (ECHR). Obviously the fact that wide competences and powers have been conferred on this organizational formation of the ECHR created a unique situation concerning the substantive and procedural quality of the judgments. On the other hand, there is a potential risk that the possibility of referral of a case to the Grand Chamber can also be used for the purposes other than those strictly connected with the idea of the fair and objective justice system.

The Author of this paper based her analysis against the background of 272 judgments which have been passed by the Grand Chamber and in such context she tries to make a systematization of problems both of the substantive and procedural nature. In principle the Author's attitude is positive as far as any possibility of strengthening of the individual's position in the control procedure of ECHR is concerned. However, according to the presented analysis the Author suggests that the Grand Chamber is still a kind of "big unknown". Thus, at present it would be still difficult to appreciate in a concluding manner, the way in which the organ under consideration uses its decision-making power. The above-mentioned dilemma does not change the fact that this new area of the ECHR case-law creates a great challenge both for the ECHR itself as well as for all those who strongly support this institution.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Mateusz Rogala ■

PREZYDENT PRZED TRYBUNAŁEM? ANALIZA SKUTKÓW PRAWNYCH WYDANIA PRZEZ MIĘDZYNARODOWY TRYBUNAŁ KARNY NAKAZU ARESZTOWANIA OMARA AL-BASHIRA I MUAMMARA AL-KADDAFIEGO

I. Wprowadzenie

„Lud Fur stał się dla nas niczym ból głowy [...] Udało nam się opanować południe i wschód, ale teraz [...] oni zaczęli sprawiać kłopoty [...] Z Bożą pomocą zabijemy ich i zabierzemy ich domy [...] a ziemia Darfuru przypadnie ludziom lepszym niż oni.”¹

Jednym z najbardziej przerażających aspektów zbrodni ludobójstwa, zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości jest nie tyle ich skala, co fakt powiązania z suwerenną władzą państwa, która albo na nie przyzwala, albo wręcz uczestniczy w ich dokonaniu. Oto bowiem niczym w teorii nieograniczona suwerenna władza państwowa, posiadająca monopol na stosowanie środków

¹ Wypowiedź Ahmada Haruna z sierpnia 2003 r. Był on sudańskim wiceministrem spraw wewnętrznych, odpowiedzialnym za koordynację działań sił rządowych na terytorium Darfuru, a następnie od 2005 r. ministrem do spraw humanitarnych (Akta sprawy ICC-02/05-01/09 Prokurator przeciwko Omarowi al-Bashirowi, Aneks E1 – Prosecution Submission of Supporting Material – DAR-0158-0964, s. 1001-1007) [tłum. własne].

przymusu², zaczyna korzystać ze swoich kompetencji przeciwko własnym obywatelom.

Doprowadzenie do takiego wynaturzenia funkcji państwa sprawiło, że w drugiej połowie XX wieku zaczęto traktować prawo międzynarodowe jako element ochrony niewinnych ludzi przed nieobliczalnym i niepoddanym żadnej kontroli suwerenem. Dążenie do zapewnienia takiej ochrony znalazło wyraz w konwencjach międzynarodowych³, a także w działaniach rozmaitych organów międzynarodowych, w tym przede wszystkim Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych.⁴

Jednak dotychczas nie znaleziono w prawie międzynarodowym idealnego sposobu rozwiązania konfliktu pomiędzy potrzebą ochrony podstawowych praw jednostki a poszanowaniem suwerenności państwa, będącego podstawowym podmiotem prawa międzynarodowego, decydującym w zasadniczej mierze o sposobie jego stosowania.

Powołanie na mocy umowy międzynarodowej⁵ Międzynarodowego Trybunału Karnego można określić jako jeden z ważniejszych etapów na drodze do ostatecznego ustalenia wzajemnych relacji pomiędzy prawami człowieka a suwerennością państwa. Stąd też proces jego powstawania i pierwsze lata działania naznaczone były sporem pomiędzy obrońcami tychże wartości. W sposób szczególny znalazło to odzwierciedlenie w kontrowersjach, jakie wywołało wydanie przez Trybunał nakazu aresztowania prezydenta Sudanu Omara al-Bashira, podejrzanego o popełnienie na terytorium Darfuru zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni ludobójstwa.

Jednym z podstawowych problemów rodzących się w związku z wydanym przez Trybunał nakazem aresztowania głowy państwa jest sposób określenia wzajemnej relacji pomiędzy zobowiązaniami międzynarodowoprawnymi państw wobec Trybunału, powołanego w tym celu, by najpoważniejsze zbrodnie między-

² Por. np. *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, praca zbiorowa pod red. Bogumiła Szmulika i Marka Żmigrodzkiego, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2002, s. 17 i nast.

³ Przykładowo: Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Dz. U. Nr 2, poz. 9) oraz Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania (Dz. U. Nr 63, poz. 378).

⁴ Rezolucja 827 (1993) Rady Bezpieczeństwa ONZ powołująca Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (dostępna na stronie: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/28/IMG/N9330628.pdf?OpenElement>) oraz Rezolucja 955 (1994) Rady Bezpieczeństwa ONZ powołująca Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (dostępna na stronie: <http://www.un.org/ict/english/Resolutions/955e.htm>).

⁵ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 708) – powoływany dalej jako Statut MTK.

narodowe nie pozostały bezkarne⁶, a normami prawa międzynarodowego, z których wynika obowiązek poszanowania suwerenności państwa, poprzez zapewnienie immunitetu jego głowie. W niniejszym artykule spróbuję dokonać analizy tej relacji, mając na względzie przepisy Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, treść rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1593, mocą której przedstawiono Trybunałowi sytuację w Darfurze⁷ oraz rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1970, mocą której przedstawiono Trybunałowi sytuację w Libii⁸, a także odpowiednie przepisy międzynarodowego prawa zwyczajowego i orzeczenia sądów międzynarodowych.

II. Historia konfliktu w Darfurze

Genezy konfliktu w Darfurze upatrywać można po pierwsze, w braku wewnętrznej spójności Sudanu, państwa będącego sztucznym tworem ery postkolonialnej, po drugie zaś, w złożonej strukturze etnicznej samej prowincji. Te wewnętrzne napięcia zostały spotęgowane przez stopniowe pustoszczenie obszaru i związane z tym ograniczenie zasobów wody i powierzchni ziemi zdatnej do wypasania bydła, a ponadto podsycła je regionalna rywalizacja pomiędzy kolejnymi rządami Czadu, Libią oraz rządem centralnym w Chartumie.⁹ Choć konflikt ten bywa określany jako rywalizacja pomiędzy plemionami arabskimi a czarnymi, warto pamiętać, że jego strony mają wiele cech wspólnych – łączą je bowiem wyznawana religia, tj. Islam, posługiwanie się co do zasady językiem arabskim, oraz czarny kolor skóry. Pomiedzy plemionami da się wprawdzie wyróżnić pewne rasowe odmienności, jednak nie pozwalają one w sposób oczywisty zakwalifikować danego plemienia do jednej z grup. Dla przykładu przedstawiciele plemienia Zurgha, które określane jest przez Sudańczyków jako „czarne”, mają zdecydowanie jaśniejszy odcień skóry i bardziej pociągłe rysy twarzy, zaś w plemieniu Rizzeyqat, określanym jako „arabskie”, dominują cechy negroidalne.¹⁰

To, co w sposób niezaprzeczalny odróżnia plemiona „arabskie” od plemion „czarnych”, to sposób korzystania z ziemi. Pierwsze z nich to przede wszystkim

⁶ Por. Preambuła do Statutu MTK.

⁷ Rezolucja 1593 (2005) Rady Bezpieczeństwa ONZ, (dostępna na stronie: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/73/PDF/N0529273.pdf?OpenElement>).

⁸ Rezolucja 1970 (2011) (dostępna na stronie: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124558.pdf?OpenElement>).

⁹ Szerzej na ten temat, por. G. Prunier, *Darfur. The Ambiguous Genocide*, Hurst&Company, Londyn 2005, s. 4 i nast.

¹⁰ Por. ibidem., s. 5.

plemiona wędrownie zajmujące się wypasem zwierząt, natomiast drugie prowadzą osiadły tryb życia. Dlatego rosnące problemy z dostępem do wody w regionie zaostriżyły występujące pomiędzy tymi grupami konflikty.

Przedstawiona Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu przez Radę Bezpieczeństwa ONZ sytuacja w Darfurze dotyczy okresu od kwietnia 2003 r., kiedy to siły powstańcze, walczące przeciwko dyskryminacji „czarnych” plemion przez plemiona „arabskie” i rząd centralny w Chartumie, dokonały ataku na lotnisko w stolicy regionu El Fashir, zabijając 30 żołnierzy i dwóch oficerów, niszcząc dwa samoloty i trzy bojowe helikoptery sudańskiego lotnictwa. Zdarzenie to zapoczątkowało kampanię przeprowadzoną przez rząd sudański, której istotnym elementem było dążenie do usunięcia z Darfuru członków „czarnych” plemion: Fur, Masalit i Zaghawa poprzez fizyczną eksterminację, przemoc i przesiedlenie do obozów dla przesiedlonych (Internally Displaced Persons). W ocenie Prokuratora Trybunału działania te miały charakter zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni ludobójstwa.

W związku z popełnieniem tych zbrodni Międzynarodowy Trybunał Kar-ny wszczął postępowanie między innymi przeciwko prezydentowi Sudanu Omarowi al-Bashirowi. Jest to jeden z nielicznych przypadków, kiedy urzędującej głowie państwa sąd międzynarodowy postawił zarzuty popełnienia tego rodzaju czynów.¹¹

III. Instytucja immunitetu głowy państwa w prawie międzynarodowym

Zagadnienie immunitetu głowy państwa jako przedmiotu regulacji prawa międzynarodowego jest niezmiernie szerokie i wielowątkowe. Wokół jego stosowania w doktrynie prawa międzynarodowego istnieje wiele sporów. W tym miejscu chciałbym przedstawić jedynie zarys tej instytucji, w takim zakresie, w jakim będzie to niezbędne w dalszych rozważaniach.

Głowa państwa posiada w trakcie sprawowania swej funkcji immunitet dwojakiego rodzaju. Pierwszy z nich bywa określany jako immunitet *ratione materiae* lub jako immunitet materialny. Wyłącza on odpowiedzialność głowy państwa za czyny dokonane w trakcie sprawowania urzędu, związane z wykonywaniem funkcji oficjalnych.

¹¹ Pozostałe przypadki dotyczą postawienia zarzutów Slobodanowi Miloševićowi przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii w czasie, gdy pełnił on jeszcze funkcję prezydenta Jugosławii oraz wydania nakazu aresztowania Charlesa Taylora przez Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, gdy ten był jeszcze prezydentem Liberii.

Przyjmuje się bowiem, że działania te są dokonane niejako przez samo państwo, nie zaś przez reprezentującego je funkcjonariusza. Immunitet tego rodzaju dotyczy szerokiego kręgu funkcjonariuszy państwowych i działa również po zaprzestaniu sprawowania przez nich funkcji. Powyższe wynika w sposób naturalny z istoty immunitetu, który jest związany nie z osobą lecz z czynem, a mówiąc ściśle, z tym, w jakim charakterze ów czyn został dokonany.

Drugi z immunitetów przynależnych urzędującej głowie państwa to immunitet określany jako *ratione personae*, zwany również immunitetem proceduralnym, który wyłącza możliwość prowadzenia postępowania karnego wobec objętej nim osoby. Powiązany jest on ze specyficzną funkcją, jaką pełni w relacjach między państwami wąska grupa najwyższych funkcjonariuszy, wśród których wymienia się głowę państwa, szefa rządu i ministra spraw zagranicznych. Wskazać można kilka zasadniczych racji istnienia immunitetu proceduralnego głowy państwa. Wywodzi się go z zasady poszanowania godności państw, jako podmiotów prawa międzynarodowego, z szacunku należnego głowom państw, jako ich reprezentantom, w przypadku monarchów możemy nadal mówić o ich osobistym byciu suwerenem (w szczególności, gdy mowa o monarchach nieeuropejskich w takich krajach jak Tajlandia czy Arabia Saudyjska), z zasady *par in parem non habet imperium* wywodzącej się z zasady równości i niezależności suwerennych państw, z niedostosowania prawa krajowego do konieczności rozwiązania sporu o międzynarodowym charakterze, z praktycznej potrzeby zapewnienia głowie państwa możliwości swobodnego sprawowania swoich funkcji jako najwyższego organu państwa, z wymogów nieskrępowanego obrotu międzynarodowego, z obowiązków gościnności w stosunku do goszczącej głowy państwa i wreszcie z grzeczności i kurtuazji międzynarodowej.¹² Immunitet ten jako związany z konkretną osobą, a mówiąc ściślej ze sprawowaną przez nią funkcją, wygasa w momencie utraty stanowiska przez funkcjonariusza.

Warto pamiętać, że immunitet głowy państwa zarówno o charakterze *ratione personae* jak i *ratione materiae* jest przywilejem państwa, nie zaś osoby sprawującej funkcję. To z kolei oznacza, że może się go zrzec państwo, a nie osoba, której immunitet przysługuje (powyższe dotyczy przede wszystkim immunitetu *ratione personae*, gdyż zrzekając się immunitetu *ratione materiae*, państwo niejako odmawiałoby popełnionemu czynowi charakteru oficjalnego).

W celu przybliżenia aktualnego stanu prawa międzynarodowego w zakresie obowiązywania wspomnianych immunitetów w przypadku popełnienia najpoważniejszych zbrodni prawa międzynarodowego, warto dokonać analizy

¹² Por. C. J. Barker, *The future of former Head of State Immunity after ex parte Pinochet*, „International and Comparative Law Quarterly” vol. 48, 1999, s. 937 i nast.

dwóch orzeczeń. Pierwsze z nich to orzeczenie Izby Lordów w sprawie ekstradycji Augusto Pinocheta¹³ - dotyczące immunitetu *ratione materiae* byłej głowy państwa w związku z popełnieniem przez nią zbrodni tortur, zaś drugim jest wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie nakazu aresztowania Abdoulaye Yerodii Ndombasi - ministra spraw zagranicznych Kongo¹⁴ - dotyczący immunitetu *ratione personae* urzędującego ministra spraw zagranicznych. Zawarte w tym orzeczeniu *obiter dicta* zachowują aktualność również w odniesieniu do głowy państwa.

Podsumowując orzeczenie w sprawie Pinocheta i jednocześnie nie zapominając, że zawarte w nim tezy nie spotkały się z jednogłośnym poparciem doktryny, a i do samego orzeczenia zgłoszono zdanie odrębne, można stwierdzić, że orzekający lordowie uznali, iż popełnienie zbrodni prawa międzynarodowego, w tym przypadku tortur, nie stanowi czynności oficjalnej, która byłaby objęta immunitetem *ratione materiae*. Wprawdzie lordowie oparli się przede wszystkim na specyficznych uregulowaniach Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur, to jednak orzeczenie to jest przywoływane jako istotny argument wskazujący na istnienie prawa zwyczajowego, zgodnie z którym immunitet *ratione materiae* głowy państwa, podobnie jak każdego innego funkcjonariusza państwowego, nie dotyczy czynów określanych jako zbrodnie prawa międzynarodowego.

W drugim z powołanych wyżej orzeczeń, dotyczącym immunitetu urzędującego ministra spraw zagranicznych, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości uznał, że nie jest w stanie wywieść z dotychczasowej praktyki państw, iż istnieje w międzynarodowym prawie zwyczajowym jakikolwiek wyjątek od reguły przyznającej urzędującemu ministrowi spraw zagranicznych immunitet w postępowaniu karnym oraz nietykalność. Trybunał wyszedł z założenia, że istnienie immunitetu ministra spraw zagranicznych ma swoje uzasadnienie w rodzaju wykonywanych przez niego funkcji i konieczności ochrony sprawności ich wypełniania. Trybunał w swoim orzeczeniu wskazał przypadki, w których minister spraw zagranicznych nie może powołać się na immunitet. Powyższe należałoby odczytywać w taki sposób, że w odmiennych niż wymienione okoliczności ministrowi przysługuje absolutny immunitet.¹⁵ Po pierwsze, immunitet nie

¹³ R. v. Bow Street Magistrate, ex parte Pinochet (No. 3) [2001] 1 AC 147, dostępny na stronie: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pinol.htm>.

¹⁴ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, s. 3, dostępny na stronie: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=cobe&case=121&k=36>, powoływana dalej jako Arrest Warrant Case.

¹⁵ Por. D. Koller, *Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court*, „Ameri-

przysługuje w postępowaniu przed własnym sądem. Po drugie, w sytuacji, gdy państwo zrzeknie się immunitetu. Po trzecie, byli ministrowie spraw zagranicznych nie posiadają immunitetu w związku z czynami popełnionymi przez nich przed lub po okresie sprawowania urzędu lub w związku z czynami o charakterze prywatnym. Jednak minister posiadać będzie immunitet za czyny o charakterze oficjalnym popełnione podczas sprawowania urzędu. Po czwarte, byli i obecni ministrowie nie mogą powołać się na immunitet w postępowaniu przed trybunałami międzynarodowymi utworzonymi na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych¹⁶ lub na podstawie traktatu.¹⁷

Wprawdzie powyższe orzeczenie również spotkało się z krytycznymi głosami przedstawicieli nauki, to stanowi ono punkt wyjścia do rozważań dotyczących immunitetu proceduralnego głowy państwa. Wydaje się bowiem, że odzwierciedla ono obowiązujące w tym zakresie normy międzynarodowego prawa zwyczajowego.

IV. Unormowanie instytucji immunitetu w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego

Zgodnie z art. 27 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, Statut ma równe zastosowanie do wszystkich osób, bez jakichkolwiek różnic wynikających z pełnienia funkcji publicznej. W szczególności pełnienie funkcji głowy państwa czy szefa rządu, członka rządu czy parlamentu, wybieralnego przedstawiciela lub funkcjonariusza państwowego w żadnym razie nie może zwolnić sprawcy od odpowiedzialności karnej przewidzianej niniejszym statutem, ani nie może samo w sobie stanowić podstawy do zmniejszenia wymiaru kary. W myśl zaś ustępu 2 tego artykułu, immunitety i inne przywileje związane z pełnieniem funkcji publicznej danej osoby, przewidziane przez prawo krajowe lub międzynarodowe, nie stanowią przeszkody do wykonywania jurysdykcji Trybunału wobec takiej osoby.

Wskazany przepis reguluje kwestię związania Trybunału obowiązującymi w prawie międzynarodowym immunitetami, czyniąc to w sposób podobny do odpowiednich przepisów Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze¹⁸, Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego

can University International Law Review” vol. 20, nr 1, 2004, s. 17.

¹⁶ Karta Narodów Zjednoczonych, publ. Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

¹⁷ Por. Arrest Warrant Case, §. 61.

¹⁸ Artykuł VII Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze (ogłoszonego w Dz. U. z 1947 r., Nr 63, poz. 367): Stanowisko urzędowe oskarżonych,

dla byłej Jugosławii¹⁹ czy Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy.²⁰

Jednak z uwagi na to, że Międzynarodowy Trybunał Karny powołany został na mocy umowy międzynarodowej, która zgodnie z art. 34 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów²¹, wiąże jedynie strony tej umowy, konieczne było uregulowanie kwestii immunitetów funkcjonariuszy państw niebędących stronami statutu. Zgodnie zatem z art. 98 ust. 1 Statutu, Trybunał nie może wystąpić z wnioskiem o dostarczenie lub pomoc, który wymagałby od państwa wezwanego działania niezgodnego z jego zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego w odniesieniu do immunitetu Państwa, immunitetu dyplomatycznego osoby lub majątku Państwa trzeciego, chyba że Trybunał uzyska wcześniej zgodę Państwa trzeciego na uchylenie immunitetu. Dopełnieniem tego przepisu jest ust. 2 art. 98 Statutu, w myśl którego, Trybunał nie może wystąpić z wnioskiem o dostarczenie, który wymagałby od państwa wezwanego działania niezgodnego z jego zobowiązaniami wynikającymi z umów międzynarodowych, zgodnie z którymi wymagana jest zgoda Państwa wysyłającego na dostarczenie Trybunałowi jakiegokolwiek osoby, chyba że Trybunał wcześniej podjął współpracę z Państwem wysyłającym w celu uzyskania zgody na dostarczenie.

Omówione wyżej normy międzynarodowego prawa zwyczajowego dotyczące immunitetu głowy państwa oraz odpowiednie przepisy Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego będą punktem wyjścia do rozważenia kwestii mocy prawnej wydanego przez Trybunał nakazu aresztowania Omara al-Bashira. Wcześniej jednak warto przeanalizować decyzje podjęte w niniejszej sprawie przez Trybunał.

czy to jako zwierzchników państwa, czy jako odpowiedzialnych funkcjonariuszy rządowych, nie może powodować uwolnienia ich od odpowiedzialności albo złagodzenia kary.

¹⁹ Artykuł 7 ust. 2 Statutu Międzynarodowego Trybunału do Sądenia Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. (w polskim tłumaczeniu dostępny na stronie: http://www.pck.org.pl/pliki/mp/1993_Haga_-_Statut_MTKJ.pdf): Stanowisko urzędowe jakiegokolwiek osoby oskarżonej, niezależnie od tego, czy jest to głowa państwa lub szef rządu, czy odpowiedzialny funkcjonariusz rządowy, nie jest podstawą do uwolnienia takiej osoby od odpowiedzialności karnej ani do złagodzenia kary.

²⁰ Artykuł 6 ust. 2 Statutu Międzynarodowego Trybunału do spraw Rwandy (w polskim tłumaczeniu dostępny na stronie: http://www.pck.org.pl/pliki/mp/1994_Nowy_Jork_-_MTKR.pdf): Stanowisko urzędowe jakiegokolwiek osoby oskarżonej, niezależnie od tego, czy jest to głowa państwa lub szef rządu, czy odpowiedzialny funkcjonariusz rządowy, nie jest podstawą do uwolnienia takiej osoby od odpowiedzialności karnej ani do złagodzenia kary.

²¹ Artykuł 34 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (publ. Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439): Traktat nie tworzy obowiązków ani praw dla państwa trzeciego bez jego zgody.

V. Postępowanie w sprawie Omara al-Bashira przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Rada Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych wydała w dniu 31 marca 2005 r. rezolucję nr 1593, w której uznała, że sytuacja w Sudanie w dalszym ciągu stanowi zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa i z tej przyczyny, działając na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, postanowiła przedstawić sytuację w Darfurze od dnia 1 lipca 2002 r. Prokuratorowi Międzynarodowego Trybunału Karnego, zobowiązała rząd Sudanu i wszystkie strony konfliktu w Darfurze do pełnej współpracy z Trybunałem i dostarczenia mu wszelkiej niezbędnej pomocy i jednocześnie, zauważając, że państwa niebędące stronami Statutu MTK nie mają żadnych zobowiązań w świetle tego Statutu, zachęciła (*urges*) wszystkie państwa i organizacje międzynarodowe do współpracy z Trybunałem.

W dniu 14 lipca 2008 r. Prokurator Międzynarodowego Trybunału Karnego – Luis Moreno-Ocampo wystąpił z wnioskiem o wydanie nakazu aresztowania prezydenta Sudanu Omara Hassana Ahmada al-Bashira, zarzucając mu współuczestnictwo w popełnieniu zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych. Oskarżenie oparte było na trzech zasadniczych przesłankach: doprowadzeniu do polaryzacji społeczeństwa wzdłuż linii podziału na Arabów i Czarnych, na odebraniu czarnym mieszkańcom Darfuru posiadanej przez nich ziemi, przy zastosowaniu siły oraz na spowodowaniu śmierci wielu osób w obozach dla osób przesiedlonych w wyniku niedożywienia, a także systematycznie prowadzonej kampanii gwałtów i tortur.²²

W dniu 4 marca 2009 r. Izba Przygotowawcza Międzynarodowego Trybunału Karnego, w której zasiadali sędziowie: Przewodniczący – Akua Kuenyehia z Ghany oraz Anita Ušacka z Łotwy i Sylvia Steiner z Brazylii, wydała nakaz aresztowania urzędującego prezydenta Sudanu Omara al-Bashira i nakazała Sekretarzowi Trybunału przygotowanie niezbędnych dokumentów w celu zwrócenia się z żądaniem jego aresztowania i dostarczenia. Żądanie takie miało być doręczone odpowiednim władzom sudańskim, wszystkim państwom-stronom Statutu MTK oraz wszystkim członkom Rady Bezpieczeństwa ONZ niebędącym stronami Statutu. Sekretarz miał również w razie potrzeby przygotować dodatkowy nakaz aresztowania i dostarczenia, gdyby okazało się to konieczne do aresztowania i dostarczenia al-Bashira.²³

²² ICC-02/05-151-US-Exp oraz ICC-02/05-151-US-Exp-Anxsl-89; Corrigendum ICC-02/05-151-US-Exp-Corr oraz Corrigendum ICC-02/05-151-US-Exp-Corr-Anxsl & 2. Dostępna zredagowana wersja wniosku Prokuratora - ICC-02/05-157-AnxA.

²³ Publ. ICC-02/05-01/09.

Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że we wzmiankowanym okresie na terytorium Darfuru miał miejsce przedłużający się konflikt zbrojny niemający charakteru międzynarodowego, o którym mowa w art. 8 ust. 2 lit. f Statutu.

Stąd też w pkt 78 orzeczenia Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że od momentu wkrótce po ataku na lotnisko El Fashir w kwietniu 2003 r. do 14 lipca 2008 r. rząd Sudanu, armia sudańska wraz ze wspomagającymi ją siłami milicji džandżawidów oraz sudańska policja (Sudanese Police Forces) i wywiad (National Intelligence and Security Service – NISS), a także Komisja Pomocy Humanitarnej (Humanitarian Aid Commission - HAC) popełniły zbrodnie wojenne w rozumieniu art. 8 ust. 2 lit. e) pkt i) oraz art. 8 ust. 2 lit. e) pkt v) Statutu.

Rozważając z kolei kwestię popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, Trybunał stwierdził, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że zasadniczym elementem zwalczania przez rząd sudański powstania w Darfurze były naruszające prawo ataki na ludność cywilną, należącą głównie do grup Fur, Masalit i Zaghawa. Skala tych ataków była duża, a ich charakter systematyczny, ponieważ ataki te trwały przez okres pięciu lat, odbywając się według podobnego schematu. Trybunał również uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że sprawcy tych czynów posiadali świadomość, iż ich czyny są częścią rozległego lub systematycznego ataku. Stąd też spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 7 ust. 1 Statutu. Przedstawione przez Prokuratora materiały dały Trybunałowi rozsądne podstawy do przyjęcia, że w czyny te polegały na zabójstwie, eksterminacji, przymusowym przemieszczaniu ludności, torturach oraz zgwałceniu, w rozumieniu art. 7 ust. 1 lit. a), b), d), f) i g) Statutu.

Odnosząc się natomiast do zbrodni ludobójstwa, Trybunał stwierdził, że cecha wyróżniająca daną grupę narodową, etniczną, rasową lub religijną musi mieć charakter pozytywny, nie zaś negatywny, tzn. nieprawidłowe jest wyróżnianie grupy na podstawie nieposiadania określonej cechy lub zespołu cech. Wprawdzie grupy Fur, Masalit i Zaghawa nie mogą zostać wyróżnione jako grupy narodowościowe, rasowe i religijne, gdyż ich członkowie podobnie jak członkowie innych grup zamieszkujących region mają sudańską narodowość, zbliżone cechy rasowe oraz są muzułmanami, to jednak skoro każda z nich odznacza się własnym językiem, zwyczajami plemiennymi oraz tradycyjną więzią z zamieszkiwanym przez nią terytorium, istnieją, w ocenie Trybunału, rozsądne podstawy do przyjęcia, że stanowią one odrębne grupy etniczne.

Jednak zdaniem Izby Przygotowawczej, przedstawione przez Prokuratora okoliczności mające świadczyć o istnieniu zamiaru zniszczenia w całości lub w części grupy, o której mowa wyżej, tzn. wypowiedzi członków rządu sudań-

skiego, w tym Omara al-Bashira, oficjalne dokumenty, sposób organizacji życia przesiedlonej ludności w obozach, a także popełnione zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości nie stanowiły wystarczającej przesłanki do przyjęcia, że w Darfurze doszło do popełnienia zbrodni ludobójstwa.

Dlatego też Trybunał nie wydał nakazu aresztowania w związku z popełnieniem zbrodni ludobójstwa, wskazując jednak, że w przypadku przedstawienia dodatkowych dowodów świadczących o istnieniu ludobójczego zamiaru, Prokurator będzie mógł wystąpić z wnioskiem o dokonanie zmiany nakazu aresztowania.

Dalej Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że wkrótce po ataku na lotnisko El Fashir w kwietniu 2003 r. rząd sudański opracował wspólny plan przeprowadzenia kampanii przeciwko powstańcom w Darfurze, zaś jednym z elementów tej kampanii było dokonywanie zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, o których wspomniano wyżej. Omar al-Bashir wraz z innymi wysokimi funkcjonariuszami rządu sprawował kontrolę nad poszczególnymi częściami aparatu państwowego, które wykorzystywali oni w celu realizacji tego planu. Omar al-Bashir jako prezydent Sudanu *de iure i de facto*, a także głównodowodzący sudańskich sił zbrojnych odgrywał szczególnie istotną rolę w koordynacji tworzenia i implementacji wspólnego planu. Sprawował on pełną kontrolę nad wojskiem, policją, służbami specjalnymi oraz Komisją Pomocy Humanitarnej.

Dlatego też Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że Omar al-Bashir ponosi odpowiedzialność karną za sprawstwo pośrednie oraz współsprawstwo pośrednie za popełnienie tych zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, co do których Trybunał wcześniej wypowiedział się, orzekając, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że mogły one zostać popełnione.

Rozpatrując kwestię istnienia pozytywnych przesłanek do wydania nakazu aresztowania, wymienionych w art. 58 ust. 1 lit. b) Statutu²⁴, Trybunał

²⁴ Artykuł 58 ust. 1 Statutu MTK: Po wszczęciu postępowania przygotowawczego Izba Przygotowawcza wydaje na wniosek Prokuratora nakaz aresztowania osoby, jeżeli po zbadaniu wniosku i dowodów oraz innych informacji przedłożonych przez Prokuratora stwierdzi, że:

- (a) istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że osoba ta popełniła zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału; i
- (b) aresztowanie tej osoby jest konieczne w celu:
 - (i) zapewnienia jej osobistego stawiennictwa na rozprawie;
 - (ii) zapewnienia, że osoba ta nie będzie utrudniała ani zagrażała postępowaniu przygotowawczemu lub rozprawie, lub
 - (iii) uniemożliwienia tej osobie kontynuowania tej samej lub powiązanej z nią zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału, mającej źródło w tych samych okolicznościach.

stwierdził, że z dotychczasowego postępowania rządu sudańskiego i Omara al-Bashira w relacji z Trybunałem należy przypuszczać, że aresztowanie go było konieczne dla zapewnienia jego stawienia na rozprawie. Ze względu natomiast na sprawowanie przez niego kontroli nad aparatem państwowym w Sudanie, Trybunał uznał również, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że al-Bashir może utrudniać prowadzenie postępowania, w tym zastraszać świadków. Trybunał zauważył przy tym, że jedna osoba została skazana przez sudański sąd za zdradę w związku z jej współpracą z Trybunałem. Wydanie nakazu aresztowania uniemożliwi dodatkowo al-Bashirowi kontynuowanie dokonywania zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, gdyż jak wynika z raportu Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka opublikowanego 23 stycznia 2009 r., siły sudańskie w dalszym ciągu dokonują niektórych ze zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału, będących przedmiotem niniejszego postępowania. Stąd też, zdaniem Trybunału, spełnione zostały wszystkie trzy przesłanki, o których mowa w art. 58 ust. 1 lit. b) Statutu.

Odnosząc się do zagadnienia wykonalności nakazu aresztowania, Trybunał zauważył, że choć Sudan nie jest stroną Statutu, jednak zobligowany jest do jego wykonania. Sprawa została bowiem przedstawiona Trybunałowi przez Radę Bezpieczeństwa ONZ, mocą rezolucji 1593 wydanej na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. W rezolucji tej Sudan i wszystkie strony konfliktu zostały zobowiązane do pełnej współpracy z Trybunałem. Zgodnie zatem z art. 24 ust. 1 i 25 Karty w związku z art. 103 Karty²⁵, Sudan jako państwo członkowskie ONZ zobowiązany jest do realizacji decyzji Rady. Zobowiązanie to ma pierwszeństwo przed pozostałymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego.

Sędzia Ušacka zgłosiła zdanie odrębne do części orzeczenia dotyczącej wydania nakazu aresztowania w związku z zarzutem popełnienia ludobójstwa²⁶, wskazując, że we wstępnej fazie postępowania w sprawie wydania nakazu

²⁵ Artykuł 24 ust. 1 Karty NZ: W celu zapewnienia szybkiej i skutecznej akcji Narodów Zjednoczonych, członkowie tej Organizacji wkładają na Radę Bezpieczeństwa główną odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa i zgodni są co do tego, że Rada Bezpieczeństwa wypełniając swe obowiązki, wynikające z tej odpowiedzialności, działa w ich imieniu.

art. 25 Karty NZ: Członkowie Narodów Zjednoczonych zobowiązują się przyjąć i wykonać postanowienia Rady Bezpieczeństwa, zgodnie z niniejszą Kartą.

art. 103 Karty NZ: W razie sprzeczności pomiędzy obowiązkami członków Narodów Zjednoczonych, wynikających z niniejszej Karty, a ich obowiązkami wynikającymi z jakiegoś innego porozumienia międzynarodowego, pierwszeństwo będą miały ich obowiązki wynikające z niniejszej Karty.

²⁶ Publ. ICC-02/05-01/09.

aresztowania ciężar dowodu nie jest tak duży jak w przypadku potwierdzenia zarzutów przez Izbę Przygotowawczą, czy tym bardziej wyrokowania przez Izbę Orzekającą. Jeśli zatem zamiar ludobójczy można logicznie wywieść z materiałów dowodowych zgromadzonych przez Prokuratora, to Izba Przygotowawcza winna była uznać tak zgromadzone materiały za wystarczające do wydania nakazu aresztowania również w stosunku do zarzutu ludobójstwa.

W zdaniu odrębnym sędzia Ušacka podkreśliła, że rząd Sudanu traktował grupy Fur, Masalit i Zaghawa w sposób całościowy, odnosząc się do nich jako plemion afrykańskich zwanych również Zurga, Nuba lub czarne. Dlatego sędzia uznałaby ich za jedną grupę stanowiącą przedmiot ludobójstwa składającą się z mniejszych grup, takich jak Fur, Masalit i Zaghawa.

Następnie przedstawiła argumenty, które jej zdaniem dają rozsądne podstawy do przyjęcia, że Omar al-Bashir popełnił zbrodnię ludobójstwa. Podała przykłady wypowiedzi prezydenta, w tym wyemitowanych w państwowej telewizji, uznając jednocześnie, że jego pozycja jako najwyższego funkcjonariusza państwa wskazuje, że nie tylko godził się on z dokonaniem zbrodni ludobójstwa, ale był również jednym z twórców ludobójczego planu. Wskazała ponadto na wypowiedzi innych funkcjonariuszy państwowych oraz bezpośrednich sprawców zbrodni.

W jej ocenie zatem, dostarczone dowody dały rozsądne podstawy do przyjęcia, że al-Bashir miał również zamiar ludobójczy, stanowiący jedną z przesłanek uznania czynu za zbrodnię ludobójstwa.

Prokurator odwołał się od decyzji dotyczącej wydania nakazu aresztowania co do zarzutu popełnienia zbrodni ludobójstwa do Izby Apelacyjnej.

Izba Apelacyjna w orzeczeniu z dnia 3 lutego 2010 r., po rozpatrzeniu apelacji Prokuratora, uznała, że Izba Przygotowawcza, odmawiając wydania nakazu aresztowania al-Bashira co do zarzutu ludobójstwa, zastosowała nieprawidłowy ciężar dowodu, który nie jest wymagany w postępowaniu w przedmiocie wydania nakazu aresztowania.²⁷ Z tej przyczyny Izba uchyliła orzeczenie Izby Przygotowawczej w tym zakresie, przekazując jej sprawę do ponownego rozpatrzenia, nie analizując jednak samodzielnie, czy istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że al-Bashir popełnił zbrodnię ludobójstwa.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy dotyczącej wydania nakazu aresztowania w zakresie ludobójstwa Izba Przygotowawcza, w której zasiadali sędziowie: Sylvia Steiner z Brazylii, Sanji Mmasenono Monageng z Botswany oraz Cuno Tarfusser z Włoch, wydała orzeczenie z dnia 12 lipca 2010 r., w którym stwierdziła, że jest związana oceną Izby Apelacyjnej nakazującej zastosowanie

²⁷ Publ. ICC-02/05-01/09-OA.

właściwego ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 58 Statutu.²⁸ Skoro w swoim pierwszym orzeczeniu Izba Przygotowawcza stwierdziła, że istnienie po stronie al-Bashira zamiaru ludobójczego jest jednym z kilku możliwych uzasadnień wynikających z przedstawionych przez Prokuratora dowodów, to należy uznać, że już w tym orzeczeniu w sposób pośredni stwierdzono istnienie rozsądnych podstaw do przyjęcia istnienia takiego zamiaru ludobójczego.

W ocenie Izby Przygotowawczej, istnieją również rozsądne podstawy do przyjęcia, że spełnione zostały pozostałe przesłanki warunkujące popełnienie zbrodni ludobójstwa, tzn. fakt, że ofiary popełnionych czynów należały do grupy będącej celem ludobójstwa, że ataki były częścią wyraźnego planu (*manifest pattern of similar conduct*). Trybunał stwierdził również, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że w Darfurze popełniono czyny mające charakter ludobójstwa, tj. zabójstwo, spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego (w tym przypadku poprzez tortury, gwałt i przymusowe przemieszczanie) oraz rozmyślne stworzenie dla grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie jej fizycznego zniszczenia. Trybunał powołał się przy tym na ustalenia faktyczne dokonane w pierwszym orzeczeniu, co do zbrodni przeciwko ludzkości. Z tych samych przyczyn Izba Przygotowawcza uznała, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że Omar al-Bashir ponosi odpowiedzialność karną za dokonanie wskazanych wyżej czynów jako pośredni sprawca lub pośredni współsprawca.

Sekretariat Trybunału kierując do członków Rady Bezpieczeństwa ONZ niebędących stronami Statutu nakaz aresztowania al-Bashira i żądając (*requests*) jego wykonania powołał się na rezolucję nr 1593, w tym na jej paragraf drugi zachęcający (*urges*) wszystkie państwa do pełnej współpracy z Trybunałem. Powołano się również na przepisy art. 19, 20, 57 – 60, 67, 89 i 91 Statutu, a także reguły 21, 117, 118, 119, 176, 184, 187 i 196 Reguł Procesowych i Dowodowych oraz reguły 31 i 11 Regulaminu Trybunału.

Kierując nakaz aresztowania do stron Statutu, Sekretariat przywołał dodatkowo art. 87 i 97 Statutu.

W żądaniu skierowanym do Sudanu Trybunał powołał się na treść rezolucji 1593 zobowiązującej Sudan do pełnej współpracy i do zapewnienia Trybunałowi wszelkiej niezbędnej pomocy, wskazując, że powyższe zobowiązanie ma pierwszeństwo nad wszelkimi innymi zobowiązaniami Sudanu wynikającymi z prawa międzynarodowego. Jednocześnie Trybunał zasygnalizował, że w przypadku dalszego niewypełniania nałożonych zobowiązań właściwa Izba, zgodnie z art. 87 ust. 7 Statutu będzie mogła przedstawić sprawę Radzie Bezpieczeń-

²⁸ Publ. ICC-02/05-01/09.

stwa, aby ta podjęła odpowiednie kroki przewidziane w Karcie Narodów Zjednoczonych.

Odpowiedź ze strony Sudanu była jednak jednoznaczna. Prezydent al-Bashir oświadczył, że Trybunał może „zjeść” swój nakaz aresztowania.²⁹

VI. Wątpliwości dotyczące mocy prawnej nakazu aresztowania Omara al-Bashira

Zgodnie ze Statutem Międzynarodowego Trybunału Karnego, nie jest dopuszczalne prowadzenie przed Trybunałem procesu *in absentia*³⁰. Zatem dla osądzenia Omara al-Bashira niezbędna jest jego obecność przed Trybunałem.

Istnieje kilka wariantów, w których prezydent Sudanu mógłby znaleźć się w Hadze. Po pierwsze, mógłby dobrowolnie wydać się w ręce Trybunału, co jednak wydaje się całkowicie nieprawdopodobne. Po drugie, mógłby zostać aresztowany i wydany przez władze Sudanu, co wprawdzie byłoby możliwe w przypadku powtórzenia się w Sudanie wydarzeń z Egiptu i Tunezji, trudno jednak obecnie oszacować prawdopodobieństwo takiego zdarzenia. Po trzecie, aresztowania al-Bashira mogłyby dokonać siły międzynarodowe stacjonujące w Darfurze, co z kolei wymagałoby odpowiedniego rozszerzenia ich mandatu. Wreszcie al-Bashir mógłby zostać aresztowany przez państwo trzecie w wykonaniu nakazu aresztowania wydanego przez Trybunał w czasie, kiedy znajdowałby się na terytorium tego państwa.

W przywoływanym orzeczeniu z dnia 4 marca 2009 r. w sprawie nakazu aresztowania al-Bashira Izba Przygotowawcza Trybunału stwierdziła, że fakt pełnienia przez niego funkcji głowy państwa nie ma wpływu na jurysdykcję Trybunału w niniejszej sprawie. Trybunał odwołał się po pierwsze do celów powołania MTK, wyrażonych w preambule Statutu, tj. położenie końca bezkarności sprawców najpoważniejszych zbrodni dotyczących całej wspólnoty międzynarodowej, które nie mogą pozostać nieukarane. Po drugie, odniósł się do treści art. 27 ust. 1 i 2 Statutu. Po trzecie, Trybunał uznał, że zgodnie z art. 21 Statutu³¹,

²⁹ Por. <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/sudan/4933329/Sudans-Omar-al-Bashir-says-ICC-can-eat-his-arrest-warrant.html>.

³⁰ Artykuł 63 ust. 1 Statutu MTK: Oskarżony jest obecny na rozprawie.

³¹ Artykuł 21 ust. 1 Statutu MTK: Trybunał stosuje:

- (a) w pierwszej kolejności niniejszy statut, Elementy Definicji Zbrodni, Reguły Procesowe i Dowodowe;
- (b) w drugiej kolejności odpowiednie traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z uznanymi zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych;
- (c) w razie braku (a) i (b) – ogólne zasady prawa wyinterpretowane przez Trybunał

może stosować pozostałe normy prawa międzynarodowego, jedynie wtedy, gdy przepisy ustanawiające ramy prawne Trybunału, tj. Statut, Elementy Zbrodni i Reguły Procesowe i Dowodowe, zawierają lukę, której nie można uzupełnić w drodze przyjętych reguł wykładni traktatów znajdujących się w art. 31 i 32 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów oraz art. 21 ust. 3 Statutu. Oznaczałoby to, że normy prawa międzynarodowego dotyczące immunitetów mogłyby zostać zastosowane wyłącznie przy braku odpowiedniego uregulowania tej materii w Statucie. Po czwarte, Trybunał stwierdził, że kierując sprawę do jurysdykcji Trybunału, Rada Bezpieczeństwa przyjęła niejako, że zostanie ona rozpatrzona zgodnie z reżimem prawnym obowiązującym w postępowaniu przed Trybunałem w tym z przepisami dotyczącymi immunitetów.³²

W przypadku postawionego Omarowi al-Bashirowi zarzutu ludobójstwa, oprócz tych argumentów Izby Przygotowawczej należy dodatkowo wskazać jako podstawę uchylecia immunitetu przepisy przywoływanej wcześniej Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r. Zgodnie z art. IV Konwencji, sprawca ludobójstwa winien ponieść odpowiedzialność, nawet jeśli jest konstytucyjnie odpowiedzialnym członkiem rządu (*constitutionally responsible ruler*). Zgodnie zaś z art. VI Konwencji, postępowanie powinno zostać przeprowadzone przed sądem państwa, w którym popełniono zbrodnię ludobójstwa, lub przed międzynarodowym trybunałem karnym, pod warunkiem, że państwo zaakceptowało jego jurysdykcję.

Jak wynika z orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Konwencji o ludobójstwie (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)³³, Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii mieści się w zakresie wskazanym w art. VI Konwencji, ponieważ stworzony został na

z praw krajowych różnych systemów prawnych świata, a we właściwych przypadkach – włącznie z prawem krajowym państw, które same wykonywałyby jurysdykcję w stosunku do danej zbrodni, o ile zasady te nie są niezgodne z niniejszym statutem, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i standardami.

Art. 21 ust. 3: Stosowanie i interpretacja prawa na podstawie niniejszego artykułu muszą być zgodne z uznanymi przez społeczność międzynarodową prawami człowieka i pozbawione jakiegokolwiek negatywnego różnicowania opartego na podstawach takich jak płeć (gender) w rozumieniu artykułu 7 ust. 3, wiek, rasa, kolor skóry, język, religia lub wierzenia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe, etniczne lub społeczne, majątek, urodzenie lub inny status.

³² Por. D. Akande, *The Bashir Indictment: Are Heads of State Immune From ICC Prosecution?* Oxford Transitional Justice Research Working Paper, s. 3, dostępny na stronie: <http://www.csls.ox.ac.uk/documents/Akande.pdf>.

³³ Sprawa zastosowania konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina v. Serbia i Czarnogóra, dostępne na stronie: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>).

mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, wydanej zgodnie z postanowieniami rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, a więc uznanie jego jurysdykcji przez Serbię wynika z przyjęcia przez nią Karty. Podobna argumentacja, jak ocenia D. Akande³⁴ może zostać przyjęta w stosunku do Sudanu i Międzynarodowego Trybunału Karnego w związku z treścią rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1593, przyjętej właśnie na podstawie rozdziału VII Karty.

Wszystkie przedstawione argumenty mogą jednak okazać się niewystarczające dla uznania, że państwa, do których skierowany został nakaz aresztowania, zobowiązane są do jego wykonania.

W przypadku Sudanu, a więc państwa zobowiązanego przez Radę Bezpieczeństwa rezolucją nr 1593 do pełnej współpracy z Trybunałem, a jednocześnie państwa, którego Omar al-Bashir jest obywatelem i w którym przebywa, wykonanie nakazu aresztowania wydaje się całkowicie nieprawdopodobne, przynajmniej dopóki al-Bashir sprawuje w tym państwie władzę.

Zdaniem G. Sluitera, zawarte w rezolucji 1593 sformułowanie zobowiązujące Sudan do pełnej współpracy z Trybunałem nie rozwiewa wątpliwości co do charakteru tej współpracy.³⁵ Nie jest bowiem jasne, czy Rada Bezpieczeństwa zażądała podobnego poziomu współpracy jak w przypadku trybunałów *ad hoc*, czy też zobowiązała Sudan jedynie do podporządkowania się postanowieniom Statutu MTK. W rezolucji nie zawarto również zobowiązania Sudanu do dostosowania systemu prawa krajowego umożliwiającego realizację płynących z rezolucji zobowiązań, choć podobne rozwiązanie zastosowano np. w rezolucji ustanawiającej Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii.

Tymczasem, zgodnie z art. 89 ust. 1 Statutu, wydanie odbywa się według procedury krajowej.³⁶ A zatem to sudańskie przepisy decydować będą o realizacji nakazu aresztowania al-Bashira. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której prawo krajowe uniemożliwi realizację nakazu aresztowania. Biorąc pod uwagę brak zobowiązania Sudanu przez Radę Bezpieczeństwa do dostosowania systemu prawa krajowego w celu umożliwienia pełnej współpracy z Trybunałem, powyższe jest pierwszą poważną przeszkodą dla wydania al-Bashira przez Sudan (gdyby taki wariant był jakkolwiek przez władze sudańskie rozważany).

³⁴ D. Akande, op. cit., s. 3.

³⁵ G. Sluiter, *Obtaining Cooperation from Sudan – Where is the Law?*, „Journal of International Criminal Justice”, vol. 6, 2008, s. 876

³⁶ Artykuł 89 ust. 1 Statutu MTK: Trybunał może przekazać wniosek o aresztowanie i dostarczenie osoby uzupełniony uzasadniającymi wniosek materiałami, o których mowa w artykule 91, jakiegokolwiek państwu, na terytorium którego ta osoba może się znajdować, i domagać się współpracy tego państwa w aresztowaniu i dostarczeniu takiej osoby. Państwa-Strony wykonują wnioski o aresztowanie i dostarczenie osób w oparciu o postanowienia niniejszej części i procedury przewidziane w ich prawie krajowym.

Dodatkowo art. 91 ust. 2 lit. c) Statutu zobowiązuje Trybunał do poparcia nakazu aresztowania odpowiednim materiałem dowodowym, którego ocena należy do państwa wydającego³⁷. Kwestionowanie dostarczonych materiałów stanowić może kolejny argument dla władz sudańskich, gdyby te chciały wdawać się z Trybunałem w spór dotyczący nakazu aresztowania.

Wreszcie Sudan mógłby zastosować art. 59 Statutu.³⁸ Przykładowo, powołując się na brutalność sudańskiej policji, sąd tego kraju mógłby nakazać zwolnienie al-Bashira. Decyzja ta pozostałaby zaś całkowicie poza kontrolą Trybunału.

Warto jednak pamiętać, że sytuacja Sudanu jest o tyle jasna, że zobowiązanie Sudanu do współpracy z Trybunałem ma swoje oparcie w treści art. 87 ust. 5 Statutu³⁹. W przypadku dalszego niewywiązywania się ze wskazanego zobowiązania do współpracy, Trybunał będzie mógł po dokonaniu analizy sytuacji, przekazać sprawę Radzie Bezpieczeństwa, która, zgodnie z art. 41 i 42 Karty, w celu zapewnienia realizacji swoich decyzji będzie mogła zastosować środki o charakterze niemilitarnym, a następnie również o charakterze militarnym.⁴⁰

³⁷ Artykuł 91 ust. 2 Statutu MTK: W przypadku wniosku o aresztowanie i dostarczenie osoby, wobec której został wydany nakaz aresztowania przez Izbę Przygotowawczą na podstawie artykułu 58, wniosek powinien zawierać lub być poparty przez:

(a) informacje zawierające opis osoby poszukiwanej, w sposób pozwalający na jej identyfikację, oraz informacje dotyczące jej przypuszczalnego miejsca pobytu;

(b) kopię nakazu aresztowania;

(c) dokumenty, oświadczenia oraz informacje, które mogą być konieczne dla spełnienia wymagań procedury dostarczania przewidzianej w Państwie wezwanym, z zastrzeżeniem, że wymagania te nie powinny być bardziej uciążliwe niż te, które stosuje się do wniosków ekstradycyjnych na podstawie traktatów lub porozumień pomiędzy Państwem wezwanym i innymi państwami, oraz powinny być, na ile to możliwe, mniej uciążliwe, biorąc pod uwagę odmienny charakter Trybunału.

³⁸ Artykuł 59 ust. 2 Statutu MTK: Osoba aresztowana powinna zostać niezwłocznie postawiona przed właściwym organem sądowym w Państwie aresztującym, który zgodnie z prawem tego państwa powinien ustalić, czy:

(a) nakaz dotyczy tej osoby;

(b) osoba ta została aresztowana zgodnie z odpowiednią procedurą; i

(c) prawa tej osoby były przestrzegane.

³⁹ Artykuł 87 ust. 5 Statutu MTK:

(a) Trybunał może zwrócić się z prośbą do państwa niebędącego stroną niniejszego statutu o udzielenie pomocy prawnej na podstawie niniejszej części w oparciu o porozumienie ad hoc, umowę zawartą z tym państwem lub na innej właściwej podstawie.

(b) Jeżeli państwo niebędące stroną niniejszego statutu, które zawarło porozumienie ad hoc lub umowę z Trybunałem, nie dopełnia obowiązku współpracy przewidzianego w zawartym porozumieniu lub umowie, Trybunał może zawiadomić o tym Zgromadzenie Państw-Stron lub Radę Bezpieczeństwa, w przypadku gdy ta przedstawiła sprawę Trybunałowi.

⁴⁰ Artykuł 41 Karty NZ: Rada Bezpieczeństwa jest władna uchwalić, jakie zarządzenia, nie pociągające za sobą użycia siły zbrojnej, powinny być zastosowane, żeby zapewnić skuteczność jej decyzjom, oraz może zwrócić się do członków Narodów Zjedno-

Kolejny problem dotyczy wykonania nakazu aresztowania przez pozostałe państwa, zarówno będące stronami Statutu, jak i państwa niebędące jego stronami. Jest to zagadnienie o tyle donioślejsze, że próba dokonania aresztowania prezydenta Sudanu w czasie podróży zagranicznej wydaje się być zdecydowanie bardziej prawdopodobna niż jego aresztowanie na terytorium Sudanu.

Zdaniem P. Gaety, wprowadzie nakaz aresztowania został wydany przez Trybunał na podstawie przepisów jego Statutu, to jednak państwa nie są zobligowane do respektowania wydanego nakazu aresztowania i dostarczenia, gdyż nie jest on zgodny z art. 98 ust. 1 Statutu MTK.⁴¹ Zgodnie z art. 98 ust. 1 Statutu MTK, Trybunał nie może postawić państwa-strony w sytuacji, w której zmuszone byłoby ono do złamania swoich zobowiązań międzynarodowych w zakresie immunitetów wobec państwa trzeciego (niebędącego stroną statutu). Tymczasem Międzynarodowy Trybunał Karny nie uzyskał ze strony Sudanu zrzeczenia się immunitetu dla al-Bashira.

Przyjęcie takiego założenia wiązałoby się z uznaniem, że każde państwo, z wyjątkiem Sudanu, realizując wydany nakaz naruszałoby obowiązujące normy prawa międzynarodowego w zakresie immunitetu urzędującej głowy państwa. Jak zauważa P. Gaeta, czym innym jest uznanie, że sąd międzynarodowy nie jest związany immunitetami mającymi swe źródło w prawie międzynarodowym, a zatem może poddać swej jurysdykcji osoby posiadające taki immunitet oraz wydać nakaz ich aresztowania, czym innym jest natomiast uznanie, że w związku z powyższym faktem, państwa mają prawo w wykonaniu takiego nakazu nie uczynić zadość obowiązującym je w tym zakresie normom prawa międzynarodowego. Sam fakt braku zdolności Trybunału do wykonywania swoich postanowień nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania, że państwa mogą postępować w dowolny sposób w wykonaniu tychże postanowień.⁴²

czonych z żądaniem zastosowania takich zarządzeń. Mogą one polegać na zupełnym lub częściowym przerwaniu stosunków gospodarczych i środków komunikacyjnych, kolejowych, morskich, powietrznych, pocztowych, telegraficznych, radiowych i innych, oraz na zerwaniu stosunków dyplomatycznych.

art. 42 Karty NZ: Jeżeli Rada Bezpieczeństwa uzna, że środki przewidziane w artykule 41 mogłyby okazać się niewystarczającymi albo już okazały się niewystarczającymi, jest ona władna podjąć taką akcję przy pomocy sił powietrznych, morskich lub lądowych, jaka mogłaby okazać się konieczną do utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Akcja taka może polegać na demonstracjach, blokadzie i innych operacjach sił zbrojnych powietrznych, morskich lub lądowych członków Narodów Zjednoczonych.

⁴¹ P. Gaeta, *Does President Al Bashir enjoy immunity from arrest?* „Journal of International Criminal Justice”, vol. 7, nr 2, 2009, s. 329.

⁴² *Ibidem.*, s. 325.

Niewątpliwie art. 27 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego jest wiążący wyłącznie w stosunku do obywateli państw-stron. Byłby on wiążący dla pozostałych państw jedynie w sytuacji, gdyby stanowił jednocześnie odzwierciedlenie obowiązującej w tym zakresie normy zwyczajowego prawa międzynarodowego. Zdaniem P. Gaety, zgodzić należy się w tym zakresie z Trybunałem, że nie jest on związany immunitetem personalnym al-Bashira, z tego jednak względu, że art. 27 Statutu stanowi wyraz normy zwyczajowego prawa międzynarodowego.⁴³ Natomiast sam fakt sposobu przedstawienia sprawy Darfuru Trybunałowi, tj. na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa, pozostaje jej zdaniem bez wpływu na zakres obowiązywania immunitetów.

W przypadku trybunałów ustanowionych na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ wydanych na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, jak np. Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii, można przyjąć, że art. 103 Karty stanowić będzie dla państw wystarczającą podstawę prawną do działania wbrew zobowiązaniom międzynarodowym wynikającym z uznawania immunitetów.

Żaden z przepisów Statutu, jak podkreśla P. Gaeta⁴⁴, nie upoważnia do przyjęcia, że skierowanie sprawy do rozpatrzenia Trybunałowi na mocy Rezolucji 1593 Rady Bezpieczeństwa czyni z Trybunału niejako organ Rady, a co za tym idzie zobowiązuje państwa do podporządkowania się jego decyzjom w taki sam sposób, w jaki podporządkowane byłyby one decyzjom Rady (tak jak ma to miejsce w przypadku trybunałów: jugosłowiańskiego i rwandyjskiego). Rezolucja 1593 Rady Bezpieczeństwa nakazuje współpracę z Trybunałem jedynie Sudanowi i stronom konfliktu w Darfurze, jedynie zachęcając (*urges*) do współpracy pozostałych członków ONZ.

Zdaniem P. Gaety, nie można zgodzić się z twierdzeniem, że działanie państwa zgodnie z takim zaleceniem Rady, stanowiące jednocześnie złamanie zobowiązań międzynarodowych dotyczących immunitetów, zwalniałoby to państwo od odpowiedzialności międzynarodowej.⁴⁵

Charakter prawny art. 27 ust. 2 Statutu MTK, jako części umowy międzynarodowej wiążącej jedynie strony tej umowy, podkreśliły S. Williams i L. Sherif, stwierdzając, że w ich ocenie, przepis ten stanowi wyłącznie wyraz zrzeczenia się immunitetu przez państwa-strony, nie oznacza natomiast, że Trybunał może ignorować immunitet przysługujący funkcjonariuszom państw niebędących stronami Statutu.⁴⁶ Skoro bowiem państwa, działając pojedynczo nie mogą pozbawić

⁴³ Ibidem., s. 324.

⁴⁴ Ibidem., s. 330.

⁴⁵ Ibidem., s. 332.

⁴⁶ S. Williams, L. Sherif, *The arrest warrant for President al-Bashir: immunities of*

immunitetu urzędującej głowy innego państwa, to nie mogą tego również uczynić działając wspólnie poprzez ustanowiony w drodze umowy trybunał międzynarodowy, którego dane państwo nie jest stroną.

Wydaje się jednak, że przyjęcie tezy, zgodnie z którą prawne możliwości wyegzekwowania wydanego nakazu aresztowania są w praktyce bliskie zeru, jest zbyt daleko idące. Doprowadziłoby to bowiem do praktycznego pozbawienia mocy prawnej zarówno Trybunału, jak i Rady Bezpieczeństwa, działającej przecież na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. D. Akande stwierdza, że wprowadzie Trybunał, wydając nakaz aresztowania al-Bashira, powinien odnieść się do postanowień art. 98 Statutu MTK, przy czym niezrozumiałe jest, iż tego nie uczynił,⁴⁷ to jednak postanowienia art. 27 Statutu muszą zostać w pełni zastosowane przez państwa-strony, gdyż w przeciwnym przypadku przepis ten stałby się w dużej mierze przepisem martwym, z tego przede wszystkim powodu, że Trybunał nie ma własnych środków do dokonywania aresztowań. A zatem art. 27 miałby zastosowanie wyłącznie w mało prawdopodobnej sytuacji dobrowolnego oddania się głowy państwa w ręce Trybunału. D. Akande podkreśla zasadniczą różnicę pomiędzy immunitetem personalnym przysługującym najwyższym funkcjonariuszom państwa będącego i niebędącego stroną Statutu. W tym rozróżnieniu upatruje źródła pozornej sprzeczności pomiędzy art. 27 a art. 98 Statutu. Zatem art. 27 miałby zastosowanie do wszystkich wymienionych w nim osób, będących funkcjonariuszami państw-stron Statutu. Jest to o tyle zrozumiałe, że jak wspomniałem wyżej, państwo ma uprawnienie do zrzeczenia się immunitetu swoich funkcjonariuszy – zarówno immunitetu materialnego, jak i proceduralnego. Można więc przyjąć, że państwa dokonały takiego zrzeczenia, stając się stronami Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego.

W zupełnie innej sytuacji prawnej znajduje się natomiast Sudan, który nie został stroną Statutu MTK. W tym przypadku należy uznać, że zrzeczenie się przez to państwo immunitetu wynika z wiążącego charakteru rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ. D. Akande zauważa, że rezolucja nakazująca Sudanowi podporządkowanie się decyzjom Trybunału, przy założeniu, że Trybunał działa i musi działać w zgodzie z własnym Statutem, pośrednio nakłada na Sudan obowiązek respektowania przepisów Statutu, w tym art. 27⁴⁸. Sudan staje się zatem niejako quasi-stroną Statutu, na mocy rezolucji 1593, a więc państwa-strony mają

incumbent heads of state and the International Criminal Court, „Journal of Conflict and Security Law”, vol. 14, nr 1, 2009, s. 78.

⁴⁷ D. Akande, *The legal nature of Security Council referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities*, „Journal of International Criminal Justice”, vol. 7, nr 2, 2009, s. 337

⁴⁸ Ibidem., s. 342

obowiązek wykonania nakazu aresztowania al-Bashira, gdyż nie zostaje spełniona przesłanka wskazana w art. 98 Statutu, który przecież ma zastosowanie wyłącznie do funkcjonariuszy państw niebędących stronami Statutu. Przyjęcie powyższej argumentacji oznaczałoby natomiast, że państwa niebędące stronami Statutu MTK nie mają obowiązku, w świetle rezolucji 1593, do wykonania nakazu aresztowania wydanego przez Izbę Przygotowawczą Trybunału. Skoro jednak na mocy rezolucji doszło do poddania Sudanu reżimowi prawnemu art. 27 Statutu, a zatem do zniesienia immunitetu dla głowy tego państwa, to państwa niebędące stronami Statutu mogą (choć nie są do tego zobowiązane), powołując się na rezolucję, wykonać nakaz aresztowania z powołaniem na art. 27 Statutu.

Dla poparcia tej tezy warto przywołać orzeczenie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Namibii⁴⁹, w którym Trybunał stwierdził, że:

„Kiedy Rada Bezpieczeństwa podejmuje decyzję na podstawie art. 25 zgodnie z przepisami Karty, państwa członkowskie zobligowane są do podporządkowania się tej decyzji, dotyczy to również członków Rady Bezpieczeństwa, którzy głosowali przeciwko tej decyzji oraz tych państw członkowskich Organizacji Narodów Zjednoczonych, które nie wchodzi w skład Rady Bezpieczeństwa. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby pozbawienie tego naczelnego organu jego kluczowych funkcji i władzy przyznanej postanowieniami Karty.”⁵⁰

Stwierdzić trzeba jednocześnie, że wszystkie powyższe rozważania nie odnoszą się do immunitetu przynależnego przedstawicielom państwa, w tym przypadku Sudanu, przy Organizacji Narodów Zjednoczonych. Immunitety te są bowiem regulowane przepisami Karty (art. 105)⁵¹, a zatem nie mogą zostać zniesione na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Dlatego, gdyby prezydent al-Bashir zdecydował się reprezentować swoje państwo na posiedzeniu Zgromadzenia Ogólnego ONZ w Nowym Jorku, to po pierwsze Stany Zjednoczone nie mogłyby odmówić mu wpuszczenia na swoje terytorium (zgodnie z postanowieniami umowy o siedzibie pomiędzy ONZ a USA), a po drugie nadal byłby on chroniony immunitetem, a więc nie mógłby zostać aresztowany.

Dodać w tym miejscu można, że w rezolucji 1593, przedstawiającej sprawę Darfuru Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu, na życzenie Stanów Zjed-

⁴⁹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16

⁵⁰ Tłumaczenie własne.

⁵¹ Art. 105 Karty NZ: ust. 1 Organizacji przysługiwać będą na terytorium każdego z jej członków takie przywileje i immunitety, jakie są konieczne do osiągnięcia jej celów. ust. 2. Przedstawicielom członków Narodów Zjednoczonych i funkcjonariuszom Organizacji będą również przysługiwały takie przywileje i immunitety, jakie są konieczne do niezależnego wykonywania ich funkcji związanych z Organizacją.

noczonych zawarto klauzulę, zgodnie z którą obywatele państw niebędących stronami Statutu MTK (z wyjątkiem Sudanu), działający w Sudanie zgodnie z autoryzacją Rady Bezpieczeństwa lub Unii Afrykańskiej, poddani są wyłącznej jurysdykcji swojego państwa wysyłającego, chyba że państwo to w sposób wyraźny zrzeknie się tej jurysdykcji. Klauzula ta miała w założeniu chronić obywateli amerykańskich działających w Sudanie. Zdaniem M. Ssenyonjo, powyższa klauzula może prowadzić do oskarżeń o prowadzenie postępowań prokuratorskich w sposób dyskryminujący obywateli niektórych państw.⁵²

VII. Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym w sprawie Muammara al-Kaddafiego i skutki prawne wydania nakazu jego aresztowania

Sytuacja w Libii od dnia 15 lutego 2011 r. została przedstawiona Prokuratorowi Międzynarodowego Trybunału Karnego przez Radę Bezpieczeństwa ONZ na mocy rezolucji 1970 z dnia 26 lutego 2011 r., wydanej na podstawie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. Rada Bezpieczeństwa w pkt 5 rezolucji nakazała Libii pełną współpracę z Trybunałem i, podobnie jak miało to miejsce w przypadku rezolucji darfurskiej, zachęciła (*urges*) wszystkie państwa i zainteresowane organizacje międzynarodowe do współpracy z Trybunałem. W punkcie 6 rezolucji zawarto klauzulę, zgodnie z którą obywatele państw niebędących stronami Statutu MTK (z wyjątkiem Libii), działający w Libii zgodnie z autoryzacją Rady Bezpieczeństwa, poddani są wyłącznej jurysdykcji swojego państwa wysyłającego, chyba że państwo to w sposób wyraźny zrzeknie się tej jurysdykcji.

W dniu 4 marca 2011 r. Prezydium Trybunału przekazało sytuację w Libii do Izby Przygotowawczej. Natomiast w dniu 16 maja 2011 r. Prokurator wystąpił, na podstawie art. 58 Statutu MTK, z wnioskiem o wydanie nakazu aresztowania Muammara al-Kaddafiego, jego syna Saifa al-Islam Kaddafiego oraz Abdullaha al-Senussiego⁵³, zarzucając im odpowiedzialność za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości polegających na prześladowaniu z powodów politycznych oraz zabójstwie w okresie od 15 lutego 2011 r. Powyższe zbrodnie miały zostać popełnione przez libijskie siły bezpieczeństwa realizujące stworzony i implemmentowany przez Kaddafiego plan mający na celu likwidację sprzeciwu wobec

⁵² M. Ssenyonjo, *The International Criminal Court and the warrant of arrest for Sudan' President Al-Bashir: a crucial step towards challenging impunity or a political decision?*, „Nordic Journal of International Law“ vol. 78, nr 3, 2009, s. 403.

⁵³ Publ. ICC-01/11-4-Red.

jego absolutnych rządów poprzez zabójstwa i inne akty prześladowania. Czyńny te były popełnione w ramach rozległego i systematycznego ataku przeciwko ludności cywilnej, w tym w szczególności przeciwko demonstrantom i osobom uznanym za opozycjonistów. W ocenie Prokuratora zgromadzony materiał dowodowy daje rozsądne podstawy do przyjęcia, że m.in. Muammar al-Kaddafi popełnił zbrodnie przeciwko ludzkości określone w art. 7 ust. 1 lit. a) i lit. h), przy czym ponosi on odpowiedzialność karną za sprawstwo pośrednie.

W dniu 27 czerwca 2011 r. Izba Przygotowawcza, w której zasiadali sędziowie: Przewodniczący – Sanji Mmasenono Monageng oraz Sylvia Steiner i Cuno Tarfusser, wydała nakaz aresztowania Muammara al-Kaddafiego, będącego głównodowodzącym libijskich sił zbrojnych i noszącego tytuł “Przywódca Rewolucji” i w związku z tym będącego faktycznie głową państwa libijskiego.⁵⁴ W uzasadnieniu orzeczenia dotyczącego wniosku Prokuratora o wydanie nakazu aresztowania⁵⁵ Izba Przygotowawcza, powołując się na orzeczenie w sprawie al-Bashira, stwierdziła, że oficjalne stanowisko zajmowane przez oskarżonego, niezależnie od tego, czy jest obywatelem państwa będącego lub niebędącego stroną Statutu MTK, nie ma wpływu na jurysdykcję Trybunału.

Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że Muammar al-Kaddafi choć nie posiada żadnego oficjalnego tytułu, może zostać uznany *de facto* za głowę państwa, uznawaną i niekwestionowaną na forum wewnętrznym i zewnętrznym.

Dokonawszy analizy zgromadzonego przez Prokuratora materiału dowodowego, Trybunał uznał, że istnieją rozsądne podstawy do przyjęcia, że Muammar al-Kaddafi ponosi odpowiedzialność jako pośredni sprawca za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości polegających na morderstwie i prześladowaniu z przyczyn politycznych. W ocenie Trybunału, w sprawie spełnione zostały również pozytywne przesłanki wydania nakazu aresztowania określone w art. 58 ust. 1 lit. b) Statutu.

Izba Przygotowawcza nakazała Sekretarzowi Trybunału przygotowanie niezbędnych dokumentów w celu zwrócenia się z żądaniem aresztowania i dostarczenia al-Kaddafiego. Żądanie takie miało być doręczone odpowiednim władzom libijskim, wszystkim państwom-stronom Statutu MTK, wszystkim państwom sąsiadującym z Libią oraz wszystkim członkom Rady Bezpieczeństwa ONZ niebędącym stronami Statutu. Sekretarz ma również w razie potrzeby przygotować dodatkowy nakaz aresztowania i dostarczenia, gdyby okazało się to konieczne do aresztowania i dostarczenia al-Kaddafiego.

⁵⁴ Publ. ICC-01/11-13.

⁵⁵ Publ. ICC-01/11-12.

Następnie w dniu 22 listopada 2011 r. Izba Przygotowawcza Trybunału podjęła decyzję o umorzeniu postępowania przeciwko Muammarowi al-Kaddafiemu⁵⁶. W orzeczeniu powołano się na wniosek Prokuratora o wycofanie nakazu aresztowania Kaddafiego oraz na fakt dostarczenia Trybunałowi w dniu 10 listopada 2011 r. jego aktu zgonu. Jako podstawę umorzenia Trybunał wskazał art. 25 ust. 1 oraz art. 58 ust. 4 Statutu⁵⁷. Jednocześnie Izba Przygotowawcza nakazała Sekretarzowi Trybunału powiadomienie o umorzeniu postępowania Radę Bezpieczeństwa ONZ oraz państwa, do których Trybunał wystąpił z żądaniem współpracy w związku z nakazem aresztowania Kaddafiego.

Należy zauważyć, że skutki prawne wydanego nakazu aresztowania Muammara al-Kaddafiego byłyby podobne jak zostało to omówione wyżej w sprawie Omara al-Bashira.⁵⁸ Przede wszystkim Libia nie jest stroną Statutu MTK, jednak sytuacja w tym kraju przekazana została Trybunałowi na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa, działającej na podstawie Rozdziału VII Karty. Rezolucja 1970 została zaś sformułowana w sposób zbliżony do rezolucji 1593.

VIII. Podsumowanie

Rada Bezpieczeństwa ONZ, przedstawiając Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu sytuację w Darfurze, a także sytuację w Libii, uznała, że wszczęcie postępowania karnego przez tę instytucję międzynarodową będzie odpowiednim środkiem do ograniczenia występującego w tych regionach zagrożenia pokoju i bezpieczeństwa. Niewątpliwie przedstawienie tych spraw Trybunałowi było aktem o szczególnym znaczeniu, zwłaszcza w kontekście dotychczasowej niechęci Stanów Zjednoczonych do Trybunału. Nie było to działanie o charakterze wyłącznie pokazowym czy politycznym, lecz miało na celu wywołanie określonych skutków prawnych. Jedną z konsekwencji rezolucji stało się wydanie przez Trybunał nakazu aresztowania urzędującego prezydenta Sudanu.

⁵⁶ Publ. ICC-01/11-01/11.

⁵⁷ Art. 25 ust. 1 Statutu MTK: Jurysdykcja Trybunału określona statutem ma zastosowanie do osób fizycznych.

art. 58 ust. 4 Statutu MTK: Nakaz aresztowania pozostaje w mocy aż do wydania przez Trybunał odmiennej decyzji.

⁵⁸ Pomijam w tym miejscu pojawiające się w doktrynie wątpliwości dotyczące pełnionej przez Kaddafiego funkcji w państwie. Szerzej na ten temat, por. S. Zappalà, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation*, „European Journal of International Law”, vol. 12, nr 3, 2001, ss. 595–612

Nakaz aresztowania Omara al-Bashira wywołał wśród przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego spory dotyczące jego skutków prawnych w odniesieniu do Sudanu, państw-stron Statutu Trybunału oraz państw niebędących stronami Statutu. Powyższe niejasności wynikają przede wszystkim ze złożonej relacji pomiędzy przepisami art. 27 oraz 98 ust. 1 Statutu MTK. Do chwili obecnej spór doktrynalny nie został jeszcze urzeczywistniony w praktyce, gdyż nie doszło do próby aresztowania al-Bashira. Jednak deklaracje rozmaitych państw wskazują, że nie są one jednoznacznie przekonane o bezwzględnej mocy prawnej wydanego nakazu.⁵⁹ Powyższe oznaczać mogło również znaczące problemy w egzekucji wydanego w dniu 27 czerwca 2011 r. nakazu aresztowania głowy państwa libijskiego.

Wydaje się, że najprostszym sposobem rozwiązania tego problemu, byłoby wydanie przez Radę Bezpieczeństwa rezolucji, uzupełniającej niejako rezolucje nr 1593 oraz 1970, zobowiązującą wszystkie państwa członkowskie Organizacji Narodów Zjednoczonych do pełnej współpracy z Trybunałem we wskazanych w nich sprawach bez względu na pozostałe zobowiązania prawa międzynarodowego.

Postuluje się również ewentualną zmianę art. 98 Statutu w ten sposób, by w przypadku przedstawienia Trybunałowi sprawy przez Radę Bezpieczeństwa wszystkie państwa zobowiązane były do współpracy z Trybunałem niezależnie od tego, czy są one stronami Statutu. Rozwiązanie takie upodobniłoby kompetencje Międzynarodowego Trybunału Karnego w sprawach powierzonych przez Radę do kompetencji Trybunałów *ad hoc*.

Pozostaje czekać na pierwsze decyzje państw związane z nakazem aresztowania Omara al-Bashira⁶⁰, mając jednocześnie nadzieję, że wskazane w tym artykule wątpliwości nie uniemożliwią wymierzenia sprawiedliwości odpowiedzialnym za popełnienie najcięższych zbrodni prawa międzynarodowego i nie sprawią, że kompetencje Międzynarodowego Trybunału Karnego w tych sprawach pozostaną iluzoryczne.

⁵⁹ Por. *Catch me if you can*, „The Economist”, 28 marca 2009 r.

⁶⁰ W dniach 12 i 13 grudnia 2011 r. Izba Przygotowawcza Trybunału poinformowała Radę Bezpieczeństwa ONZ oraz Zgromadzenie Państw-Stron o braku współpracy odpowiednio Malawi i Czadu w aresztowaniu i wydaniu Omara al-Bashira w czasie jego wizyt w tych państwach.

PRESIDENT BEFORE THE COURT? A LEGAL ANALYSIS OF THE IMPLICATIONS OF THE ISSUANCE BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT OF AN ARREST WARRANT FOR OMAR AL-BASHIR AND MUAMMAR AL-GADDAFI

One of the most frightening aspects of the crime of genocide, war crimes or crimes against humanity is not so much their scale as their relationship with the sovereign power of the state, which either condone, or even participate in their making. It happens when the theoretically unlimited sovereign state power, which is connected with a monopoly on the use of coercive measures, begins to be used against its own citizens. Because of such a misuse of the state functions in the second half of the 20th century international law began to be treated as an element of protection of innocent people against the unpredictable sovereign state. Providing such a protection is enshrined in the international conventions, and in the activities of various international bodies, including in particular the Security Council of the United Nations.

But so far there has not been found in the international law an ideal way to solve the conflict between the need to protect fundamental individual rights and the respect of sovereignty of the state. Creation by an international treaty of the International Criminal Court can be described as a major step on the way to the final determination of the relationship between human rights and state sovereignty. Hence, the process of its creation and first years of operation was marked by a dispute between the defenders of those values. In particular this is reflected in a controversy that caused the issuing by the Court of the arrest warrant for the Sudanese President Omar al-Bashir, suspected of committing on the territory of Darfur war crimes, crimes against humanity and genocide.

One of the key issues emerging in connection with the Arrest Warrant issued for the head of state is a way to determine the mutual relationship between the obligations of states towards the international court, appointed for the purpose to prevent the gravest international crimes remaining unpunished, and the norms of international law obligating respect for the state sovereignty, by ensuring the immunity of his head is being observed. This article is an attempt to analyze this relationship, regarding the provisions of the Statute of the International Criminal Court, the wording of Security Council Resolution 1593, referring to the Court situation in Darfur and the Security Council Resolution 1970 referring to the Court situation in Libya, and also appropriate rules of customary international law and decisions of international courts.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Ewa Marcisz ■

KONSTYTUCYJNA REGULACJA DOSTĘPU DO ŚWIADCZEŃ OPIEKI ZDROWOTNEJ

1. Wstęp

Problematyka ochrony zdrowia wydaje się stanowić nie lada wyzwanie dla polskiej doktryny prawa. Świadczy o tym choćby fakt, że art. 68 Konstytucji nie doczekał się dotąd w piśmiennictwie pogłębionej analizy¹. Na stan taki wpływają niewątpliwie dwie okoliczności. Po pierwsze, podobnie jak prawo do ochrony życia, prawo do ochrony zdrowia dotyczy najcenniejszej dla człowieka wartości, która wymyka się formalnym kategoriom języka prawniczego. Po drugie zaś, wszelkie zagadnienia z zakresu ochrony zdrowia stanowią w Polsce bardzo drażliwy społecznie temat. Kolejne regulacje stają się przedmiotem dysput i komentarzy o charakterze raczej publicystycznym a nie prawnym.

Jednym z istotniejszych komponentów prawa do ochrony zdrowia pozostaje dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej. Niniejsze opracowanie koncentruje się właśnie na interpretacji art. 68 ust. 2 Konstytucji, zwracając w szczególności uwagę na wątpliwości powstające w tym zakresie na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego.

II. Miejsce prawa do ochrony zdrowia w systematyce Konstytucji

Prawo do ochrony zdrowia zostało zagwarantowane w podrozdziale Konstytucji zatytułowanym *Prawa i wolności ekonomiczne, socjalne i kulturalne*. W orzecznictwie zalicza się je zwykle do grupy praw socjalnych *sensu stricto*,

¹ J. Jończyk, *Wybrane problemy ochrony zdrowia (po wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 14/03)*, „Prawo i Medycyna” 1/2004, s. 10.

czyli takich, których przedmiotem są określone świadczenia ze strony władz publicznych². Taka kwalifikacja w żadnej mierze nie oddaje jednak znaczenia art. 68. Słusznie wskazuje się bowiem, że prawo do ochrony zdrowia to „także jedno z podstawowych praw jednostki ściśle związane z prawem do życia i godnością człowieka, a treść art. 68 ma szerokie i różnorodne konsekwencje dla ustawodawstwa”³. Ze stanowiskiem takim można spotkać się również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który uznaje, że „Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka”⁴. Podkreślając silny związek ochrony zdrowia z właśnie ochroną życia człowieka wskazuje się ponadto niekiedy, że art. 68 ust. 1 powinien być interpretowany w związku z art. 38 Konstytucji statuującym, że *Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia*⁵. Podobnie jak w przypadku prawa do ochrony życia, stwierdza się również, że ochrona zdrowia jest podstawowym warunkiem korzystania ze wszystkich praw i wolności w ogóle⁶.

W końcu, wykazując, iż normę prawną statuującą prawo do ochrony zdrowia cechuje nadrzędność, zarówno hierarchiczna jak i treściowa, oraz szczególna doniosłość społeczna, uznaje się ją za zasadą prawną⁷.

III. Art. 68 ust. 1

Wydaje się, że dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej został zagwarantowany już w ust. 1 art. 68 Konstytucji, stanowiącym, że *Każdy ma prawo do ochrony zdrowia*. Ust. 2 art. 68 reguluje natomiast podstawowe zasady na jakich ten dostęp jest obywatelom zapewniany.

W doktrynie i orzecznictwie zwykle ostrożnie formułuje się jednak opinie co do rzeczywistego znaczenia regulacji ust. 1 art. 68. Podkreśla się przede wszystkim, że treść ust. 1 nie daje podstaw do formułowania wniosku, że dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej musi być bezpłatny⁸.

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2004 r., K 54/02, OTK-A 2004/2/10.

³ K. Eckhardt, *Prawo do ochrony zdrowia. Zagadnienia wybrane*, „Prawa Człowieka”. Humanistyczne Zeszyty Naukowe 10/2006, s. 75.

⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

⁵ A. Zoll, *Problemy służby zdrowia w świetle doświadczeń RPO*, „Prawo i Medycyna”, 8/2000, s. 8.

⁶ A. Ostrzyżek, *Prawo do ochrony zdrowia w świetle artykułu 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, „Prawo i Medycyna”, 4/2005, s. 65.

⁷ P. Brzeźniński, *Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia w świetle derywacyjnej koncepcji wykładni*, „Ruch Prawniczy”, „Ekonomiczny i Socjologiczny” 1/2011, s. 49.

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 10 grud-

Nadto, można spotkać się z poglądem niejako całkowicie deprecjonującym znaczenie art. 68 ust. 1 i uznającym, że wspomniany przepis zawiera wyłącznie normę programową, „tj. taką, która nakazuje realizację określonego celu i skierowana jest do władzy publicznej bez wskazania, jak konkretnie kształtuje się sytuacja prawna obywatela, w stosunku do którego cel ma być osiągnięty”⁹. Konsekwencją takiej kwalifikacji prawnej jest odrzucenie możliwości bezpośredniego użycia art. 68 ust. 1 w procesie stosowania prawa w relacji jednostki z organami administracji publicznej oraz wyłączenie powołania art. 68 ust. 1 jako materialnoprawnej podstawy skargi kasacyjnej¹⁰.

Powyżej przywołane poglądy wywołują jednak pewne wątpliwości. Podstawowym argumentem przemawiającym za uznaniem art. 68 ust. 1 za źródło prawa podmiotowego wydaje się być wykładnia językowa. Trudno chyba wyobrazić sobie by ustawodawca mógł w bardziej dobitny sposób zagwarantować jednostkom prawo podmiotowe niż poprzez zapis – *Każdy ma prawo do ochrony zdrowia*.

Należy raczej przychylić się do poglądu większościowego uznającego art. 68 ust. 1 za źródło publicznego prawa podmiotowego do ochrony zdrowia¹¹. Zwolennicy tego poglądu nie prezentują jednak jednolitego stanowiska w zakresie przedmiotu tego prawa.

Nieuzasadniony wydaje się pogląd, zgodnie z którym „Prawo do ochrony zdrowia, to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”¹². Takie ujęcie prawa do ochrony zdrowia rodziłoby poważne wątpliwości co do treści normatywnej art. 38 Konstytucji.

Najczęściej w doktrynie i orzecznictwie zwraca się uwagę, że „Treścią prawa do ochrony zdrowia nie jest (...) jakiś abstrakcyjnie określony (i w gruncie rzeczy niezdefiniowany – o czym niżej) stan „zdrowia” poszczególnych jednostek, ale możliwość korzystania z systemu ochrony zdrowia, funkcjonalnie ukierunkowanego na zwalczanie i zapobieganie chorobom, urazom, niepełnosprawności”¹³. Takie rozumowanie wspierać ma okoliczność, że o zdrowiu danego

nia 2009 r., II SA/Sz 1136/09, niepubl.

⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2008 r., II OSK 1408/07, niepubl.

¹⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2008 r., II OSK 1408/07, niepubl.; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2005 r., IV CK 414/04, niepubl.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 marca 1999 r., K 2/98, OTK 1999/3/38; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2004 r., I CK 320/04, niepubl.; J. Jończyk, *Ochrona zdrowia*, „Prawo i Medycyna”, 2/2007, s. 5.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

¹³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-

człowieka w dużej mierze decydują czynniki, na kształtowanie których władze publiczne nie mogą mieć żadnego wpływu. Równocześnie, słusznie jednak zwraca się uwagę, że dokonując interpretacji art. 68 nie można pomijać, że wartością chronioną przez art. 68 ust. 1 jest właśnie abstrakcyjnie pojmowane dobro jakim jest zdrowie¹⁴.

IV. Art. 68 ust. 2

Art. 68 ust. 2 stanowi, że władze publiczne zapewniają obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa.

Niewątpliwie podstawowe znaczenie dla analizy art. 68 ust. 2 ma wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. do sygnatury K 14/03, który przyjęty został z aprobatą właściwie zarówno przez judykaturę jak i doktrynę. Przede wszystkim, warto podkreślić, że w ocenie Trybunału Konstytucyjnego treść art. 68 nie daje podstaw ani dla skonstruowania definicji pojęcia „ochrona zdrowia” ani też dla twierdzenia które rodzaje i kategorie świadczeń zostały obywatelom zagwarantowane¹⁵. Równocześnie jednak Trybunał Konstytucyjny uznaje, że Konstytucja nie zapewnia powszechnej dostępności do wszystkich znanych i stosowanych zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej świadczeń opieki zdrowotnej. Podobne stanowisko zostało wyrażone również przez Sąd Najwyższy, który stwierdził, że „z Konstytucji wynika, że zakres świadczeń zdrowotnych, finansowanych ze środków publicznych, może być określony ustawowo, a możliwość jego limitowania nie jest wykluczona”¹⁶. W tym kontekście, w literaturze stwierdza się zwykle, że „Niedobór środków publicznych na zdrowie jest zjawiskiem obiektywnym i powszechnym, występującym w społeczeństwach zarówno zamożnych jak i biednych”¹⁷. Argumentuje się więc, że zapewnienie nielimitowanego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej pozostaje

A 2004/1/1. Pogląd taki podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 grudnia 2004 r., I CK 320/04, niepubl.

¹⁴ A. Surówka, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. (sygn. akt K 14/03)*, „Przegląd Sejmowy” 6(65)/2004, s. 174.

¹⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2004 r., III CK 143/03, niepubl.; podobnie Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 2004 r., I CK 320/04, niepubl.

¹⁷ J. Leowski, *Rola i miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia*, „Prawo i Medycyna” 6-7/2000, s. 25.

niemożliwe ze względów finansowych¹⁸. Standard opieki medycznej w praktyce zależy zatem od aktualnej sytuacji budżetowej i funkcjonowania systemu ubezpieczeń¹⁹. Z podobnych założeń wydaje się wychodzić Trybunał Konstytucyjny uznający, że „Licząc się z faktyczną niemożnością zapewnienia bezpłatnej opieki zdrowotnej w pełnym zakresie każdemu obywatelowi oraz otwierając drogę do wprowadzenia - obok świadczeń finansowanych ze środków publicznych - mechanizmów rynkowych i konkurencyjnych, ustrojodawca wprowadził w art. 68 ust. 2 zd. 2 Konstytucji wymóg, aby warunki i zakres udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych w ten sposób określiła ustawa”²⁰.

Warto zaznaczyć, że zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie w dużej mierze znaczenie art. 68 ust. 1 i 2 zostaje zredukowane właśnie do skierowanego do ustawodawcy nakazu stworzenia systemu normatywnego, który określi warunki i zakres udzielania świadczeń zdrowotnych. Przy kształtowaniu owego systemu ustawodawca ma kierować się wprawdzie wartościami wynikającymi z art. 1 oraz art. 30 Konstytucji, sam jednak art. 68 ust. 2 rzekomo nie przesądza jaki konkretnie model normatywny powinien zostać przez ustawodawcę przyjęty. Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że z Konstytucji wynika jedynie zakaz wykreowania całkowicie rynkowego systemu ochrony zdrowia²¹. Rola ustawodawcy sprowadza się więc w dużej mierze do stworzenia mechanizmów pozwalających na gromadzenie środków publicznych i ich wydatkowanie na świadczenia opieki zdrowotnej.

Powyższa interpretacja może budzić jednak pewne wątpliwości. Zdanie pierwsze art. 68 ust. 1 oraz art. 68 ust. 2 wprost gwarantują każdemu obywatelowi dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Podstawowym obowiązkiem władz publicznych jest więc finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. Z art. 68 przede wszystkim należy wywieść wniosek, że ustawodawca dążyć ma do pełnego finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. Swoboda określenia zakresu i warunków udzielania świadczeń nie oznacza przecież możliwości ustanowienia dowolnego systemu opieki zdrowia byle w jakimkolwiek stopniu oparty był on o środki publiczne. Konstytucja zakłada, że państwo gwarantując każdemu prawo do ochrony zdrowia, bierze na siebie ciężar zapewnienia obywatelom

¹⁸ G. Iwanowicz-Palus, *Prawa pacjenta w Polsce*, „Prawo i Medycyna” 8/2000, s. 80.

¹⁹ A. Zoll, *Problem dobrze funkcjonującej opieki zdrowotnej widzę jako zagadnienie praw obywatelskich*, „Zdrowie i Zarządzanie” t. III, 2/2001, s. 8.

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

²¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

dostępu do świadczeń zdrowotnych w najpełniejszym możliwym zakresie. Obowiązek określania warunków i zakresu udzielania świadczeń obejmuje realizację tego właśnie celu.

V. Podsumowanie

W literaturze słusznie zwraca się niekiedy uwagę, że „Proces budowy polskiego modelu systemu opieki zdrowotnej nie został jeszcze zakończony. Jego przebieg świadczy o tym, iż ustrojodawca w art. 68 Konstytucji nałożył na władze publiczne takie obowiązki, których wykonanie okazało się zadaniem bardzo trudnym, a czasami wydaje się wręcz niemożliwym do zrealizowania”²². Podzielając powyższy pogląd, należy zauważyć że trudności natury finansowej związane z organizacją efektywnego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, nie mogą stać się środkiem wykładni postanowień Konstytucji.

THE CONSTITUTIONAL REGULATION OF THE ACCESS TO HEALTH CARE SERVICES

One of the major components of the right to health is the access to health care services. The study focuses on the interpretation of article 68 paragraph 2 of the Constitution, paying particular attention to the current jurisprudence of the Supreme Court and the Constitutional Tribunal in this field. In particular, the study raises issues of the obligation to finance health care benefits from public funds. The interpretation of article 68 primarily leads to the conclusion that the legislature should aim at fully financing health care benefits from the public funds. The Constitution stipulates that the State, by guarantying everyone the right to health, takes on the burden of ensuring citizens' access to health care services to the fullest possible extent. The obligation to determine the conditions and scope of benefits includes the realization of this purpose. Financial difficulties related to the organization of the effective access to health care services can not become a mean of interpreting the Constitution.

²² K. Eckhardt, *Prawo do ochrony zdrowia. Zagadnienia wybrane*, „Prawa Człowieka. Humanistyczne Zeszyty Naukowe” 10/2006, s. 75.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Ryszard Szostak ■

ZARYS ROZWOJU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W POLSCE NA TLE PAŃSTW ŚRODKOWOEUROPEJSKICH

Uwagi wstępne

Zamówienia publiczne to umowy cywilnoprawne, na podstawie których państwo, samorząd terytorialny lub inne instytucje prawa publicznego zapewniają na zasadzie odpłatności niezbędne do realizacji zadań publicznych świadczenia niepieniężne, zwłaszcza z zakresu budownictwa publicznego i obrotu zaopatrzeniowego. Historycznie zakorzeniona nazwa tych zamówień nie łączy się bynajmniej z powszechnym dostępem do nich, lecz ze zbiorowym przeznaczeniem kontraktowanych świadczeń, a także z potrzebą wzmożonej ochrony interesu publicznego i osłony gospodarki państwowej (komunalnej) przed rozmaitymi ułomnościami nadzoru właścicielskiego. Obecnie szczególna doniosłość zamówień publicznych wynika przede wszystkim z konieczności zagwarantowania zadowalającej efektywności wydatków ponoszonych ze środków publicznych na ich sfinansowanie. Nie bez znaczenia jest też stymulacyjna rola, zwłaszcza zamówień rządowych w zakresie rozwoju konkurencyjnej gospodarki narodowej. Do tego rodzaju zamówień nie można zatem zaliczać rozmaitych świadczeń bezumownych spełnianych na rzecz państwa (samorządu) pod wpływem przymusu administracyjnego, w szczególności dawniejszych danin naturalnych i różnych świadczeń osobistych ludności, czy nawet zdarzających się jeszcze teraz rekwizycji wojennych i wywłaszczeń administracyjnych, choćby za odszkodowaniem.

Rozwijająca się od kilkuset lat szczególna regulacja zamówień publicznych wprowadza rozmaite rozwiązania ochronne wzbogacające lub nawet modyfikujące ogólne zasady zamawiania świadczeń w trybie umownym. Współczesny reżim proceduralny zamawiania świadczeń na potrzeby publiczne zmierza w szczególności do ochrony interesów publicznych przed skutkami niedostatecznej przejrzystości kontraktowania, działaniami niewiarygodnych wykonawców, nierównowagi ekonomicznej świadczeń, niekorzystnych warunków umów rzutujących bezpośrednio na niskie rezultaty spełnianych dostaw, usług lub robót budowlanych, a także przed korupcją i innymi nadużyciami ze strony urzędniczej kadry zarządzającej.

Obecnie reżim ten odzwierciedla zasadniczo prewencyjny model ochrony, typowej dla gospodarki rynkowej w warunkach demokratycznego państwa prawnego, zmierzającej do zapobiegania nadużyciom. Na pierwszy plan wysuwają się zatem obligatoryjne procedury ofertowo-eliminacyjnych sposobów zamawiania dostaw, usług lub robót budowlanych, obowiązek zawarcia umowy na warunkach oferty najkorzystniejszej, zakaz zmiany zawartej umowy, obowiązek dochodzenia roszczeń w warunkach zapewnionej uprzednio osłony dowodowej oraz inne ograniczenia swobody kontraktowej instytucji zamawiających. W rezultacie doszło do wyodrębnienia się zamówień publicznych jako umów stymulowanych bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa. Ochrona kreatywna, realizowana głównie poprzez kształtowanie celowych rozwiązań organizacyjnych, a także za pośrednictwem środków bezpośredniej ingerencji administracyjnej, stosowana szeroko w przeszłości, obecnie schodzi na dalszy plan, z uwagi na niewielkie efekty takiej ingerencji.

Problematyka udzielania i wykonywania zamówień publicznych przynależy zasadniczo do dziedziny prawa cywilnego, z uwagi na zachowanie zasady równorzędności stron i poszanowanie dla ich autonomicznej woli oraz umowno-obligacyjne związanie, nawet gdy dochodzi do niego przy wspomagającym działaniu bezwzględnie wiążących przepisów prawa. Jednakże poprzedzająca zawarcie umowy procedura weryfikacji wiarygodności wykonawcy, czy też sposoby wyłaniania najlepszego wykonawcy w przeszłości bywały administracyjne, lecz cywilnoprawna licytacja i przetarg pisemny zdominowały ostatecznie praktykę udzielania zamówień w ustroju demokratycznego państwa prawnego. Do dziś utrzymują się jeszcze w wielu krajach rozwiązania przewidujące administracyjne powinności przygotowawcze (zwłaszcza obowiązek starannego opisu i oszacowania wartości przedmiotu zamówienia), rozmaite formy kontroli administracyjnej cywilnoprawnych procedur zamawiania świadczeń na cele publiczne oraz odpowiedzialność dyscyplinarna urzędników za uchybienia, jako ciągle efektywne instrumenty przeciwdziałania patologiom. Stosowany także od czasów

starożytnych administracyjny sposób rozpoznawania sporów powstałych na tle udzielania i wykonywania zamówień publicznych (słynny proces kognicyjny), zastąpiony wprawdzie później gruntowniejszym kontradyktoryjnym procesem sądowym, utrzymał się jednak w odniesieniu do sporów zaistniałych w toku ofertowo-eliminacyjnych procedur udzielania zamówień publicznych. Uproszczone postępowanie administracyjne zapewnia bowiem stosunkowo szybkie rozstrzygnięcie sprawy cywilnej, jeszcze w czasie przed zawarciem umowy finalnej, co ma duże znaczenie praktyczne. Dopuszczana w różnym zakresie na przestrzeni dziejów ingerencja administracyjna w sferę zamówień publicznych zawsze miała jednak znaczenie tylko uboczne, nie przekreśla bowiem całkowicie cywilnoprawnej natury umów majątkowych zawieranych na rzecz instytucji państwowych bądź samorządowych albo innych osób prawa publicznego.

Pogodzenie publicznoprawnego charakteru regulacji zamówień publicznych z prywatno-prawną naturą umowy obligacyjnej napotyka niekiedy trudności kwalifikacyjne, zwłaszcza gdy próbuje się je mylnie rozpatrywać w kategoriach umów administracyjnych¹. Wprawdzie udzielanie zamówień publicznych stanowi ważną sferę działalności administracji, ale okoliczność ta nie przesądza bynajmniej o przekształceniu tych umów w instrumenty prawa administracyjnego, skoro zamawiający jest całkowicie pozbawiony władztwa (*imperium*) i działa wyłącznie na zasadzie równorzędności stron (*dominium*). Zamówienia publiczne mają inną – nie związaną z prawem administracyjnym – proveniencję prawną, a mianowicie są charakterystyczne dla zakorzenionych w kulturze zachodnioeuropejskiej funkcji prawa publicznego, do dziś przeciwstawianego prawu prywatnemu. Sięgający starożytności dwupodział prawa na publiczne i prywatne, choć krytykowany w ostatnim stuleciu² za daleko idące uproszczenia i nieprecyzyjne kryteria, nadal jest uważany za miarodajny ze względu na narosły od wieków aparat pojęciowy³. Powyższa delimitacja prawa z uwagi na rodzaj chronionych interesów i spraw (publiczne i prywatne) nie prowadzi do

¹ Umowa administracyjna stanowiąca formę załatwienia sprawy administracyjnej może być zawarta w granicach wyjątkowego przyzwolenia ustawowego pomiędzy organem władzy publicznej a stroną zamiast władczo kształtowanej decyzji administracyjnej. Więcej o tym Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 15 i nast., D. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej stosowania form alternatywnych wobec aktu administracyjnego* (w:) J. Zimmermann (red.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego* Warszawa 2007 r., s. 430 i nast., oraz M. Rypina i M. Wierzbowski: *Umowa z organem w postępowaniu administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 4, s. 15 i nast.

² J. Nowacki, *Prawo publiczne-prawo prywatne*, Katowice 1992.

³ Por. zwłaszcza F. Longchamps, *Współczesne kierunki prawa administracyjnego na Zachodzie Europy*, Wrocław – Kraków, 1968, s. 6 nast., S. Włodyka: *Problem struktury prawa*, „Państwo i Prawo”, 1995, nr 4, s. 12 i n. oraz C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 23.

podziału dychotomicznego, lecz jedynie orientacyjnego. Stanowi on bowiem wtórną segregację norm w ramach syntezy ponadgałęziowej. Dlatego występuje duży zakres pokrywania się obu obszarów. Często bowiem jeden i ten sam przepis przynależny pierwotnie do konkretnej gałęzi prawa raz zalicza się do prawa publicznego, a raz do prawa prywatnego, w zależności od tego, kto działając na jego podstawie staje się akurat stroną stosunku prawnego i jakie interesy są chronione⁴. Do prawa publicznego przynależą zatem nie tylko przepisy o zamówieniach publicznych bezpośrednio wyłączające lub ograniczające w interesie publicznym autonomię woli stron (umowy – skądinąd - regulowanej „pierwotnie” prawem cywilnym), ale także i te normy cywilnoprawne, które muszą być zastosowane z wyraźnego nakazu zawartego w przepisach publicznoprawnych. Prawo prywatne ochronę interesów powierza swobodnej woli uprawnionego, który może nawet zrezygnować z dochodzenia swoich roszczeń i innych uprawnień, natomiast działające w interesie zbiorowym przepisy prawa publicznego wymuszają powinność ich dochodzenia. Stąd publicznoprawna regulacja zamówień państwowych i samorządowych, oprócz nielicznych przepisów administracyjnych obejmuje przede wszystkim normy imperatywne nakazujące zastosowanie określonych instrumentów cywilnoprawnych (zwłaszcza procedur) albo zakazujące sięgania do oznaczonych czynności cywilnoprawnych lub innych środków ogólnie dostępnych⁵.

Starożytność

W starożytności zamówienia publiczne (nazwa pochodzi z czasów nowożytnych) udzielane z zastosowaniem odpłatnych umów na dostawy, usługi lub roboty budowlane nie odgrywały większej roli z uwagi na dominujące znaczenie danin naturalnych i wykorzystanie pracy licznych niewolników przy zaspokajaniu potrzeb publicznych. Pieniądz w postaci monety pojawił się dopiero ok. VII w. p n e w niektórych państwach greckich (Lida, Egina, Efez) oraz w Fenicji⁶. Wcześniej funkcję płatniczą spełniał kruszec (złoto, srebro, ołów, sól) lub szczególnie cenne wyroby (z elektronu, miedzi, brązu, żelaza, skór, tkanin

⁴ Por. zwłaszcza F. Bossowski, *Prywatne prawo* (w:) *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III/IV, Warszawa 1936, s. 1774 oraz F. Zoll, *Prawo cywilne*, Poznań 1931, s. 3.

⁵ Więcej o tym R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s.

⁶ Por. K. Walker, *Das Geld in der Geschichte*, Zurich 2000, s. 2 oraz Z. Żabiński: *Problem siły nabywczej pieniądza w starożytności*, „EOS czasopismo Polskiego Towarzystwa Filologicznego” 1978, R. LXVI, s. 57 i nast.

i t.d.), o których wartości płatniczej przesądzała na ogół ilość (waga). Odpłatnych w pieniądzu zamówień udzielano przy zaopatrzeniu dworów i kancelarii królewskich, urzędów, wojska, a także przy prowadzeniu robót publicznych związanych z budową i utrzymaniem fortyfikacji obronnych oraz rozmaitych obiektów użyteczności publicznej. Zachowane do dziś piramidy i inne obiekty starożytnego Egiptu wznoszono jeszcze z zastosowaniem gospodarki naturalnej, za pracę płacono zazwyczaj zbożem lub innymi produktami, funkcjonowały też stałe służebne osady rzemieślnicze, zwłaszcza obok Memfis, Sakkry i Luksoru⁷. Podobnie osiągnięcia państwowo-gospodarcze starożytnych Sumerów i Asyryjczyków, zwłaszcza w zakresie budownictwa publicznego (pałace, magazyny, słynna biblioteka w Niniwie) oraz wyposażenia licznych urzędów i wojska, możliwe były dzięki sprawnej organizacji zamówień rządowych, uzupełnianych jednak poborem danin naturalnych⁸.

Nieco większe zastosowanie miały zamówienia publiczne w monarchiach i republikach miejskich starożytnej Grecji, zaspokajających rozległe potrzeby obywatelskie oraz wspierające osadnictwo zamorskie (kolonie)⁹. Obok zwykłych obiektów i innych urządzeń państwowych, zwłaszcza militarnych, funkcjonowały tam porty, zbiorowe wodociągi i kanalizacje, łaźnie publiczne, szkoły, teatry, transport publiczny (żegluga) a nawet poczta¹⁰. Było to możliwe dzięki sprawnej organizacji państwowej i w miarę efektywnym finansom publicznym (podatkom), funkcjonującym z wykorzystaniem rozwoju rzemiosła i handlu wspieranego przez państwo. Przykładowo zniszczony przez Persów Milet został odbudowany w latach 479 – 477 p n e. według „szachownicowego” założenia urbanistycznego opracowanego przez słynnego Hipodamosa, który działając potem na zlecenie ateńskiego archonta Temistoklesa sporządził plan generalny portu w Pireusie, a następnie uczestniczył w przebudowie Rodos i założeniu kolonii greckiej na Sycylii¹¹. Ponadto stworzył teorię ustroju idealnego miasta na 10 tys. mieszkańców, w trzech klasach: wojowników, rzemieślników i rolników, skrytykowaną jednak przez Arystotelesa¹². Podobnie według celowego planu urbanistycznego rozbudowano ateńskie Akropolis, zwłaszcza o Propyleje (Mnesikles) i Partenon (Iktinos) oraz założono Aleksandrię (Pinokratos),

⁷ Por. N. Grimal, *Dzieje starożytnego Egiptu*, Warszawa 2004, s. 79 i nast.

⁸ Por. F. Joannes, *Historia Mezopotamii w I tysiącleciu przed Chrystusem*, Poznań 2007, s. 9 i nast.

⁹ Por. J. Baszkiewicz, *Powszechna historia ustrojów państwowych*, Gdańsk 1998, s. 14 i n.

¹⁰ Por. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje, obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983, w. 12 i nast.

¹¹ *Wielka historia świata*, t. 9, Warszawa 2004, s. 200.

¹² Arystoteles, *Polityka*, Warszawa 2004, s. 60 i nast.

Epidauros (Poliklet), urzędnienia publiczne w Delfach (Sostratos) oraz wiele innych urzędzeń i całych miast greckich¹³.

W Sparcie o wznoszeniu i naprawie obiektów publicznych decydowali wyżsi urzędnicy zwani eforami, wybierani w liczbie pięciu bezpośrednio przez obywateli, jedynie o budowie nowych dróg i osad decydował panujący¹⁴. W Atenach stanowiska administracyjno – gospodarcze obsadzano zaś przez losowanie na czteroletni okres (miedzy panatejami), wyjątek dotyczył jednak skarbnika wojskowego, nadzorców studziennych i zarządców funduszy przeznaczonych na uroczystości i widowiska publiczne, którzy byli wybierani przez zgromadzenia ludowe. Urzędnicy wydający środki publiczne odpowiadali przed Radą Pięciuset, posiadającą prawo stosowania sankcji¹⁵.

Zamówień państwowych i miejskich udzielano na zasadach ogólnych, analogicznie jak w obrocie prywatnym, według zaufania do dostawcy (wykonawcy), choć już wtedy dostrzegano potrzebę dodatkowej ich ochrony prawnej. Żyjący w I w. p n e rzymski architekt Marcus Vitruvius w swoim słynnym traktacie o budownictwie podaje¹⁶, że w greckim Efezie obowiązywało odwieczne prawo, surowe, ale bynajmniej nie krzywdzące, według którego architekt podejmujący się państwowego zlecenia określał z góry, za jakie wynagrodzenie je wykona, a po złożeniu kosztorysu majątek jego podlegał przejściu w zastawniczy zarząd administracyjny, dopóki praca nie została wykonana. Jeśli wydatki zmieściły się w planowanych kosztach, architekt otrzymywał uzgodnione wynagrodzenie, pochwały i wyróżnienia, natomiast gdy przekroczyły ustalony limit więcej niż o jedną czwartą, powstały niedobór musiał pokryć z własnego majątku. Dalej Vitruvius postulował „ażeby prawo takie obowiązywało także Rzymian, nie tylko przy wznoszeniu budowli publicznych, lecz także prywatnych, nie grasowaliby wtedy bezkarnie nieudacznicy, a budownictwem zajmowaliby się tylko tacy, którzy zdobyli gruntowne umiejętności”. Podkreślić tu trzeba, że w ogóle początkom umów konsensualnych, stanowiącym bezpośrednią odpowiedź na niedostatki natychmiastowych transakcji realnych, zwłaszcza w odniesieniu do usług i robót budowlanych, towarzyszyły rozmaite wadiacje, zabezpieczające należyte wykonanie zobowiązania, wymuszone naturalną koniecznością ochrony interesów zamawiającego wobec słabej jeszcze ochrony z zastosowaniem przymusu

¹³ *Encyklopedia sztuki starożytnej*, Warszawa 1998, s. 176 i nast.

¹⁴ Herodot z Halikarnasu, *Dzieje, księga VI*, w przekładzie S. Hammera, Warszawa 1959, s. 68.

¹⁵ Arystoteles, *Ustrój państwa ateńskiego*, w przekładzie L. Piotrowicza, Warszawa 1931.

¹⁶ M. Vitruvius, *O architekturze ksiąg dziesięć*, w przekładzie K. Kumanieckiego, Warszawa 1956, s. 190.

państwowego¹⁷. W późniejszym okresie posługiwano się nimi szeroko na całym obszarze imperium rzymskiego. Ponadto już za czasów obowiązywania kodeksu Hammurabiego budowniczcy ponosił surową odpowiedzialność majątkową za wady wzniesionego obiektu, jeśli zaś obiekt uległ zawaleniu podlegał karze śmierci (zob. § 229)¹⁸. Badania historyczne dowiodły jednak, że już w starożytności, w jednostkowych przypadkach, zwłaszcza przy wznoszeniu większych budowli, stosowano publiczne zaproszenie do składania propozycji (porównywanych następnie w niewiążącej procedurze) bądź nawet konkursowy sposób wyłaniania najlepszych wykonawców¹⁹.

W starożytnym Rzymie skala zamówień publicznych była o wiele większa, zwłaszcza w okresie rozwoju organizacji państwowej (związanego z ekspansją terytorialną) i gwałtownego wzrostu znaczenia spraw publicznych²⁰. W czasach republikańskich zbieraniem podatków i innych danin zajmowali się kwestorzy, natomiast o wydatkach państwowych decydowali konsulowie oraz inni urzędnicy wykonujący uchwały Senatu, natomiast wydatków lokalnych dokonywali edylowie plebejscy i podlegający im urzędnicy, a potem (od 366 r. p.n.e.) także edylowie kurulni (patricii), powoływani przez comitia tributa do czuwania nad porządkiem publicznym, handlem i zaopatrzeniem²¹. Armia początkowo pochodziła z powszechnego poboru, za jej wyposażenie odpowiadali bezpośrednio obywatele (stosownie do stopnia zamożności), ale już w latach 104 – 100 p.n.e. Gajusz Mariusz przekształcił ją w zawodową, przyjmując ochotników do odpłatnej służby na okres co najmniej 16 (potem 25) lat. W okresie cesarstwa rozrastająca się administracja publiczna oparta została na centralizmie i biurokratyzmie, na planowym podziale terytorialnym państwa i hierarchicznym aparacie urzędniczym²². Zapewniała ona ciągłość organizacji państwowej zdolnej do przetrwania niekiedy nawet głębokiego kryzysu władzy. Sam imperator miał dużo funkcji, które w czasach republikańskich wykonywało wielu wyższych urzędników. W sprawach majątkowych także cesarz sprawował osobiste rządy za pośrednictwem swojej kancelarii i upoważnionych prokuratorów²³. W szczególności polecał

¹⁷ Por. S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, Kraków 1901, s. 38 i nast.

¹⁸ M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 2000, edycja komputerowa: www.zrodlahistoryczne.prv.pl.

¹⁹ Por. P. Rothacker, *Das Verdingungswesen und seine Heilung*, Karlsruhe 1919, s. 3 oraz H. Schweitzer, *Die Entwicklung der Verdingungswesen in Süddeutschland*, Freiburg - Bayern 1932, s. 14.

²⁰ Więcej o tym J. Baszkiewicz: op. cit., s. 26 nast.

²¹ Polibiusz, *Dzieje, księga VI*, w przekładzie S. Hammera, Wrocław 1957, s. 325 i nast.

²² M. Sczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 58.

²³ Por. J. Baszkiewicz, op. cit., s. 30 i nast.

udzielać określonych zamówień mieszczących się w jego kompetencjach. Początkowo Senat zachowywał wiele uprawnień ustawodawczych i sądowniczych w sprawach publiczno-majątkowych, ale w III w. ustawodawstwo w tym zakresie przeszło w całości na cesarza.

Posiadający osobowość prawną fiskus, obejmujący cesarsko-państwową masę majątkową, pozostawał pod osobistym zarządem cesarza i jego urzędników²⁴. Nie był dziedziczny, lecz przechodził na następcę cesarza. Obok podatków i innych danin źródłem jego dochodów były rozmaite obciążenia fiskalne nakładane doraźnie na ludy podbite, jak i stałe opłaty (celne), wpływy z kar, z tytułu szeroko stosowanej konfiskaty majątkowej, a także znaczne wpływy z mennicy bijącej od czasów republikańskich słynne srebrne denary rzymskie²⁵ oraz z eksploatacji rozległych latyfundiów i regaliów cesarskich. Ciągłe też korzystano z nieodpłatnej pracy niewolników. Przez pewien okres odrębnie funkcjonowało aerarium wyrażające majątek narodu rzymskiego, zarządzany przez podległych Senatowi kwestorów, którego dochodami były zwłaszcza podatki nadzwyczajne i inne daniny ściągane z prowincji oraz rozmaite opłaty, np. 4% od ceny uzyskanej ze sprzedaży niewolnika²⁶. Z czasem obie te masy połączono w jednolity skarb państwa, wyposażony w osobowość prawną, który mógł być wierzycielem lub dłużnikiem, np. nabywać niewolników i wyzwalać ich. Osobowość prawną miały też związki terytorialne o charakterze samorządowym, w szczególności gminy miejskie (*civitates*) i gminy o wyższym statusie *municipium*²⁷. Potem w związku ze zorganizowanym osadnictwem, głównie o charakterze wojskowym, pojawiły się kolonie²⁸. Zarząd lokalny sprawami państwowymi spoczywał w rękach namiestników cesarskich (legatów) funkcjonujących w kilkudziesięciu prowincjach, które dzieliły się na okręgi. Dioklecjon podzielił jednak państwo na 12 diecezji obejmujących po kilka prowincji, a Konstantyn wyodrębnił jeszcze nadrzęd-

²⁴ Por. zwłaszcza F. Zoll, Z. Lisowski, *Rzymskie prawo prywatne* (oprac. T. Sołtysik), Kraków 1923, s. 31, W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne – zarys wykładu*, Warszawa 1981, s. 186 oraz W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 59.

²⁵ Przez wiele wieków były one ostoją państwa i podstawą rozwoju rzymskiej gospodarki. Ze względu na ograniczenia w dostępie do lepszego kruszcu dopiero w okresie cesarstwa rozpoczęto bicie złotego (*aureus*). Ze względu na łatwy dochód i potrzeby praktyczne emitowano też drobną monetę w postaci miedzianych sestercji (1 złoty = 100 sestercji). Por. A. Kunisz, *Z problematyki obiegu pieniężnego w Cesarstwie Rzymskim* (w:) „*Studia Historyczne*” 1973, t. XVI, s. 47 i nast.

²⁶ W. Osuchowski: op. cit., s. 187.

²⁷ Ibidem.

²⁸ W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, t. I, *Prawo materialne*, Kraków 1988, s. 62.

ny szczebel w postaci 4 prefektur, celem usprawnienia zarządzania w terenie (Italia, Galia, Illricum i Orient)²⁹.

Układaniem budżetu państwa (początkowo tylko w zakresie aerarium) i bezpośrednim nadzorem nad jego wykonaniem, a także kontrolą efektywności wydatków publicznych zajmowali się dwaj cenzorzy (censeo = szacować, tak-sować)³⁰, wybierani co 5 lat przez Senat. Ponadto cenzorzy spisywali majątek publiczny, a także prywatny, ponieważ kierując się „cenzusem” majątkowym, urzędniczym lub urodzenia ustalali listę senatorów³¹. Prawdopodobnie udzielali też większych zamówień publicznych, zwłaszcza na roboty publiczne. Za bieżące sprawy finansowe, w tym za pobór podatków, opłat i czynszów za korzystanie z mienia publicznego odpowiadali kwestorzy w liczbie kilkudziesięciu, do których należał także zarząd kasą wojskową, zwłaszcza wypłata żołdu³², nagród za męstwo, sprzedaż łupów, zakup uzbrojenia i koni i td³³. Na szczególnych zasadach finansowano elitarną gwardię cesarską (pretoriańską), lepiej wyposażoną, z trzykrotnie wyższym żołdem osobowym³⁴. W miastach samorządowych i cesarskich działali kwestorzy miejscy (późniejsi skarbnicy)³⁵. Nad porządkiem miejskim i niektórymi robotami publicznymi, aprowizacją Rzymu i innych miast oraz nad organizacją igrzysk i uroczystości nadal czuwali edylowie wybierani przez comitia tributa, dysponujący prawem wydawania edyktów porządkowych³⁶. Podlegał im stosunkowo liczny aparat urzędniczy. Od 44 r. w Rzymie działali też dwaj edylowie cesarscy zajmujący się głównie zamawianiem zboża na koszt państwa. Bieżących zamówień udzielali upoważnieni urzędnicy (prokuratorzy) działający w charakterze zastępców bezpośrednich oraz intendenci wojskowi. W gminach rzymskich byli to przedstawiciele magistratur.

²⁹ Por. J. Baszkiewicz, op. cit., s. 42 i nast.

³⁰ O. Jurcewicz, L. Winniczuk, *Starożytni Grecy i Rzymianie w życiu prywatnym i państwowym*, Warszawa 1968, s. 369.

³¹ Ostatnim cenzorem rzymskim, działającym jednak samodzielnie w latach 333–337, był Flavius Dalmatius.

³² Żołnierze otrzymywali 225 denarów rocznie, a oficerowie 550 denarów. Nie dotyczyło to żołnierzy rekrutowanych z plemion podbitych. Po zakończeniu służby legionista otrzymywał ziemię od państwa. Por. M. Szczaniecki, op. cit., s. 61 oraz O. Jurcewicz, L. Winniczuk, op. cit., s. 429.

³³ Jeśli żołnierzowi nie przydzielono konia, otrzymywał od państwa stosowną sumę na jego zakup, niezależnie od środków przysługujących każdemu jeźdźcowi na utrzymanie zwierzęcia.

³⁴ Por. W. Górczyk, *Praefecti Pretorio – znaczenie i rola polityczna w Cesarstwie Rzymskim*, cz. I, <http://histmag.org/?id=3330>, s. 1.

³⁵ M. Jaszczkowska, D. Stępień, *Historia starożytna*, Warszawa 2008, s. 613.

³⁶ O. Jurcewicz, L. Winniczuk, op. cit., ss. 369–370.

Do najważniejszych zadań publiczno-gospodarczych starożytnego Rzymu należała budowa traktów, mostów, portów, magazynów publicznych oraz stacji pocztowych zapewniających transport i łączność z odległymi prowincjami, cytadel, fortyfikacji granicznych i innych urządzeń militarnych³⁷, licznych obiektów użyteczności publicznej, bazylik dla sądów i urzędów, akweduktów i kanalizacji, łaźni, cyrków publicznych itd. Rozwinięty był też bieżący obrót zaopatrzeniowy umożliwiający sprawne funkcjonowanie cesarskiego dworu, licznych urzędów i innych instytucji publicznych, a przede wszystkim armii.

Istotnym czynnikiem rozwoju rzymskich zamówień publicznych było unormowanie, wraz z zaskarżalnością, umów konsensualnych, stanowiących podstawę efektywnego obrotu gospodarczego, uważanych za jedno z najważniejszych osiągnięć prawa rzymskiego³⁸. Konsensualny charakter umowy, w przeciwieństwie do natychmiastowo działających zobowiązań wynikających ze znanych od zarania dziejów kontraktów realnych i formalnych (uroczysta forma), zapewniał skuteczne porozumienie stron co do odroczonego w czasie spełnienia świadczenia niepieniężnego³⁹, a to z kolei umożliwiało rozwój transakcji terminowych. Stąd pewne akty cywilnoprawne (np. *moncipatio*, *in iure cessio*, *stipulatio*) w obrocie z państwem były wykluczone⁴⁰. W zamówieniach publicznych dominowały konsensualne kontrakty: kupna-sprzedaży (*emptio venditio*) z ceną wyrażoną w pieniądzu i odpowiedzialnością za wady przedmiotu sprzedaży; najmu usług (*locatio operarum*), w węższym zakresie z uwagi na korzystanie z pracy przymusowej niewolników; odpłatnego najmu dzieła (*locatio conductio operis*), zabezpieczanego w późniejszych czasach karą umowną, a także szeroko stosowane zlecenie (*mandatum*). Mająca duże znaczenie w sferze zamówień publicznych umowa o dzieło przewidywała zazwyczaj jego wykonywanie z materiału powierzanego przez zamawiającego (np. w zakresie budowy, przewozu lub naprawy rzeczy), z odpowiedzialnością za *impertitia* (nieumiejętność zawodową) i za niesumienność pomocników.

Przy udzielaniu zamówień według prawa rzymskiego podstawowe znaczenie miało zaufanie co do zdolności wykonawcy w zakresie należytego spełnienia świadczenia. Urzędnik ponosił odpowiedzialność za nietrafny wybór kontrahenta. Stąd do zamówień publicznych dopuszczano z zasady jedynie wykonawców uprzednio sprawdzonych, cieszących się dobrą opinią lub legitymujących się specjalnymi referencjami bądź wyłoniionych w oparciu o sto-

³⁷ W rejonach nadgranicznych zakładano kolonie wojskowe, wspierając obronne osadnictwo miejskie.

³⁸ Por. więcej o tym zwłaszcza S. Estreicher: op. cit., s. 9 i nast.

³⁹ Por. W. Osuchowski, op. cit., s. 325 i nast.

⁴⁰ W. Litewski, op. cit., s. 60.

sowne „rozeznanie na rynku”. W piśmiennictwie podkreśla się, że już w początkowym okresie cesarstwa znany był licytacyjny sposób zlecania robót, w ramach którego zamawiający podawał do wiadomości publicznej informacje o planowanym obiekcie, po dokładnym jego zaprojektowaniu przez architekta wraz z przedmiarem i kosztorysem inwestorskim robót⁴¹. Powierzenie prac następowało temu, „kto obiecał przy najmniejszych kosztach, najlepsze i najszybsze ich wykonanie według stosownej kalkulacji”⁴². Szacunkowa wartość robót wynikająca z kosztorysu inwestorskiego stanowiła „cenę wywoławczą”. Były to zapewne warunki dopuszczalne wyjątkowo w ramach praktyki zarządzania sprawami skarbu państwa, ponieważ prawo rzymskie nie znało wiążących (zaskarżalnych) czynności przedumownych. Nie było wszakże przeszkód, aby w oparciu o niewiążące ustalenia można było następnie złożyć wiążące oświadczenia woli w celu wykreowania finalnego zobowiązania umownego. Poza tym na ogół to sam architekt-budowniczy odpowiadał bezpośrednio, według zasady „zaprojektuj i wybuduj”, także za wzniesienie zaprojektowanego uprzednio obiektu publicznego. Stąd bardziej prawdopodobny wydaje się „konkursowy” sposób wyłaniania najlepszego budowniczego. Rzymskie prawo publiczne znało sformalizowany tryb konkursowej sprzedaży mienia pod kontrolą sądu w postępowaniu egzekucyjnym i upadłościowym⁴³. Dopuszczało też wiążące przyrzeczenie *ad incertam personam* co do tzw. premii za doniesienie o popełnieniu przestępstwa⁴⁴. Sam termin „*licitatio*”, oznaczający postępowanie w warunkach „żądzy korzyści” wywodzi się wprost z terminologii prawa rzymskiego⁴⁵. Początki jednostronnej obietnicy korzyści (*pollicitatio*) o charakterze wiążącym są jednak sporne w nauce, dominuje zapatrywanie, że w starożytności, a potem przez dłuższy czas także w średniowieczu, była ona tylko zwykłą (niewiążącą) czynnością nieformalną⁴⁶, pozbawioną zatem sankcji cywilnoprawnej. W ogóle wszelkie techniki zawierania umów funkcjonowały w starożytności w zasadzie poza sferą regulacji prawnej, a więc to, w jaki sposób dochodziło do zestrojenia

⁴¹ Tak R. Thode, *Rechtsgeschichte, Wurzeln unseres Verdingungsrechts*, www.maas-anwaelte.de/cms, s. 2, powołujący się na dawniejszą literaturę niemiecką.

⁴² Ibidem.

⁴³ Por. W. Osuchowski, op. cit., s. 143.

⁴⁴ Por. A. Ohanowicz, *Przyrzeczenie publiczne*, Poznań 1920, ss. 5–6 oraz powołaną tam literaturę.

⁴⁵ J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s. 577. Por. też R. Szostak: *Aukcja w ujęciu zmienionych przepisów kodeksu cywilnego*, „Rejent” 2003, nr 9, s. 107–109.

⁴⁶ Por. zwłaszcza A. Ohanowicz, op. cit., s. 5 oraz K. Zawada, *Przyrzeczenie publiczne w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1987, s. 9 i nast., powołujący się na ustalenia nauki niemieckiej.

działań stron nawiązujących porozumienie pozbawione było znaczenia prawnego, liczyły się jedynie same oświadczenia woli stron kreujące umowę⁴⁷. Z uwagi na potrzebę zwiększenia efektywności zamówień publicznych i wiarygodności wykonawców w III w. n e wprowadzono przymusową przynależność do niektórych stowarzyszeń zawodowych (np. armatorów, architektów, rzemieślników, piekarzy) w celu zabezpieczenia istotnego dla państwa i ludności zaopatrzenia w towary i usługi rzemieślnicze dobrej jakości⁴⁸.

W razie sporu między państwem (gminą) a osobą prywatną stosowano specjalne postępowanie administracyjne o charakterze nadzwyczajnym, zwane kognicyjnym, podobne jednak do procesu cywilnego⁴⁹. Szerzej też korzystano z przymusu administracyjnego. Wprowadzenie szybszego postępowania kognicyjnego zamykało stronom drogę do zwykłego procesu sądowego (tzw. formułkowego). Rozstrzygnięcie sporu należało do upoważnionego urzędnika cesarskiego lub magistratury wyższej, dysponującego imperium iudicia continentia. Orzeczenie zapadało w formie decretum⁵⁰. Początkowo takim uproszczonym postępowaniem obejmowano jedynie sprawy wyraźnie uregulowane konstytucjami cesarskimi, z biegiem lat jego zakres sukcesywnie uległ rozszerzeniu, aż u schyłku cesarstwa (za Dioklecjana) sądowy proces zwyczajny został całkowicie zastąpiony procesem kognicyjnym.

Epoka średniowieczno-feudalna

Upadek cesarstwa zachodnio rzymskiego w V w. przyspieszył regres cywilizacji europejskiej, zapoczątkowany już w okresie „wędrowki ludów” w III w. Powstawanie na terytorium rzymskim państw barbarzyńskich, napływ nowej ludności, niszczycielskie najazdy normańskie, mongolskie i arabskie powodowały zamęt polityczny, destrukcję organizacji państwowej (administracji) i gospodarki, zniweczeniu uległa regularna armia, nastąpiła dewastacja licznych obiektów publicznych, niszczone były też antyczny dorobek prawny i kulturalny⁵¹. Charakterystyczna dla monarchii patrymonialnej osobista własność feudalna dóbr, uznawanych dawniej za publiczne, stanowiła główny hamulec rozwoju

⁴⁷ Por. W. Litewski, op. cit., s. 195, a także S. Estreicher: op. cit., s. 12 i nast.

⁴⁸ Tak W. Litewski, op. cit., s. 63.

⁴⁹ Tamże, s. 61.

⁵⁰ Por. W. Osuchowski, op. cit., ss. 151–152.

⁵¹ Według P. Tacyta, *Germania*, w przekładzie A. Naruszewicza, Sandomierz 2008, s. 23, w plemiennych państwach wczesnogermańskich sprawy publiczne funkcjonowały w bardzo ograniczonym zakresie, armia obywatelska utrzymywana była przez ludność, skromnych wydatków we wspólnotach dokonywali naczelnicy.

gospodarczego i zacofania w sprawach publicznych⁵². Upadł system podatkowy i towarzyszące mu rozwiązania administracyjno finansowe. Jedyne w strefie śródziemnomorskiej zachowały się niektóre urzędy rzymskie, zwłaszcza podział terytorialny, zarządy miejskie, archiwizacja dokumentów i podatki pobierane od ludności rzymskiej⁵³. Wszędzie jednak umocnił się prymat gospodarki naturalnej z rozmaitymi daninami i świadczeniami osobistymi. Odgrywając dominującą rolę ludy germańskie nie znały bowiem w ogóle podatków. Władza faktyczna zespoliła się z uprawnieniami feudalnymi. Radykalnemu ograniczeniu uległa funkcja płatnicza pieniądza. Rozwinął się ustrój lenny z charakterystyczną drabiną feudalną. Zamówienia publiczne zeszły na zupełny margines. W ograniczonym zakresie funkcjonowały jedynie zamówienia dworskie. Zasadniczego znaczenia nabrały administracyjne formy pozyskiwania świadczeń na cele publiczne. W ogóle zanikła konsensualna umowa cywilnoprawna jako instrument wymiany gospodarczej, podstawowego znaczenia nabrały zaś prymitywne transakcje natychmiastowe, zazwyczaj o charakterze realnym⁵⁴. O sprawnym funkcjonowaniu umowy przesądza bowiem porządek społeczno gospodarczy (podstawa budowy zaufania) oraz rozwinięte władztwo państwowe, zapewniające zaskarżalność zobowiązań i efektywne dochodzenie roszczeń.

Ożywienie gospodarcze nadeszło dopiero wraz ze stabilizacją zagwarantowaną przez monarchię Karolingów i większym zaangażowaniem Bizancjum na wschodzie Europy, wzrostem znaczenia chrystianizacji, politycznej aktywności Kościoła, działalnością zakonów i otwarciem bezpiecznych szlaków handlowych⁵⁵. Dodatkowym impulsem rozwojowym były późniejsze wyprawy krzyżowe i odbudowa handlu morskiego, zwłaszcza w basenie M. Śródziemnego. Nie bez znaczenia był też postęp techniczny, głównie w zakresie hutnictwa i lepszych sposobów obróbki żelaza, kamienia i drewna, upowszechnienia młynów wodnych, kieratów, nowych sposobów produkcji tkanin itd⁵⁶. Umocnieniem tych korzystnych tendencji był wzrost zorganizowanego osadnictwa oraz przyspieszony rozwój miast. Pojawiły się targi i jarmarki. Wielkiego renesansu doczekała się umowa obligacyjna, w wyniku recepcji prawa rzymskiego⁵⁷. Na nowo odrodziły się umowy terminowe, które rozwijały się obok ciągle dominujących w obrocie transakcji natychmiastowych. W takich warunkach możliwy był

⁵² Por. J. Szpak, *Historia gospodarcza powszechna*, Warszawa 2007, s. 70 i n.

⁵³ Por. J. Baszkiewicz, op. cit., ss. 49–50.

⁵⁴ Więcej o tym S. Estreicher, op. cit., s. 7 i nast.

⁵⁵ Więcej (w:) H. Samsonowicz (red.) *Narodziny średniowiecznej Europy*, Warszawa 1999, a także B. Ziętara, *Historia powszechna średniowiecza*, Warszawa 1994.

⁵⁶ Por. zwłaszcza J. Szpak, op. cit., s. 89.

⁵⁷ Więcej o tym W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 88 i nast.

ponowny wzrost znaczenia zamówień publicznych. Przełomowe znaczenie miało reaktywowanie samorządu miejskiego, choć nieco w innym kształcie niż w czasach rzymskich. Najpierw na ziemiach włoskich w XI w. niektóre miasta usamodzielniały się w drodze powstań lub innego sposobu wypowiedzenia posłuszeństwa królowi (feudałowi)⁵⁸ albo na zasadzie „wykupu wolności” uzyskiwały stosowny przywilej⁵⁹. Z czasem samorząd stał się atrakcyjnym elementem także w pełni dobrowolnych przywilejów lokacyjnych, mającym na celu zwiększenie zainteresowania osadnictwem. Inaczej niż oparte na więzach krwi wspólnoty plemienne, gminy kojarzyły rozmaite interesy związane z sąsiedztwem, bezpieczeństwem i potrzebą lokalnego ładu społeczno-gospodarczego⁶⁰. Wzory włoskie dały początek tzw. ruchowi komunalnemu, szybko przeniknęły na ziemie francuskie i niemieckie⁶¹, a potem dalej, nawet - w mniejszym wymiarze - do krajów środkowoeuropejskich.

Istotną rolę w rozwoju średniowiecznych zamówień publicznych odegrało zatem odrodzenie konsensualnych umów terminowych i wzrost znaczenia samorządu miejskiego, a także republikańskiego ustroju państwowego. Początkowo podstawą funkcjonowania samorządu była komuna (wspólnota) z zespołem konsulów lub radą jako organem przedstawicielskim oraz z podestą, dożą, burmistrzem lub innym organem wykonawczym. Komuna dysponowała na ogół także przywilejem sądowniczym, co najmniej w zakresie drobniejszych spraw bieżących. Dochody własne miasta (podatki i opłaty)⁶² umożliwiały rozwój budownictwa i gospodarki komunalnej, któremu towarzyszył dodatkowo wzrost znaczenia zamówień publicznych. Dalszym etapem było powstanie w pełni niezależnego państwa miejskiego z własnym prawodawstwem, armią i polityką zagraniczną, z suwerenną władzą rozciągającą się zazwyczaj na przylegające terytoria wiejskie. Nowożytnie miasta-państwa ukształtowały się najpierw we Włoszech (po pokoju w Konstancji w 1183 r. kończącym wojny Ligi Lombardzkiej z F. Barbarossą), a potem na ziemiach francuskich i niemieckich, a nawet na

⁵⁸ Por. zwłaszcza M. Patkaniowski, *Charakterystyka ustroju statutowego na tle rozwoju komuny włoskiej*, Kraków 1938, s. 19 i nast. oraz J. Szpak: op. cit., ss. 93–94.

⁵⁹ Por. H. Mańkowska, *Włochy średniowieczne*, Warszawa 2007, s. 50 i nast., która dowodzi, że podstawowym czynnikiem usamodzielnienia się średniowiecznych miast we Włoszech była słabość lub „pustka” władzy centralnej w XI w. badając rodowód samorządu w Padwie, Lukce, Pizie, Turynie i Mediolanie.

⁶⁰ Por. K. Krzeczkowski, *Gmina jako podmiot polityki komunalnej*, Warszawa 1999, s. 6 i nast.

⁶¹ M. Patkaniowski, op. cit., s. 35 i nast. oraz M. Sczaniecki, op. cit., s. 123.

⁶² Początkowo dominujące znaczenie miały proste podatki od gospodarstwa domowego (tzw. podymne), potem pojawiło się opodatkowanie stanu majątkowego w ramach tzw. podatku katastralnego. Pierwsze katastry założono w Pizie (1162) i Mediolanie (1250). Por. H. Mańkowska, op. cit., s. 65.

wschodnich rubieżach Europy (Nowogród). Były to zazwyczaj zamożne i sprawnie zarządzane republiki (Werona, Florencja, Siena, Ferraro, Mediolan, Lubecka, Burgia, Antwerpia, Amsterdam, Rostock) kontrolujące szlaki handlowe, a nawet panujące na morzach i zakładające własne kolonie (Wenecja, Genua)⁶³.

Wznoszeniu cytańel, pałaców, magistratur, łaźni, wodociągów i innych budowli republikańskich i komunalnych towarzyszyła szczegółowa regulacja ładu (planowania) przestrzennego, a także udzielania zamówień najlepszym wykonawcom. Wprowadzano obowiązek przeprowadzania co najmniej sondażu rynkowego, reaktywowano też jednostronne przyrzeczenie nagrody i niewiązającą w skłkach licytację⁶⁴. Równolegle zakładano wyspecjalizowane manufaktury miejskie i królewskie, zajmujące się produkcją rzemieślniczą (głównie oręża) na potrzeby miasta i dworu. Z czasem regułą stało się angażowanie przez władze komunalne architektów i rzeźbiarzy, wyłanianych w drodze publicznie ogłaszanych konkursów na najpiękniejsze projekty (pomysły)⁶⁵. Chodziło raczej o niewiązający sposób rozeznania sytuacji na rynku w celu wyłonienia odpowiedniego kandydata, pozwalający na ustalenie osoby o największych osiągnięciach (dorobku), której następnie można było udzielić zamówienia. Prosty zaś wybór architekta lub innego artysty według indywidualnego zaufania zszedł na nieco dalszy plan. W zakresie zamówień na papier i wyroby rzemieślnicze znany był też sposób „werbowania” wiarygodnych wykonawców według wskazania cechowego⁶⁶. Wzrosło bowiem zapotrzebowanie w zakresie zaopatrzenia urzędów, policji, szkół i innych instytucji miejskich⁶⁷.

Obok tradycyjnych szkół parafialnych i prywatnych prowadzonych przez notariuszy, cechy lub stowarzyszenia, funkcjonowały też szkoły publiczne (miejskie). Wzrost znaczenia edukacji, związany na ogół z potrzebą doskonalenia kadr przydatnych w administracji, notariacie i handlu, sprzyjał zakładaniu uni-

⁶³ U schyłku XIV w. Wenecja dysponowała portami obsługującymi ponad 3 tys. republikańskich statków, profesjonalnymi wytwórniami broni i liczną armią zawodową, władała południowymi Włochami i Dalmacją. Podobnie rywalizująca z nią Genua dysponowała liczną flotą i wojskiem, panując nad Korsyką, Sycylią, Cyprzem a nawet Palestyną. Na północy istotną rolę odgrywała Hanza zrzeszająca ponad 70 miast niemieckich. Por. J. Szpak, op. cit., ss. 98–104.

⁶⁴ Średniowieczni glosatorzy nie uznawali jeszcze konkursu za procedurę opatrzoną sankcją cywilnoprawną. Por. literaturę wskazaną w przypisie 46.

⁶⁵ H. Mańkowska, op. cit., s. 70.

⁶⁶ Por. H. Schweitzer, op. cit., s. 13, odwołujący się do regulaminu z 28 lipca 1361 r. obowiązującego we Freiburgu.

⁶⁷ Według H. Mańkowskiej w Sienie u schyłku XIII w. zatrudniano ponad 900 urzędników, policjantów i innych funkcjonariuszy, natomiast w XIV – wiecznej Bolonii było aż blisko 1800 etatów, we Florencji zaś prawie 3600 – bez cudzoziemskiego aparatu policyjnego.

wersytetów samorządowych lub królewskich (Bolonia 1088, Oksford 1167, Padwa 1222, Siena 1246, Paryż 1257, Tuluza 1229, Praga 1348, Kraków 1364, Wiedeń 1365), będących wytworem kultury miejskiej, których ustrój wzorowano początkowo na strukturze cechu, z zachowaniem tradycyjnej relacji mistrz - uczeń⁶⁸. Stosunkowo wysokie nakłady ponoszone na ich utrzymanie ze środków miejskich lub królewskich stanowiły dodatkowy impuls rozwoju zamówień publicznych, nie wspominając o szerzeniu fachowej wiedzy prawniczej. Pierwsze uniwersytety odegrały istotną rolę w recepcji prawa rzymskiego w kształcie nadanym mu przez Justyniana (w ramach *corpus iuris civilis*), przede wszystkim w zakresie statusu osób fizycznych i prawnych, skarbu państwa i zasad obrotu gospodarczego, przyczyniając się do usprawnienia prawa kontraktowego w średniowiecznej Europie, a pośrednio także zamówień państwowych i samorządowych⁶⁹. Zapoczątkowana w średniowiecznych miastach praktyka wycinkowej regulacji ochrony interesów publicznych przy zamawianiu świadczeń na potrzeby komunalne utrzymała się przez wiele wieków, pomimo kryzysu komuny i zastąpienia jej samorządem kontrolowanym przez władzę centralną, aż do czasu ponownego włączenia tej problematyki w sferę regulacji państwowych.

Funkcjonowanie dworskich i miejskich zamówień w drugiej połowie średniowiecza nie łączyło się z jakimiś przełomowymi przeobrażeniami, z uwagi na utrzymujące się ciągle zależności feudalne. W Polsce w okresie monarchii patrymonialnej – w nieco większym stopniu niż w krajach zachodnioeuropejskich – podstawą utrzymania państwa były daniny naturalne i różne świadczenia osobiste ludności zależnej. Niemalą rolę odgrywała też praca przymusowa tzw. przypisańców, czeladzi i jeńców⁷⁰. Zamówień odpłatnych w pieniądzu w państwach środkowoeuropejskich udzielano rzadko, choć ich znaczenie wzrastało sukcesywnie wraz z wprowadzaniem czynszowego rozliczania powinności feudalnych. Pośród danin naturalnych podstawowe znaczenie miały dostawy żywności niezbędnej dla dworu i wojska, koni i oręża, a także przedmiotów rzemiosła domowego. Szczególną rolę

⁶⁸ Por. zwłaszcza A. Vetulani, *Początki najstarszych wszechnic środkowoeuropejskich*, Kraków 1970, s. 6 i nast. oraz W. Jordan, *The Middle Ages An Encyclopedia for Students*, vol. 4, New York 1996, s. 146.

⁶⁹ Z uwagi na potrzeby państwa polskiego, reformowanego przez Kazimierza Wielkiego, w Akademii Krakowskiej erygowano aż 5 katedr prawa rzymskiego, 3 kano-nicznego, 2 medycyny i 1 sztuk wyzwolonych. Stąd potocznie Akademia nazywana była „krakowską szkołą prawniczą”. Por. A. Vetulani, *Początki wszechnicy krakowskiej*, „Czasopismo Historyczno Prawne” 1964, Nr XVI (2). Na utrzymanie Akademii poświęcono część dochodów z żup solnych w Wieliczce i Bochni. Por. Z. Gloger, *Encyklopedia staropolska*, Warszawa 1900, hasło: „Akademia Krakowska”.

⁷⁰ Jeszcze w latach trzydziestych XVI w. przy przebudowie Wawelu korzystano z pracy licznych jeńców tatarskich. Por. M. Ferenc: *Rachunki budowy zamku krakowskiego* 1531, Kraków 2000, s. 18 i n.

odgrywały książęce wsie służebne, specjalizujące się w hodowli zwierząt, myślistwie lub rękodzielnictwie⁷¹. Potem świadczenia służebne zamieniano na czynsze pieniężne, obciążające osiadłą ludność wsi i miast książęcych. Czynszowego charakteru nabierała także dzierżawa licznych gruntów rolnych i leśnych oraz realności miejskich stanowiących własność panującego, a potem państwa (tzw. królewszczyzny). Na ziemiach polskich aż do końca I Rzeczypospolitej utrzymały się jednak pewne okolicznościowe daniny naturalne (święteczne) w postaci obowiązkowego dostarczenia dziczyzny, ryb, jaj itd.⁷². Ludność obciążano ponadto obowiązkiem budowy i naprawy grodów, murów miejskich, dróg, przepraw, przesiek itd., a także pełnienia straży, udzielania gościny dla dworu i urzędników podróżującego monarchy, powinności komunikacyjnych (przewóz, przewodnictwo, konwój), łowieckich (dozór, nagonka, utrzymywanie psów gończych) itd.⁷³. Obowiązek wojskowy także w dużym stopniu miał charakter osobisty (pospolite ruszenie) w odniesieniu do szlachty i ludności wiejskiej (1 kmieć z kilku wsi), ludność miejska zaś musiała wzmacniać załogi grodowe⁷⁴. W szczególności rycerze stawiali się na wojnę „konno i zbrojnie z orszakiem”, w skład którego wchodził rycerze zależni i sołtysi, odpowiednio uzbrojeni i wyposażeni, w zamian otrzymywali określone beneficja. W zakresie przymusowych świadczeń osobistych umowne zamówienia publiczne były zbędne

Początkowo zaopatrzenie dworu książęcego i aparatu urzędniczego zapewniał cześnik, stolnik, łowczy, koniuszy itd. dopiero potem ustanowiono urząd skarbnika sprawującego kompleksowy zarząd skarbem, kontrolę wydatków i archiwizację dokumentów majątkowych⁷⁵. Zaopatrzeniem bieżącym dworu kierował ochmistrz, którego wspomagali szafarze. Na prowincji majątnościami książęco-królewskimi zarządzali namiestnicy (województwie), na niższym stopniu struktury działali kasztelanowie (kilkudziesięciu), którym podlegali włodarze. Z czasem kasztelańskie obowiązki majątkowe przejmowali starostowie, powoływani już za czasów Wacława II i W. Łokietka⁷⁶.

⁷¹ Por. P. Smoczyński, *Problematyka polskich wsi służebnych w oświetleniu historyków i językoznawców*, „Annales Universitatis Mariae Curie – Skłodowska”, sectio F, vol. XXVII, Lublin 1972, s. 161 i nast.

⁷² Por. dane z lustracji królewszczyzn, zawarte w opracowaniach J. Małeckiego. *Lustracja województwa krakowskiego 1564*, Warszawa 1962 oraz A. Falniowskiej – Gradowskiej, *Lustracja województwa krakowskiego 1789*, Warszawa 1962.

⁷³ Por. dane z opracowania W. Ochmańskiego, *Lustracja województwa sandomierskiego 1564-1565*, Ossolineum 1963.

⁷⁴ J. Bardach, (w:) *Historia ustroju i prawa państwa polskiego*, Warszawa 1999, s. 115.

⁷⁵ Ibidem, s. 67

⁷⁶ Ibidem, ss. 67–68.

W okresie monarchii stanowej doszło wprawdzie do wzrostu znaczenia zamówień publicznych, z uwagi na zwiększenie funkcji państwa i miast królewskich, ale nadal utrzymywały się jeszcze daniny naturalne i rozmaite świadczenia osobiste ludności. Rozszerzeniu uległy powinności wojskowe, które rozciągnięto na administratorów dóbr kościelnych i wszystkich mieszczan⁷⁷. Chłopi z dóbr prywatnych obciążeni byli osobistym udziałem w obronie zagrożonego terytorium, niezależnie od służby wybranych poddanych w orszaku rycerskim, natomiast spośród kmieci osiadłych w królewszczynach rekrutowano dodatkowo piechotę i łuczników. Podejmowano starania zmierzające do uporządkowania szlacheckiego pospolitego ruszenia. W szczególności wprowadzono zasadę powszechności tego rodzaju służby, określając bliżej podstawy jej funkcjonowania, uchylanie się zagrożone było karą konfiskaty mienia. Z drugiej strony jednak wymagania te nie były w pełni przestrzegane, mieszczan w ogóle uwolniono od służby wojskowej poza murami miejskimi, natomiast udział w wyprawie zagranicznej rycerzy i szlachty stał się odpłatny⁷⁸. Pojawiły się tzw. oddziały zaciężne, rekrutowane doraźnie na zasadach odpłatności. Na stałe funkcjonowały jedynie chorągwie nadworne, pozostające w bezpośredniej dyspozycji monarchy oraz rozmaite straże (zamkowe, miejskie) pełniące zadania o charakterze porządkowo-policyjnym.

Wraz z rozwojem sztuki wojennej rozszerzeniu uległy potrzeby zaopatrzeniowe z zakresu nowego rodzaju uzbrojenia (broń palna, materiały wybuchowe). Wzrost znaczenia zamówień odpłatnych w pieniądzu następował także pod wpływem rozwoju budownictwa warownego⁷⁹, lokacji nowych miast i wsi, rozbudowy traktów handlowych, portów rzecznych i morskich itd. Niemale były też potrzeby osobiste monarchy, jego kancelarii i innych urzędów królewskich⁸⁰.

⁷⁷ Obok otoczenia miasta murami i późniejszej ich naprawy oraz utrzymywania „załogi”, mieszczanie obowiązani byli utrzymywać tzw. wozy bojowe i inne urządzenia niezbędne na wypadek wojny. Powinności te były aktualne także w okresie I Rzeczypospolitej. Por. zwłaszcza dokumenty lustracyjne powołane przez A. Falniowską-Gradowską, op. cit. oraz H. Madurowicz-Urbańską, *Lustracja województwa sandomierskiego 1789*, cz. I, Ossolineum 1971.

⁷⁸ Na mocy przywileju piotrkowskiego z 1388 r. za udział w wyprawie zagranicznej należało się rycerzowi wynagrodzenie 5 grzywien od kopii.

⁷⁹ Tylko w czasach panowania Kazimierza Wielkiego wzniesiono ponad 50 zamków królewskich, a 27 miast otoczono murami, nie licząc budowy innych fortyfikacji. Z późniejszego okresu zob. dla przykładu: *Rachunki z prac budowlanych w Nowym Mieście Korczynie 1403–1408*, w oprac. J. Korwacińskiej, „Kwartalnik Historii Kultury Materialnej” 1956, t. IV (zeszyt dodatkowy), s. 550 i n.

⁸⁰ Por. dla przykładu *Rachunki królewskie z lat 1393–1395 i 1412 – podręcztwa krakowskiego i stacji nowosądeckiej*, w oprac. J. Wajsa, *Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych*, Kraków 1993, s. 8 i nast.

Podstawę dochodów skarbowych stanowiły wpływy z rozległych dóbr królewskich (czynsze i opłaty) z rozmaitych regaliów (mennicy, żup solnych, kopalni, hut, jezior, rzek, borów, propinacji), z tytułu podatków i ceł, myt i innych opłat publicznoprawnych, a w razie konieczności – z tytułu pożyczek pod zastaw dóbr królewskich. Ustabilizowane w latach 1374-1381 opodatkowanie ludności (przywilej koszycki, rozszerzony potem na duchowieństwo) nie odgrywało jednak istotnej roli z uwagi na nadanie szlachcie wolności podatkowej. Pobór nadzwyczajny wymagał zgody sejmików ziemskich. Wyjątkiem był podatek „poradny” pobierany od chłopów w niewielkiej wysokości (2 gr. od łanu), podobnie jak i „szosowe” uiszczane od majątku mieszczańskiego.

Sprawami skarbowymi zarządzali podskarbiowie królewscy i ich zastępcy (podskarbi nadworni)⁸¹, którzy prowadzili rachunki dochodów i wydatków. Wszystkie wydatki pieniężne, nawet na potrzeby osobiste monarchy i jego dworu były skrupulatnie rejestrowane ze względu na planowanie i kontrolę⁸². W terenie działały tzw. podrzęctwa królewskie (viceprocuratio), obsługujące liczne rezydencje królewskie nazywane „stacjami”, służące do dłuższego pobytu (schronienia) monarchy i dworu, a nawet pobytu krótkotrwałego na wypadek podróży lub wyprawy wojennej⁸³. Gospodarkę w królewskich miastach prowadzili starostowie i podlegający im administratorzy dóbr. W miastach królewskich gospodarkę sprawował wójt dziedziczny, zastępowany z czasem pochodzącym z nominacji burgrabią, we wsi zaś sołtys (zasadzca). Ich uposażeniem było wójtostwo (sołectwo) obejmujące przede wszystkim grunt nadany w związku z lokacją, które mogło być wykupione przez króla, szlachtę lub mieszczan⁸⁴. Obok administracji królewskiej, w niektórych miastach królewskich i prywatnych, zwłaszcza

⁸¹ Znany dawniej urząd skarbnika (generalnego) przestał funkcjonować prawdopodobnie z celowego braku „obsady”, w związku z przejęciem nadzoru nad finansami państwa przez samego panującego. Por. Z. Góralski, *Urzędy i godności w dawnej Polsce*, Warszawa 1998, s. 146.

⁸² Do najstarszych zachowanych należy rejestr podrzęctwa niepołomickiego z 1390 r., w którym wspomina się o wcześniejszych rachunkach dworu. Por. H. Wajs: op. cit., s. 5.

⁸³ Obok podrzęctwa wawelskiego, do najczęściej odwiedzanych przez Jagiellonów należały podrzęctwa niepołomickie, nowokorczyńskie, proszowickie, wiślickie i nowosądeckie.

⁸⁴ Ujawniająca się w XV w. sprzeczność interesów pomiędzy właścicielami dóbr a sołtysami przyczyniła się do ustanowienia w 1422 r. statutu wareckiego, zgodnie z którym właściciel wsi mógł usunąć „nieużytecznego lub buntowniczego sołtysa”, nakazując mu przymusową sprzedaż sołectwa, a w razie braku nabywcy – sam mógł wykupić sołectwo po oszacowaniu pod kontrolą sądu ziemskiego. W wyniku zaś konstytucji z 1563 r. wprowadzono zasadę, że wszystkie sołectwa nie będące w gestii szlachty są „na skupie”. W połowie XVII w. zostało ich tylko ok. 20%.

lokowanych na prawie teutońskim, funkcjonował samorząd miejski z radą i burmistrzem, zajmujący się lokalną gospodarką publiczną.

Odpłatnych zamówień państwowych i samorządowych udzielano na zasadach ogólnych prawa cywilnego. W praktyce liczyło się jednak zaufanie do indywidualnego dostawcy (wykonawcy), poparte jego wiarygodnością i zdolnościami do należytego wykonania zamówienia. Sposoby weryfikacji tej zdolności i innych pożądaných właściwości potencjalnego kontrahenta pozostawiano uznaniu urzędnika dokonującego wydatku lub regulowano administracyjnie (instrukcje). W odniesieniu do zamówień o szczególnej doniosłości kierowano się opinią zaprzyjaźnionego dworu, instytucji kościelnej lub innymi referencjami. Dlatego w zaopatrzeniu dworskim dominowali stali (nadworni) dostawcy papieru, mebli, sprzętu, odzieży, żywności, owoców egzotycznych, pasz i t.d., a także zaufani wykonawcy usług rzemieślniczych lub transportowych. Podskarbiowie i viceprokuratorzy udzielali zamówień większej wartości, natomiast bieżącym zaopatrzeniem zajmowali się intendenci, zwani ochmistrzami i szafarzami (prowadzili magazyny). Działali z własnej inicjatywy lub na polecenie podskarbiego bądź nawet samego monarchy, np. szafarz podrzectwa wawelskiego otrzymywał ok. 30 grzywien tygodniowo na bieżące wydatki dworu⁸⁵. Dominowały umowy kupna-sprzedaży, o dzieło i zlecenia⁸⁶, zawierane według polskiego (litewskiego) prawa zwyczajowego lub miejskiego prawa niemieckiego, uzupełnionego statutami: piotrkowskim (1356), wiślickim (1362), wareckim (1423) i litewskim (1529), pozostającymi – jak wiadomo – pod znaczącym wpływem prawa rzymskiego.

Zapoczątkowany przywilejem cerekwicko-nieszawskim z 1454 r., ponad trzechsetletni okres I Rzeczypospolitej charakteryzował się niewielkim wzrostem znaczenia zamówień publicznych z uwagi na utrzymujące się niemal do

⁸⁵ Por. H. Wajs, op. cit., s. 53.

⁸⁶ Przykładowo wielką przebudowę Wawelu w latach 1504–1548 kierował Franciszek Florentczyk, a po jego śmierci w 1518 r. Bartolomeo Berecci, jako nadworni architekci sprowadzeni z Florencji. Największych wydatków dokonano w okresie dużego nasilenia prac w latach trzydziestych XVI w. za panowania Zygmunta Starego, przy którym podskarbiem był S. Tarnowski, a podrzęczym krakowskim Melchior Czyrzowski. Wydatki finansowano z dochodów osiąganych z żup solnych w Wieliczce i Bochni, którymi zarządzał Seweryn Boner. Bezpośrednio do robót angażowano kilkudziesięciu fachowych kamieniarzy, murarzy i innych rzemieślników specjalnie sprowadzonych zwłaszcza z Budy i ze Spisza. Kamień sprowadzono aż ze złóż w okolicach Myślenic i Dobczyc. Cegłę wyrabiano w sąsiednim mieście Kazimierzu. Na potrzeby budowy pracowało kilkadziesiąt warsztatów rzemieślniczych: stolarskich, kowalskich, zduńskich, szklarskich itd., wybranych indywidualnie, według zaufania, z Krakowa, Kaźmierza, Olkusza, Wadowic a nawet z miast śląskich. W celach kontrolnych na bieżąco ewidencjonowano poszczególne wydatki w formie rachunków. Por. M. Ferenc, op. cit., s. 2 i nast.

schyłku tego okresu rozwiązania feudalne, właściwe dla gospodarki folwarczno-pańszczyźnianej⁸⁷. Towarzyszyła im swoista prywatyzacja zadań publicznych, powierzanych w dużym zakresie możnowładcom wraz z dziedzicznymi lub nawet zbywalnymi urzędami (słynne rozdawnictwo urzędów i królewskich)⁸⁸, w warunkach nieodpłatnego sprawowania funkcji publicznych, lecz z prawem zaspakajania „wynagrodzenia” bezpośrednio z mienia skarbowego. Blokowały one rozwój stosunków towarowo - pieniężnych, zwłaszcza rzemiosła i handlu, przyczyniając się do regresu wielu miast i ograniczania przychodów skarbowych. W zakresie załatwiania spraw publicznych poważnym mankamentem była prywatata i inne patologie obciążające reprezentację majątkową państwa⁸⁹. Zajęcie południowo-wschodnich terytoriów europejskich przez Imperium Osmańskie spowodowało ponadto upadek tranzytu handlowego. Wyniszczające wojny prowadzone zwłaszcza w XVII w. nadwyreżyły poważnie wszystkie sfery życia społeczno-gospodarczego. Skarb państwa funkcjonujący odrębnie względem skarbu królewskiego (od początku XVI w.)⁹⁰ ciągle pozostawał w niedostatku. Brak reform społeczno-ustrojowych, zwłaszcza skarbowości i związana z tym utrata zdolności obronnych państwa to jedna z głównych przyczyn jego upadku w wyniku rozbiorów. Wyjątkowo destrukcyjnie działała też korupcja. Nadużyć w zakresie zamówień państwowych dopuszczali się zwłaszcza zarządzający od 1504 r. samodzielnie finansami państwowymi, podskarbiowie (statut Aleksandra)⁹¹, którzy kontrolowali ściąganie dochodów (w tym z królewskich), dokonywali większych wydatków państwowych, wypłacali żołd wojsku, nadzorowali wydatkowanie środków przez niższych urzędników itd. Tradycyjna rachunkowość wydatków państwowych stała się niewystarczająca. Dla ukrycia praktyk korupcyjnych fałszowano księgi rachunkowe i sprawozdania⁹², zawierano fikcyjne kontrakty, zawyżano koszty i t.d., celem „unikając” spod słabej kontroli Sejmu. Sytuacja nie uległa poprawie nawet po przejęciu w 1616 r. kontroli nad skarbem

⁸⁷ Sytuację doskonale obrazują zachowane dokumenty, por. zwłaszcza A. Chmiel: *Rachunki dochodów i wydatków Zygmunta Augusta 1544–1548*, t. 1, Kraków 1911 oraz A. Pawiński, *Księgi podskarbińskie z czasów Stefana Batorego 1576–1586* (w:) *Źródła dziejowe*, t. 9, Warszawa 1881.

⁸⁸ Por. J. Bardach, op. cit., s. 228, a także S. Ciara, *Senatorowie i dygnitarze koronni w drugiej połowie XVII wieku*, Ossolineum 1990, s. 11 i nast.

⁸⁹ Por. T. Zielińska, *Kwestia bezpłatności urzędów publicznych w Rzeczypospolitej XVII–XVIII w.* (w:) *Władza i społeczeństwo w Polsce XVII–XVIII w.*, Warszawa 1989, 202 i n.

⁹⁰ O jego statusie zob. zwłaszcza Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa polskiego*, t. II, Warszawa 1966, s. 143 i nast.

⁹¹ Por. Z. Góralski, op. cit., s. 111.

⁹² Por. zwłaszcza J. Bardach, op. cit., s. 233–234.

i finansami państwa przez Trybunał Skarbowy Radomski⁹³. Ciągłe nadużycia i inne mankamenty obciążające zarządzanie dobrami skarbowymi (królewskimi) ujawniały prowadzone okresowo komisyjne kontrole stanu majątkowego tych dóbr⁹⁴. Korupcja była też głównym narzędziem torpedowania reform z XVIII w. Przełomowe, lecz – niestety – mocno spóźnione, reformy Sejmu Wielkiego, zwłaszcza w zakresie skarbowości, wojska i administracji nie zdołały ocalić bytu państwowego, zostały bowiem unicestwione w wyniku zawiązania konfederacji targowickiej i najazdu rosyjskiego w połowie 1792 r.

W dobie monarchii absolutnej

Początki wycinkowych regulacji procedur udzielania zamówień publicznych sięgają czasów monarchii absolutnej, która osiągnęła swoje szczytowe stadium rozwoju za długoletniego panowania Ludwika XIV we Francji (1651-1715). Był to okres, w którym Francja, po sukcesach w wojnach z austriackimi i hiszpańskimi Habsburgami stała się pierwszym mocarstwem z szerokimi wpływami politycznymi i kulturowymi na całą Europę⁹⁵. Utrwalony we Francji model rządów absolutnych oparty na centralizmie i biurokratyzmie stał się wzorcowy dla wielu państw europejskich, przetrwał aż do rewolucji z 1789 r., a niektóre jego elementy kontynuowane były także później, w ustroju monarchii konstytucyjnej. Usprawnieniom w zarządzaniu państwem towarzyszyła merkantylna polityka, zmierzająca do wzmocnienia siły gospodarczej państwa, świadomie kształtowana od początku XVI w., zwłaszcza w Hiszpanii, Portugalii, Francji i Anglii. Polegała ona na aktywnym wspieraniu wzrostu gospodarczego z wykorzystaniem mechanizmów rozwijającej się wymiany towarowo-pieniężnej. W szczególności szlachtę włączono w sferę handlu i przemysłu, a także do sprawowania licznych urzędów i funkcji publicznych, wspierano rozwój miast, handlu i rzemiosła oraz produkcji z zastosowaniem manufaktur, zniesiono osobiste poddaństwo chłopów, a rozmaite daniny naturalne zastępowano sukcesywnie podatkami i innymi świadczeniami pieniężnymi (czynszami), uruchomiono też

⁹³ Por. J. Tazbir, *Trąd w pałacu Rzeczypospolitej*, „Respublika” 1994, nr 86, s. 42 i nast. oraz P. Wiatrowski, *Zjawisko korupcji i jego penalizacja w ujęciu historycznym* (cz. II), „Palestra” 2006, nr 9–10, s. 175 i nast.

⁹⁴ W wyniku ostatnich lustracji z 1765 i 1789 r. wykryto wiele dochodów oficjalnie nieujawnianych. Przykładowo w następstwie pierwszej z tych lustracji kwarta koronna (podatek na tzw. wojsko kwarciane) wzrosła aż dziesięciokrotnie. Por. A. Sucheni-Grabowska, (w:) *Encyklopedia historii gospodarczej Polski do 1945 r.*, Warszawa 1981, t. I, s. 433.

⁹⁵ M. Szczaniecki, op. cit., s. 265 oraz J. Malec i D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, Kraków 2000, s. 31 i nast.

aktywną politykę proeksportową wraz z udogodnieniami w transporcie morskim i łączności (kolonizacja nowych lądów). Tymczasem w Europie Wschodniej panowała wtedy stagnacja, konserwowana feudalnym porządkiem prawnym. Z braku reform aktywność gospodarcza szlachty poszła w odwrotnym kierunku – umocnienia mechanizmów gospodarki folwarczno-pańszczyźnianej, znoszonych dopiero w II połowie XIX w.

W okresie absolutyzmu oświeconego doszło do rozbudowy funkcji państwa i administracji, unowocześnienia finansów publicznych i istotnego wzrostu znaczenia zamówień rządowych, udzielanych z zastosowaniem umów cywilnoprawnych. Z czasem przymus feudalny i świadczenia osobiste ludności zeszły na margines. Na wzór rozwiązań starożytno-rzymskich wyodrębniono skarb państwa względem nadwornego majątku królewskiego. Potrzeby budownictwa publicznego, zwiększenie stanu wojska zawodowego, rozbudowa administracji, zakładanie (licznych) manufaktur królewskich, tworzenie coraz to nowych dyrekcji rządowych (pocztowych, portowych, majątkowo-skarbowych, szkolnych, szpitalnych itd.) uzasadniały wzrost wydatków i konieczność zorganizowania sprawnego aparatu finansowego, racjonalnego operowania uprawnieniami do reprezentacji państwa (samorządu) i ustalenia nowych zasad zamawiania dostaw i robót na potrzeby publiczne. Równoległe dały o sobie znać spotęgowane liczebnym wzrostem zamówień zagrożenia korupcyjne i różne inne nadużycia rzutujące bezpośrednio na efektywność wydatków skarbowych.

We Francji obok ministrów resortowych podporządkowanych bezpośrednio królowi ustanowiono urząd głównego kontrolera finansów, czuwający nad wykonaniem budżetu i zamówieniami publicznymi⁹⁶. W prowincjach działali gubernatorzy oraz fachowi intendenci jako funkcjonariusze administracji skarbowej, z rozległymi uprawnieniami, m. in. w zakresie nadzoru nad gospodarką samorządu miejskiego. Orzecznictwem w sprawach skarbowych zajmowała się Izba Obrachunkowa, wyodrębniona z Parlamentu jeszcze w XIV w. Obsługę tych organów zapewniali wykwalifikowani urzędnicy, pozostający w stosunku służby cywilnej, ze stałym wynagrodzeniem płatnym z budżetu państwa.

Krótkotrwały okres monarchii absolutnej w Anglii (do I połowy XVII w.) charakteryzował się jednak nieprzerwaną obecnością Parlamentu w życiu publicznym państwa i mniejszym znaczeniem administracji królewskiej, co niewątpliwie przyczyniło się do wcześniejszego ukształtowania ustroju monarchii konstytucyjnej i państwa prawa. W terenie zaś do dzisiaj dominuje administracja samorządowa.

⁹⁶ Por. M. Szczaniecki, op. cit., s. 268–269 oraz K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 1991, s. 115.

Z kolei w Austrii i Prusach rządy absolutne z właściwą im administracją hierarchiczną przypadają dopiero na XVIII w. W wyniku reform terezańsko-józefińskich utworzona została Nadworna Izba Skarbowa zajmująca się finansami państwa i zarządem skarbowym, a potem Izba Obrachunkowa, której powierzono kontrolę nad rachunkowością budżetową, zwłaszcza nad wydatkami państwowymi⁹⁷. W terenie działali gubernatorzy i starostowie obwodowi, a terenowe izby skarbowe odpowiadały za sprawy finansowe. Miasta otrzymały samorząd sprawowany przez wydziały miejskie i magistraty z burmistrzami, natomiast administrację wobec ludności wiejskiej wykonywał wójt mianowany przez właściciela wsi. Absolutyzm w Prusach wprowadził król Fryderyk I (1713-1740), a ugruntował jego syn Fryderyk II (1740-1786), korzystając ze sprawnej, szybkiej w działaniu i fachowej administracji. Król rządził osobiście wydając ministrom i innym urzędnikom (dyrektorom) tzw. nakazy gabinetowe lub instrukcje, także w zakresie zamówień publicznych. W prowincjach administrację sprawowali prezydenci, którzy przewodniczyli tzw. kamerom, spośród których dwie: wojskowa i ekonomiczna miały szerokie uprawnienia w zakresie zamawiania robót i zaopatrzenia publicznego. W powiatach funkcjonowali starostowie, natomiast nadzór nad miastami należał do mianowanych przez panującego radców skarbowych. Urzędnikom wpajano poczucie lojalności, służebności, odpowiedzialności, bezinteresowności i oszczędności w wydatkach publicznych⁹⁸.

W Rosji w wyniku reform Piotra I i Katarzyny II utworzono Senat Rządzący, którego kompetencje z czasem ograniczano, ostatecznie - do uprawnień kontrolno-orzecznich, natomiast realną administrację sprawowały tzw. kolegia zastąpione w 1802 r. ministerstwami⁹⁹. Szczególną rolę odgrywał generał prokurator z prokuraturą i podporządkowanymi mu prokuratorami terenowymi nadzorujący przestrzeganie prawa. Kontrolą wewnątrz administracyjną i zwalczaniem nadużyć zajmował się urząd fiskałów¹⁰⁰. Administracją terenową kierowali gubernatorzy i wojewodowie w prowincjach, a także komisarze w dystryktach. Sądownictwo nadzorowane było przez prokuratora podległego ministrowi sprawiedliwości, usamodzielnienie sądów nastąpiło dopiero w wyniku reformy z 1864 r. Zniesiono też znane od dawna tzw. kormlenie, polegające na bezpośrednim utrzymywaniu urzędnika lokalnego przez okoliczną ludność, a nie na koszt państwa¹⁰¹.

⁹⁷ Więcej o tym O. Balzer, *Historyja ustroju Austrii*, Lwów 1899 oraz J. Malec, D. Malec: op. cit., s. 41 i nast.

⁹⁸ J. Malec, D. Malec, op. cit., s. 45-46.

⁹⁹ Por. K. Koranyi, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 1976.

¹⁰⁰ J. Malec, D. Malec, op. cit., s. 49.

¹⁰¹ Ibidem, s. 52 i 131.

Absolutyzm w Rosji utrzymał się aż do początku XX w. Kryzys feudalizmu i rewolucje burżuazyjne torujące drogę do monarchii konstytucyjnej w większości państw europejskich ominęły Rosję. Usprawnienia organizacyjne wprowadzone przez Aleksandra I (reorganizacja Senatu i utworzenie doradczej Rady Państwa, ustanowienie urzędu ministra, jednoosobowe kierownictwo resortem, zastąpienie prowincji powiatami z naczelnikami i t. d.) poprawiły nieco funkcjonowanie administracji rządowej¹⁰². W 1864 r. na szczeblu guberni i powiatu ustanowiono samorząd ziemski (szlachecki), natomiast na szczeblu gminy – samorząd wiejski, a dopiero od 1870 r. mógł działać samorząd miejski z radą, zarządem i prezydentem, z wyłączeniem jednak Królestwa Polskiego. Nadzór nad samorządem sprawowali gubernatorzy. Od połowy XIX w. w resorcie finansów działały też gubernialne izby obrachunkowe odpowiedzialne za kontrolę spraw fiskalnych i zamówień skarbowych, nadzorowane przez Głównego Kontrolera Państwa. Spory dotyczące udzielania zamówień i realizacji tzw. *entreprizy* (z fr. *przedsięwzięcie* lub *dzieło*) oraz dostaw, w tym roszczenia o zapłatę za wykonane roboty i dostawy na rzecz skarbu państwa rozpatrywały komisje wojewódzkie, a od 1837 r. urzędy gubernialne¹⁰³.

Przy udzielaniu i wykonywaniu umownych zamówień publicznych nadal jeszcze dużą rolę odgrywały czynniki administracyjne o charakterze organizacyjnym i kontrolnym, stymulujące wyższą efektywność wydatków publicznych. Uprawnień majątkowych z zakresu reprezentacji skarbu państwa udzielano coraz to lepiej przygotowanym urzędnikom. Zaufanie osobiste zastępowano zaufaniem do kwalifikacji zawodowych. Szczegółowa kontrola administracyjna wydatków (rachunków) zapobiegać miała nadużyciom a surowa odpowiedzialność karno-administracyjna za uchybienia dopełniała zorganizowanego sposobu ochrony interesów skarbowych. Idea ta znalazła dobitne odzwierciedlenie w ukazie carskim z 1711 r. o ustanowieniu Senatu, w którym postanowiono, że „winno się wybrać oberfiskala, człowieka mądrego i uczciwego (nie bacząc na stan, z którego pochodzi), a do jego kompetencji powinno należeć: sprawowanie sekretnego nadzoru nad wszystkimi sprawami i wywiadywanie się o niesprawiedliwych wyrokach, również nadzór skarbu itp. Kto zaś będzie postępował nieuczciwie, tego fiskal winien pozwać przed Senat (nie bacząc na zajmowaną przez oskarżonego pozycję) i tam go skarżyć. Jeśli oskarżenie potwierdzi się, to połowa nałożonej grzywny zostanie wpłacona do skarbu państwa, a druga przekazana fiskalowi; gdyby вина oskarżonego nie została dowiedziona, wówczas fiskal karać nie należy, lecz zagrozić mu surową karą i konfiskatą całego jego

¹⁰² Por. M. Szczaniecki, op. cit., s. 549.

¹⁰³ Ibidem, s. 552.

majątku. Powinien mieć pod sobą fiskałów prowincjonalnych, do każdej sprawy po jednym, a ci pod sobą jeszcze pewną liczbę podwładnych, którzy będą mieli taką samą władzę, jak oberfiskał, nie mogąc tylko – jak on – pozwać przed sąd najwyższego sędziego lub dowódcę wojska”¹⁰⁴.

W Rosji carskiej te szczególne, charakterystyczne dla tamtej epoki, rozwiązania normatywne nie funkcjonowały jednak należycie. Liczebny wzrost zamówień rządowych i towarzyszących im zagrożeń oraz nieudolność aparatu administracyjnego (zmuszała do angażowania cudzoziemców) sprawiły, że nie udało się dostatecznie wyplenić łapówkarstwa, kumoterstwa i innych patologii w zamówieniach publicznych. Urzędnicy centralni, jak i lokalni, ciągle uważali zajmowane stanowiska za źródło dodatkowych dochodów, często kilkakrotnie przewyższających pobierane od państwa pensje. Korupcja utrzymywała się więc nadal jako jedna z charakterystycznych cech carskiej administracji. Ofiarowanie tzw. kubana urzędnikowi traktowano jako rzecz naturalną, funkcjonowały nawet nieoficjalne cenniki łapówkarskie¹⁰⁵. Ograniczeniu tych praktyk służyć miała wydana dopiero w 1900 r. ustawa o dostawach i robotach skarbowych.

W europejskim modelu monarchii absolutnej zamówienia publiczne zajmowały poczesne miejsce przede wszystkim z uwagi na potrzebę zapewnienia sprawnego funkcjonowania państwa i samorządu oraz skutecznej ochrony publicznych interesów finansowych. Narastające trudności organizacyjne w zapewnieniu dostatecznej efektywności „zamówień skarbowych”, w obliczu gwałtownego ich umasowienia przezwyciężano początkowo rozmaitymi sposobami organizacyjnymi, zwłaszcza racjonalnym operowaniem uprawnieniami w ramach reprezentacji skarbowej, w połączeniu z instrukcjami ustalającymi wiążące sposoby wyłaniania wiarygodnych dostawców (wykonawców) i konstruowania ekwiwalentnych kontraktów. Dopiero potem pojawiły się wyspecjalizowane regulaminy, a w końcu regulacje prawa stanowionego.

W piśmiennictwie za pionierską instrukcję dotyczącą publiczno-ofertowego zlecenia robót budowlanych uważa się francuskie wytyczne z 1535 r. (na ich istnienie wskazuje zachowany protokół udzielenia zamówienia)¹⁰⁶, zalecające zebranie i porównanie ofert złożonych w następstwie publicznego zaproszenia w celu wyłonienia najlepszego kandydata do udzielenia zamówienia.

¹⁰⁴ Podaję za J. Malec, D. Malec: op. cit., s. 50.

¹⁰⁵ Por. A. Chwalba, *Imperium korupcji w Rosji i Królestwie Polskim w latach 1861–1917*, Universitas – Kraków 1995, s. 108 i nast., a także J. Malec, D. Malec, op. cit., s. 132.

¹⁰⁶ Por. N. Dittrich, G. Ermisch, S. Kockritz, C. Lamm, *Kommentar zur Bundeshaushaltsordnung*, München, 1977, Teil I, § 55 oraz Ch. Riese, *Vergaberecht. Grundlagen – Verfahren – Rechtsschutz*, Berlin, Heidelberg, New York 1998, s. 2 i nast.

Z kolei pierwsze wytyczne na ziemiach niemieckich łączą się z recepcją rozwiązań francuskich z połowy XVI w. na obszarze południowych Niemiec¹⁰⁷. Tytułem przykładu podaje się instrukcję wojskową z 1542 r. dotyczącą budowy fortyfikacji w bawarskim Ingolstadt, nakazującą uruchomienie publicznego ogłoszenia dla rozeznania zainteresowania wykonawców w celu zawarcia umowy z tym, kto podejmie się wykonania robót na najlepszych warunkach¹⁰⁸. Jako dalszy przykład wskazuje się regulamin władz hamburskich (wolnego miasta hanzeatyckiego) z 1617 r. zawierający wytyczne w zakresie zamawiania robót budowlanych, mające na celu „zaprowadzenie oszczędności w kosztach”¹⁰⁹. W imię efektywności ekonomicznej transakcji i ochrony Miasta przed nadużyciami zalecano porównanie ofert pisemnych lub składanych ustnie do protokołu, połączone z wstępnym badaniem wiarygodności wykonawców. Brak jednak danych o okresie obowiązywania tego regulaminu. Nie odnotowano też, aby stał się on wzorem dla innych miast hanzeatyckich.

Pierwsze wytyczne narzucające konieczność poprzedzenia zamówienia publicznego rozeznaniem ofert (*das Submissionswesen*) stanowiły prawdopodobnie przejaw renesansowej recepcji prawa rzymskiego (w ujęciu postglosatorów), dopuszczającej możliwość adaptacji starorzzymskich rozwiązań tytułem uzupełnienia luk w rodzimym prawie statutowym¹¹⁰. Nadal jednak nie chodziło o wiążące (zamawiającego) przyrzeczenie wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Mógł on więc swobodnie zdecydować o wyborze oferty albo nawet bezowocnie zamknąć całe postępowanie, uważając, że żadna z propozycji nie odpowiada jego oczekiwaniom. Groziło to niegospodarnością i nadużyciami. Konstrukcję wiążącego przyrzeczenia wprowadzono nieco później, najpierw w związku z rozwojem licytacji, a potem w ramach konkursu opartego o publiczne przyrzeczenie nagrody. Początki konkursu z zastosowaniem jednostronnie wiążącego przyrzeczenia publicznego nauka niemiecka¹¹¹ łączy z rozwijającą się w XVII stuleciu, zwłaszcza w Niemczech i Niderlandach, praktyczną recepcją prawa rzymskiego w ramach *usus modernus pandectarum*, polegającą na twórczej (wzbogacanej o nowe elementy) adaptacji rozwiązań rzymskich do potrzeb rozwijających się stosunków gospodarczych¹¹². Przez pewien czas wią-

¹⁰⁷ Por. H. Schweitzer, op. cit., s. 13 i nast.

¹⁰⁸ R. Thode, op. cit., s. 2, powołujący się na zachowany protokół gildii rzemieślniczej (*Gilderungspunkt II. 1.*).

¹⁰⁹ Por. Ch. Reise, op. cit., s. 2 oraz R. Thode, op. cit., s. 2.

¹¹⁰ Zob. W. Osuchowski, op. cit., ss. 99–101. Więcej o tego rodzaju recepcji W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, op. cit., s. 95 i nast.

¹¹¹ Por. H. Seiler, *Munchener Kommentar zum Burgeliche Gesetzbuch*, Band 3, Munchen 1980, § 657.

¹¹² Por. A. Cordes, H. Luck, D. Muller, R. Schmidt-Wiegand, *Handwörterbuch*

zące konkursy i licytacje funkcjonowały jedynie na gruncie prawa zwyczajowego i statutowego¹¹³ oraz wycinkowej reglamentacji administracyjnej zamówień publicznych. Pierwsze kodeksowe unormowanie jednostronnie wiążącego przyrzeczenia publicznego nastąpiło dopiero w pruskim Landrechcie z 1794 r. (§ 988), natomiast w ogóle nie trafiło do kodeksu Napoleona, a do kodeksu austriackiego wprowadzono je w 1916 r. w ramach wielkiej nowelizacji¹¹⁴. Obie procedury przewidywały już kodeksy: saski z 1863 r. oraz ogólnie niemiecki BGB z 1896 r.

Większe zainteresowanie sposobami efektywnego zamawiania dostaw i robót budowlanych na potrzeby wojska i administracji królewskiej, z wykluczeniem osobistych kryteriów decyzyjnych, przypada dopiero na okres reform administracyjno-finansowych Ludwika XIV we Francji (centralizm biurokratyczny, resortowość, delegowanie uprawnień, racjonalizacja wydatków, kontrola finansowa), w ramach których wydano przepisy o licytacyjnym sposobie zamawiania dostaw i robót, głównie na bieżące potrzeby wojska, gospodarki morskiej i budowy fortyfikacji¹¹⁵. Chodziło o wiążącą co do warunków (ogłoszanych) i wyniku tzw. licytację odwróconą, nazywaną też holenderską, polegającą na stopniowym obniżaniu ceny zamawianego świadczenia w drodze sukcesywnie składanych ofert, poczynsży od ceny wynikającej z oszacowania wartości zamawianego przedmiotu, jako tzw. ceny wywoławczej¹¹⁶. Uwieńczenie procedury następowało wraz z przybiciem, równoznacznym z przyjęciem najlepszej oferty, prowadzącym do automatycznego zawarcia umowy. Ze względów dowodowych treść umowy potwierdzano na piśmie. Szersze operowanie licytacją konieczne było z uwagi na ochronę interesów skarbowych w trudnym okresie wojen toczonych w zachodniej Europie. Wprowadzenie administracyjnego obowiązku licytacyjnego udzielania zamówień skarbowych łączy się bezpośrednio z reformami finansowo-gospodarczymi francuskiego ministra finansów, handlu i marynarki J.B. Colberta, który pełniąc także funkcję nadintendenta budowlanego rozwinął na niespotykaną wcześniej skalę wydatki na infrastrukturę publiczną¹¹⁷.

Za pierwsze udzielone w tym trybie na ziemiach niemieckich zamówienie uważa się kontrakt zawarty przez francuskie władze komisaryczne 22 lipca 1686 r. na rozbudowę fortyfikacji przejętego od Austrii miasta Frybur-

zur *deutschen Rechtsgeschichte*, Koln 2009, „Usus modernus”, a także W. Dajczak, op. cit., s. 101 i nast.

¹¹³ Por. A. Ohanowicz, op. cit., s. 6, nawiązujący do starszej literatury niemieckiej.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Por. M. Heller, *Das Submissionswesen in Deutschland*, Jena 1907, s. 2–3, H. Schweitzer, op. cit., s. 19, a także R. Thode, op. cit., s. 3.

¹¹⁶ Por. M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim* (zagadnienia cywilistyczne), Warszawa 2001, s. 45.

¹¹⁷ M. Heller, op. cit., s. 3 oraz H. Schweitzer, op. cit., s. 19 i nast.

ga¹¹⁸. Początkowo administracyjne wdrażanie licytacji napotykało spore trudności, głównie z uwagi na niski stopień świadomości nowych zasad i słabą konkurencyjność postępowania (mała liczba rzemieślników lokalnych, zmowy cenowe, niebezpieczeństwo dumpingu), w warunkach nacechowanej osobistymi emocjami rywalizacji, zagrażającej dobrej jakości świadczenia. Zapewne najbardziej ryzykowny był swoisty automatyzm licytacyjny, grożący z jednej strony przypadkowością „przybicia”, a z drugiej przesądzający wprost o nieodwołalnym związaniu umową i konieczności jej wykonania. Rosnącym zagrożeniom próbowano przeciwdziałać na różne sposoby. W szczególności wprowadzono wymóg wstępnego szacowania wartości zamówienia, chroniący przed skutkami dumpingu, opłakanymi w wypadku dopuszczenia do wadliwej (nadmiernie oszczędnej) realizacji robót publicznych.

Dalsze usprawnienia w procedurach licytacyjnych następowały, pod wpływem wzorów francuskich, na początku XVIII w., także na obszarze Austrii. Równolegle doskonalono sposoby zlecenia dostaw i robót według „wskazania cechowego”. Król pruski Fryderyk I, który z całą surowością zwalczał wszelkie przejawy korupcji, marnotrawstwa i rozrzutności¹¹⁹ udoskonalił planowanie budżetowe w zakresie wydatków państwa, a w celu upowszechnienia licytacyjnego trybu wyłaniania najlepszych wykonawców wydał w 1724 r. specjalny reglament budowlany¹²⁰ (rozwinięty w 1727 r.) zawierający nowy wymóg proceduralny polegający na konieczności wstępnego badania wiarygodności wykonawców dopuszczanych do licytacji¹²¹. W południowych Niemczech zaś w odniesieniu do większych zamówień budowlanych preferowano generalne wykonawstwo robót, kumulując je w ramach jednego zamówienia udzielanego

¹¹⁸ H. Schweitzer, op. cit., s. 20, odwołujący się wprost do zachowanego w archiwum Miasta protokołu postępowania.

¹¹⁹ Już w 1722 r. w instrukcji skierowanej do Dyrektorium Generalnego oraz Dyrektorium Finansów i Domen nakazywał „pilnie baczyć, aby pułki armijne zawsze były akuratnie i właściwie opłacone i aby w tej sprawie nie zaistniały jakieś braki; zwracać specjalną uwagę na Generalną Prowianturę i lepiej niż dotychczas patrzeć służbom prowiantowym na palce, zwłaszcza przy przeprowadzaniu pomiarów zaopatrzenia w magazynach” (art. 4), uznając sprawę kontrybucji (podatku na cele wojskowe) za „najważniejszą, na którą Generalne Dyrektorium musi skierować swą troskliwość i niezmordowaną staranność, aby nic z niej nie zalegało, a w miejscach, gdzie brak równej klasyfikacji, konieczne jest jednolite oszacowanie oraz jednakowa repartycja, jak również porządek w katastrach” (art. 8), udzielał jednocześnie szczegółowych wskazówek w zakresie sporządzania „budżetu wojny i budżetu domen, jak również budżetów prowincjonalnych” (art. 32), zob. w przekładzie B. Lesińskiego, (w:) *Historia ustroju państwa w tekstach źródłowych*, Warszawa – Poznań 1992, ss. 62–63.

¹²⁰ *Repertorium König Preussischen Landesgesichte*, Gdańsk 1936, s. 66.

¹²¹ H. Schweitzer: op. cit., s. 25.

głównemu wykonawcy, który zlecał następnie większą część robót na własne ryzyko innym rzemieślnikom, zachowując nadzór nad nimi i odpowiedzialność wobec zamawiającego¹²². W szczególności w Badenii (Karlsruhe) już od 1710 r. obowiązywały książęce wytyczne przewidujące licytacyjny tryb udzielania zamówień budowlanych generalnemu wykonawcy, zastąpione później bardziej rozwiniętymi dyspozycjami z 1769 r. Podobne wytyczne funkcjonowały w Bawarii, które określały dodatkowo zasady sprawowania nadzoru nad realizowanymi robotami przez „Hofbaumeistra”¹²³. Z kolei we Frankfurcie nad Menem w 1726 r. wydano zarządzenie zakazujące angażowania pojedynczych rzemieślników jako murarzy, kamieniarzy, cieśli itd., natomiast wymagające, aby zamówienia udzielane były w trybie licytacji „na poziomie mistrzowskim za najniższą cenę z akordowym sposobem zapłaty”, co spotkało się nawet z wieloletnimi protestami rzemieślników¹²⁴. W Dreźnie natomiast, którego znaczenie poważnie wzrosło w okresie panowania Augusta II Mocnego – elektora saskiego, obowiązywała od 1720 r. rozwinięta regulacja miejska (Baureglement), uważana powszechnie za główny instrument administracyjny umożliwiający celową rozbudowę miasta w stylu barokowym¹²⁵. Król pruski Fryderyk II na mocy reglamentu z 4 maja 1751 r.¹²⁶ usprawnił nieco, pod względem organizacyjnym, postępowanie licytacyjne (obligatoryjnie protokołowane), w ramach którego konkurenci najpierw składali pisemne propozycje (das Submission), a następnie odbywała się licytacja „w dół”, poczynsz od oferty z najniższą ceną jako „wywoławczą”¹²⁷. Ponadto większe zamówienia budowlane musiały być uprzednio zaplanowane pod względem rzeczowym (projekt) i finansowym (pokrycie) i tylko na tej podstawie mogły być udzielane na warunkach oferty najtańszej. Materiały i inne rzeczy szacowano w oparciu o przeciętne ceny rynkowe. Potem pojawiły się dalsze unormowania wzmacniające ochronę interesów zamawiającego w fazie realizacji umowy (zwłaszcza o karach umownych i zabezpieczaniu roszczeń) oraz surowsze przepisy o odpowiedzialności wykonawcy za wady przedmiotu zamówienia. Wreszcie na mocy królewskiego „rescriptum clemens” z 1787 r. wprowadzono w Prusach nadzór budowlany, sprawowany przez urzędowo uznanego konstruktora

¹²² R. Thode, op. cit., s. 3.

¹²³ H. Schweitzer, op. cit., s. 61 i 68.

¹²⁴ H. Schweitzer, op. cit., ss. 55–56 oraz R. Thode, op. cit., s. 4.

¹²⁵ Por. F. Löffler, *Das alte Dresden*, Dresden 1990, s. 113.

¹²⁶ *Geschichte Friedrichs des Zweiten Königs von Preussen*, wyd. F. Frande, Halle 1787, s. 312.

¹²⁷ Por. R. Thode, op. cit., ss. 3–4. O tego rodzaju licytacji na gruncie prawa francuskiego więcej M. Boratyńska, op. cit., s. 43.

budowlanego¹²⁸. Rozwiązania pruskie były potem naśladowane w wielu innych krajach, zwłaszcza północnoniemieckich. W szczególności od 1790 r. w Kilonii (Schleswig-Holstein) obowiązywało zarządzenie o ofertowo eliminacyjnym udzielaniu zamówień publicznych z tygodniowym terminem na podpisanie umowy, licząc od dnia „przybicia”, głównie z uwagi na potrzebę przyspieszenia realizacji publicznych robót budowlanych¹²⁹.

U schyłku I Rzeczypospolitej

Okres ostatniego trzydziestolecia I Rzeczypospolitej był bardzo doniosły dla polskiej gospodarki skarbowej, ze względu na próby jej unowocześnienia na gruncie reform ustrojowych państwa, podjętych pod silnym wpływem myśli politycznej oświecenia¹³⁰. Zaczęło się już na sejmie konwokacyjnym w 1764 r., obradującym w warunkach konfederacji zapobiegającej jego zerwaniu, który postanowił w szczególności o wprowadzeniu generalnych celi skarbowych (cła i myta prywatne zniesiono), zreformowaniu „kwarty” i pogłównego żydowskiego, wyłączeniu liberum veto w głosowaniach nad sprawami skarbowymi i wojskowymi, ujednoliceniu miar i wag, utworzeniu komisji skarbowych (odrębnych dla Korony i Litwy) i wojskowych oraz o przeprowadzeniu koniecznej lustracji dóbr królewskich, z uwagi na niedopuszczalny zanik wpływów od zarządców. Ceną za zgodę na reformy było uznanie tytułów: „cesarzowej Wszechrusi”, a także „króla w Prusach”, co otwierało niepotrzebnie drogę do obcych żądań terytorialnych. Wkrótce (1766 r.) zreformowano ustrój monetarny. Zadania fiskalne, rozbudowa infrastruktury komunikacyjnej i poczty, popieranie przemysłu i handlu oraz orzecznictwo w sprawach skarbowych mieściły się w zakresie działania kadencyjnych (2 lata) komisji skarbowych¹³¹. Na ich czele stali podskarbiowie, pozostałych komisarzy (kilkunastu) wybierał Sejm na wniosek króla. Komisjom podlegał zorganizowany zadaniowo aparat urzędniczy (blisko 1000 etatów). Do ich najważniejszych osiągnięć należało zaprojektowanie budżetu na 1768 r. w postaci zestawienia dochodów i wydatków, obejmującego całość w pełni jawnej gospodarki finansowej państwa, uchwalanego i kontrolowanego przez Sejm (już

¹²⁸ Por. do M. Heller, op. cit., s. 11 oraz R. Thode, op. cit., s. 4.

¹²⁹ H. Schweitzer, op. cit., s. 68.

¹³⁰ B. Leśnodorski, (w:) *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1999, s. 284 i n.

¹³¹ Por. B. Leśnodorski, op. cit., s. 293 i nast., M. Drozdowski, *Podstawy finansowe działalności państwowej w Polsce (1764–1794)*, s. 8 i nast., a także W. Witkowski, *Historia administracji w Polsce 1764–1989*, Warszawa 2007, s. 241 i nast.

od 1717 r. funkcjonował ograniczony budżet wojskowy). Z budżetu ogólnego wyłączono jednak fundusz edukacyjny i tzw. listę cywilną, obejmującą dochody i wydatki osobiste dworu królewskiego. Ten pionierski budżet - niestety - nie wszedł w życie, z uwagi na niemożność jego zrównoważenia wskutek nieściągalności większości przewidzianych w nim dochodów. Dopiero jeden z dalszych, a mianowicie budżet na 1775 r., udało się skutecznie wprowadzić i zrealizować¹³². Brak natomiast danych o wprowadzeniu jakichkolwiek rozwiązań bezpośrednio zwiększających efektywność wydatków, zwłaszcza w zakresie udzielania zamówień skarbowych na dostawy, usługi i roboty budowlane. Jedynie uzdrowieniem gospodarki w miastach królewskich miała zająć się komisja dobrego porządku. Ze względów ekonomicznych w opłakany stan pozostawały niewielkie oddziały wojskowe (łącznie ok. 16 tys. żołnierzy), podczas gdy armie w krajach sąsiednich były o wiele liczniejsze i lepiej wyekwipowane (armia pruska liczyła ponad 200 tys., austriacka 280 tys., a rosyjska aż 350 tys. żołnierzy)¹³³. Reformy skarbowe zostały zresztą stosunkowo szybko ograniczone. Już bowiem na sejmie z 1768 r. preforsowano narzucone przez Rosję prawa kardynalne, umacniając - jak wiadomo - przywileje szlacheckie i stosunki feudalne. Rzeczypospolita nie była w stanie obronić się przed I rozbiorem w 1772 r.

Sejm rozbiorowy, obradujący w latach 1773 – 1775, w asyście wojska rosyjskiego, zatwierdził podział kraju, udało się mu jednak przywrócić cła generalne, ustalić jednolity podatek oraz unowocześnić nieco strukturę wojska zawodowego i podnieść jego limit do 30 tys. Zniesiono dotychczasowe komisje sejmowe, zastępując je 36 osobową Radą Nieustającą w ramach której wyodrębniono 5 departamentów (w tym skarbowy i wojskowy)¹³⁴. Rada i jej departamenty sprawowała administrację państwową (wraz kancelarią królewską), podlegającą kontroli tzw. deputacji sejmowych, które sprawdzały rachunki i zamknięcia budżetowe.

Zwołany w 1788 r. Sejm Wielki, za zgodą Rosji zajętej wojnami z Turcją i Szwecją, usiłował zreformować gruntownie ustrój społeczno polityczny i administrację Rzeczypospolitej, przyjmując ustawy o sejmikach, miastach i o sprzedaży królewszczyzn, a przede wszystkim uchwalając Konstytucję z 3 maja 1791 r., deklarując zwierzchnictwo narodu oraz wprowadzającą trójpodział władzy. Władza wykonawcza miała być sprawowana dualistycznie, przez króla z zachowaniem dziedziczności tronu (funkcje reprezentacyjne) oraz Straż Praw, której podlegały komisje działające jako kolegalne ministerstwa (funkcje administracyjne). Komisja skarbowa posiadała uprawnienia analogiczne jak w okresie przed ustanowieniem Rady Nieustającej. Podwyższono opłaty stemplowe i czynsze

¹³² M. Drozdowski, op. cit., s. 67.

¹³³ B. Leśnodorski, op. cit., s. 299.

¹³⁴ Ibidem.

z tytułu dzierżawy dóbr królewskich, oraz obciążono szlachtę tzw. ofiarą 10 grosza – podatkiem w wysokości 10% dochodów przeznaczonym na „powiększenie sił krajowych”, który spotkał się jednak z silnym oporem w praktyce¹³⁵. Niezależnie od zwiększenia kontyngentu armii zawodowej wprowadzono zaciąg przymusowy, ale tylko spośród mieszkańców wsi i miast królewskich. Wyposażeniem i aprowizacją wojska miał się zajmować wyspecjalizowany Komisarjat Wojskowy (Intendentura). Udało się zorganizować ponad 70 tys. armię. Ustrój konstytucyjny przetrwał jedynie rok. Zakończył się katastrofalnie II rozbiorem Polski, w wyniku działań konfederacji targowickiej wspartej najazdem rosyjskim. Sejm grodzieński zatwierdzając w 1793 r. zmiany terytorialne - uznał cały dorobek Sejmu Wielkiego za niebyły, obalając wszystkie jego akty prawne. Przywrócono Radę Nieustającą.

W okresie insurekcji narodowej w 1794 r. na czele administracji państwowej stanął Naczelnik i powołana przez niego Rada Najwyższa Narodowa, która sprawowała tymczasowo dozór nad królem. Stali członkowie Rady (w liczbie 8) kierowali wydziałami administracyjnymi, spośród których najważniejsze znaczenie miały wydziały: wojskowy, bezpieczeństwa i skarbu. Powołano pospolite ruszenie (narodowe), ograniczono poddaństwo chłopów, a w terenie ustanowiono tzw. dozory w celu przeprowadzenia spisu ludności, wdrożenia zarządzeń administracyjnych, należytego utrzymania dróg i mostów, ochrony dóbr narodowych i t.d. Po raz pierwszy na ziemiach polskich pojawił się pieniądz papierowy. Zamówień skarbowych udzielano w warunkach wojennych. Uzupełniając stosowano rekwizycje. Sąd Kryminalny Wojskowy tępił zaś wszelkie przejawy zdrady, korupcji i niesubordynacji¹³⁶. Upadek powstania i przegrana w wojnie z Rosją przyspieszyły III rozbiór Polski (traktat z 24 października 1795 r.). Król abdykował poddając się pod opiekę Rosji, która de facto stała się depozytariuszem korony polskiej¹³⁷. Przyczyn utraty niepodległości było wiele, najpoważniejszą jednak rolę odegrały czynniki skarbowo-ekonomiczne¹³⁸.

Ziemie polskie włączane do państw zaborczych w ramach kolejnych aneksji, jako zwyczajne nabytki terytorialne, od razu poddawane były obcemu ustawodawstwu i administracji, co dotkliwie odbiło się na ludności polskiej z uwagi na konieczność szybkiego dostosowania się do nowych rozwiązań ustrojowo

¹³⁵ M. Drozdowski, op. cit., s. 88.

¹³⁶ A. Lityński, *Prawo karne insurekcji kościuszkowskiej*, „Zasopismo Historyczno Prawne” 1976, nr 1, s. 9 i nast.

¹³⁷ Por. E. Rostworowski, *Ostatni król Rzeczypospolitej. Geneza i upadek Konstytucji 3 Maja*, Warszawa 1966, s. 86 i nast.

¹³⁸ Por. w tym zakresie zwłaszcza E. Rostworowski, op. cit., s. 121 i nast., B. Leśnodorski, op. cit., s. 326 oraz M. Serejski, *Europa a rozbiory Polski. Studium historiograficzne*, Warszawa 1970, s. 59 i n.

kulturowych, na dodatek w warunkach obcego języka urzędowego¹³⁹. Jedynie w zaborze rosyjskim utrzymano dotychczasowe prawo cywilne. Z naturalnych względów żywioł polski na długo odsunięto od stanowisk państwowych i innych godności publicznych, w zasadzie pozbawiony też został dostępu do zamówień publicznych.

Okres porozbiorowy

Krótki okres funkcjonowania Księstwa Warszawskiego¹⁴⁰, nie przyniósł przełomu w zakresie sposobu udzielania zamówień publicznych. Tak jak u schyłku Rzeczypospolitej na obszarze Księstwa podlegały one ogólnym zasadom prawa cywilnego. Nie udało się przejść na trwałe francuskiej procedury licytacyjnej. Brak było przepisów przewidujących jakiegokolwiek obligatoryjne procedury przedumowne, o charakterze wiążącym. Obowiązywał jedynie tradycyjny wymóg udzielania zamówień wyłącznie wiarygodnym dostawcom (wykonawcom), zdolnym do należytego wykonania umowy, po cenach rynkowych. Jedynie apro wizacja armii francuskiej odbywała się na zasadach prawa francuskiego, choć w czasie działań wojennych stosowano także rekwizycje.

Duże zmiany łączyły się jednak z wprowadzeniem w 1807 r. Kodeksu Napoleona i reform administracyjnych¹⁴¹. Doszło przede wszystkim do wyraźnego zaostrzenia nadzoru finansowego i zastosowania rozmaitych usprawnień organizacyjnych, skutkujących wyraźną poprawą efektywności wydatków publicznych¹⁴². Na wzór francuski rok finansowy rozpoczynał się 1 czerwca i trwał do 31 maja roku następnego. Każdy minister sporządzał projekt planu „według etatu swojego wydziału”, natomiast Rada Stanu wносиła do Sejmu projekt całego budżetu Księstwa do 15 kwietnia każdego roku. Ministrowie obowiązani byli przedstawiać Radzie „rachunki kwartalne i raporta o stanie swojego wydziału”. Zamówień rządowych udzielali ministrowie działający pod bezpośrednim zwierzchnictwem Księcia Warszawskiego lub ustanowieni przez nich pełnomocnicy, a także dyrekcje specjalne, w granicach wydatków wynikających z budżetu.

¹³⁹ Por. S. Grodziski, E. Kozłowski, *Polska zniewolona 1795–1806*, Warszawa 1992, s. 3 i nast.

¹⁴⁰ Por. ustawę konstytucyjną nadaną przez Napoleona 22 lipca 1807 r., *Dziennik Praw Księstwa Warszawskiego* (dalej Dz.P. KW), Nr 1, s. 2.

¹⁴¹ Por. zwłaszcza dekrety Księcia z 24 grudnia 1807 r. o organizacji Rady Ministrów, Dz.P. KW Nr 2, s. 57 oraz z 20 kwietnia 1808 r. o organizacji ministerium Księstwa Warszawskiego, Dz.P. KW, Nr 3, s. 62.

¹⁴² Por. W. Sobociński, *Historia ustroju i prawa Księstwa Warszawskiego*, Toruń 1964, s. 30 i nast.

Stosunkowo dużymi uprawnieniami dysponował minister spraw wewnętrznych, który administrował dobrami narodowymi, drogami, kanałami, szpitalami, więzieniami i innymi urządzeniami publicznymi, dozorował kopalnie, fabryki i manufaktury rządowe, odpowiadał za budownictwo publiczne, a nawet sprawował nadzór finansowy nad „użyciem kas departamentowych i gminnych”. O wiele skromniejsze uprawnienia majątkowe przysługiwały ministrowi skarbu oraz ministrowi wojny (aprowizacja). W departamentach urzędowali prefekci oraz komendanci wojskowi, a w powiatach – podprefekci mianowani przez Księcia, natomiast rady departamentowe i powiatowe opiniowały wydatki, zwłaszcza majątkowe¹⁴³. W szczególności prefekci nadzorowali w terenie budownictwo krajowe i usługi publiczne świadczone na rzecz mieszkańców departamentów, w tym - czuwali nad budową i utrzymaniem dróg, mostów i rzek, domów pocztowych i gościnnych oraz wszelkiego rodzaju komunikacji. Z zatrudnieniem wyższego urzędnika rządowego łączył się obowiązek sprawdzenia jego kwalifikacji¹⁴⁴. Samorządy miejskie reprezentowane były przez burmistrzów, mianowanych jednak przez Księcia, natomiast wiejskie przez wójtów mianowanych przez prefektów. Działających w granicach planów wydatków opiniowanych przez rady miejskie lub wiejskie¹⁴⁵.

Wyraźny wzrost ilościowy zamówień publicznych nastąpił pod wpływem zwiększenia dochodów podatkowych oraz z mienia narodowego, a także z tytułu pożyczek. Wprowadzono przede wszystkim nowe podatki cła i opłaty (akcyza, podatek od rzezi zwierząt, opłaty od propinacji i papieru stemplowego) oraz usprawniono (kataster) ściągalności tradycyjnych podatków: łąnowego, podymnego, kwarcianego i tzw. ofiary 24 grosza z dóbr ziemiańskich i duchownych¹⁴⁶. Część świadczeń na potrzeby wojska pozyskiwano w drodze rekwizycji w trybie administracyjnym, za odszkodowaniem. Prywatne roszczenia z tego tytułu zaspakajano stosunkowo długo, jeszcze w okresie Królestwa Kongresowego. Na pozostałych ziemiach wschodnich pozostających pod panowaniem Rosji stosowano dawne prawo polskie oraz statut litewski, zastąpione ostatecznie dopiero w 1840 r. rosyjskim zwodem praw, zestawionym w 1835 r. (tom X, cz. I)¹⁴⁷.

¹⁴³ Por. dekret Księcia Warszawskiego z 7 lutego 1809 r. o organizacji władz administracyjnych, departamentowych i powiatowych, Dz.P. KW Nr 8, s. 165.

¹⁴⁴ Por. dekret Księcia z 29 kwietnia 1808 r. o examinach urzędników cywilno-administracyjnych, Dz.P. KW Nr 4, s. 70.

¹⁴⁵ Por. dekret Księcia Warszawskiego z 23 lutego 1809 r. o organizacji gmin miejskich i wiejskich, Dz.P. KW Nr 9, s. 201.

¹⁴⁶ Por. ustawę z 10 marca 1809 r. Prawo o poborach, Dz.P. KW Nr 10, s. 241.

¹⁴⁷ Por. wersję z 1900 r., w przekładzie Z. Rymowicza, W. Świąćckiego, Warszawa 1932.

Nad rzetelnością i gospodarnością wydatkowania środków publicznych czuwała Główna Izba Obrachunkowa powołana dekretem Księcia Warszawskiego z 14 grudnia 1808 r.¹⁴⁸. Zajmowała się ona przede wszystkim rewizją rachunków przedkładanych w zestawieniu rocznym wszystkich rodzajów kas publicznych, jeśli roczne rozchody przekraczały 500zł. Wyjątek dotyczył jednak rachunków kas wojskowych, przedkładanych do weryfikacji Ministerstwu Wojny. Kryteria rewizji wydatków były stosunkowo proste: "czy w biegu roku taka summa wydana została z kassy, jaka podług etatu wydana być miała, czy tylko na ten przedmiot obróconą została na której przeznaczoną była; czy w przepisany czas; czy w przepisany gatunku monety; czy każdy artykuł wydatku jest upoważniony przyzwoitą autoryzacją; czy li do każdego uczynionego wydatku kwity i annexa znajdują się" (art. 45 dekretu). Przekroczenie zaplanowanej kwoty wydatku wymagało zgody Księcia. Według art. 32 dekretu Izba „o dostrzeżonym, przy którym rachunku deficycie, fałszu lub innem jakim zdzierstwie, i zmarnowaniem grosza publicznego, uwiadomi natychmiast ministra właściwego i nam (Księżu – podkr. RS) rapport uczyni”

Proklamowane przez Napoleona 21 lipca 1807 r. Wolne Miasto Gdańsk, faktycznie przekształcone w garnizon armii francuskiej, funkcjonowało według rozwiązań statutowych sprzed 1791 r. Utworzono jednak urząd gubernatora, podległego bezpośrednio cesarzowi Francuzów. W podzielonym na 5 kwartałów Mieście najważniejszym organem był Senat, administrację sprawował gubernator oraz Trzeci Wydział (Ordynek), a w kwartałach i okręgach podmiejskich działali burmistrzowie¹⁴⁹. Budżet Miasta przedstawiał się skromnie, z uwagi na wysokie kontrybucje wojenne nałożone przez Francuzów. Zamówień publicznych udzielano według prawa polskiego, natomiast w zakresie zaopatrzenia licznych oddziałów wojskowych (blisko 40 tys. żołnierzy) stosowano procedury francuskie. Wolne Miasto upadło w wyniku rosyjskiego oblężenia w listopadzie 1813 r.

Zgodnie z okrojowaną konstytucją Królestwa Polskiego z 27 listopada 1815 r. administracja krajowa podlegała namiestnikowi carskiemu, który zatwierdzał roczny budżet Królestwa¹⁵⁰, a od 1826 r. Radzie Administracyjnej. Za rządowe zamówienia publiczne odpowiadali ministrowie i komisje rządowe, a także podległe dyrekcje generalne. W województwach działały komisje wojewódzkie z komisarzami, którzy kierowali tzw. wydziałami (np. skarbowymi). Wykonawcami poleceń komisji byli komisarze obwodowi współdziałający z wojskiem

¹⁴⁸ Dz.P. KW Nr 6, s. 120.

¹⁴⁹ T. Maciejewski, *Historia administracji*, Warszawa 2002, s. 214.

¹⁵⁰ Por. postanowienia „pełnomocnictwa dla namiestnika Królestwa Polskiego” z 1818 r., *Dziennik Praw Królestwa Polskiego* (dalej: Dz.P. KP), t. 6, ss. 17–24.

w zakresie zakwaterowania i bieżącego zaopatrzenia¹⁵¹. Funkcjonująca w latach 1816-1866 Najwyższa Izba Obrachunkowa kontrolowała wydatki (rachunki) organów i instytucji dysponujących środkami publicznymi, a także kierowała kontrolą skarbową. Na mocy statutu organicznego z 26 lutego 1832 r. doszło do dalszej centralizacji administracji¹⁵². Wkrótce jednak województwa zastąpiono guberniami z zarządami, a zamiast obwodów wprowadzono powiaty z naczelnikami. W miastach działali mianowani odgórnie burmistrzowie z ławnikami a w gminach wiejskich – wójtowie. Jedynie w Warszawie i miastach wojewódzkich administrację lokalną sprawował urząd municypalny z prezydentem na czele z 4 radnymi i 4 ławnikami z głosem doradczym, podlegający bezpośrednio rządowej komisji spraw wewnętrznych i policji¹⁵³. Bieżącą obsługę zamówień publicznych pełnił wydział skarbowy i kas miejskich gospodarujący dochodami z podatków miejskich i opłat (tzw. brukowe) oraz z dotacji ze skarbu publicznego. Po upadku powstania styczniowego rozpoczęła się stopniowa likwidacja odrębności Królestwa. W 1868 r. zniesiono ostatecznie odrębną administrację tworząc 5 guberni z mianowanymi odgórnie gubernatorami, zwiększono też liczbę powiatów z naczelnikami¹⁵⁴. W 1874 r. stanowisko namiestnika Królestwa zastąpiono stanowiskiem generał-gubernatora warszawskiego pełniącego jednocześnie funkcję dowódcy okręgu wojskowego (obejmującego całe Królestwo), pośredniczącego w stosunkach administracji gubernialnej z rządem centralnym. Odrębność zachował jednak samorząd wiejski w gromadach z sołtysami i w gminach miejsko-wiejskich z wójtami, wybieranymi przez zgromadzenia lokalne¹⁵⁵. Na samorząd miejski nie było carskiego przyzwolenia. Magistrat Warszawy podlegał generał-gubernatorowi i ministrowi spraw wewnętrznych Rosji. Zamówień finansowanych z funduszy miejskich udzielał prezydent, wydział budowlany i wydział zaopatrzenia¹⁵⁶. Weryfikacją preliminarzy wydatkowych i kosztorysów

¹⁵¹ A. Ajnenkiel, B. Leśnodorski, W. Rostocki: *Historia ustroju Polski (1764–1939)*, Warszawa 1974, s. 58.

¹⁵² Dz.P. KP, t. 14, s. 172.

¹⁵³ Por. np. dekret Namiestnika z 7 grudnia 1815 r. o urzędzie municypalnym m. stołecznego Warszawy, Dz.P. KP 1816, t. I, Nr 2, s. 153 i nast.

¹⁵⁴ Ściąganiem podatków i opłat państwowych zajmowały się izby skarbowe uprawnione również do nadzoru nad zarządkiem lasami i innymi dobrami rządowymi, według ustawy z 1 lipca 1869 r. o izbach skarbowych w guberniach nadwiślańskich, Dz.P. KP 1869, t. 69, Nr 237, s. 203 i nast.

¹⁵⁵ Ukaz o urządzeniu gmin wiejskich z 19 lutego 1864r., Dz.P. KP 1864, t. 62, Nr 187, s. 36.

¹⁵⁶ Zob. uchwała komitetu ds. Królestwa Polskiego przy ministerstwie spraw wewnętrznych Rosji zatwierdzona przez Senat 7 lipca 1870 r. o urządzeniu zarządu gospodarczego miasta Warszawy i porządku oddania go pod zawiadywanie ministerstwa spraw wewnętrznych, DzP KP 1870, t. 70, Nr 243, s. 263.

zajmował się specjalny komitet miejski złożony z gubernatora, prezydenta i innych wyższych urzędników państwowych.

Zamówień publicznych na obszarze Królestwa udzielano według przepisów instrukcyjnych¹⁵⁷. O szerszym zastosowaniu procedur licytacyjnych brak danych. Umowy o zamówienia publiczne podlegały przepisom obowiązującego - aż do odzyskania niepodległości - kodeksu Napoleona z wyłączeniem jednak prawa osobowego (ks. I) zastąpionego w 1825 r. kodeksem cywilnym Królestwa Polskiego¹⁵⁸. Na pozostałych ziemiach wschodnich włączonych do Rosji obowiązywało dawne prawo polskie i statut litewski, zastąpione w 1840 r. rosyjskim zwodem praw z 1835 r. (t. X, cz. I). Potem rozwinięte jego wersje z 1881 r. oraz z 1900 r.¹⁵⁹. Według art. 696-698 zwodu praw skarbu państwa pozostający pod zwierzchnictwem cesarza mógł nabywać własność i wszelkie inne prawa majątkowe. To samo dotyczyło gmin miejskich i gromad wiejskich. Przepis art. 1537 regulował zaś ogólne powinności upoważnionych przedstawicieli skarbu, a mianowicie przewidywał, że „urzędy i urzędnicy, którzy zawarli umowy z osobami prywatnymi nie powinni je żadną miarą naruszać, tylko zachowywać je z taką mocą i stanowczością, jakby kontrakty te były własnoręcznie przez samego cara podpisane. Gdyby zaś urząd bądź urzędnik zawarł umowę ze stratą dla skarbu, tedy aczkolwiek umowa taka gwoili zachowania zaufania ludności nie rozwiązuje się, lecz za stratę skarbową odpowiada ten urząd lub urzędnik, który do tego dopuścił”. Stosowano odpowiedzialność deliktową w oparciu o art. 677 zwodu, stanowiący, że „każda osoba urzędowa, która z chęci zysku lub z innych pobudek osobistych, ustalonych przez sąd, wyrządzi komukolwiek szkody lub straty majątkowe przez wydanie jakichkolwiek zarządzeń, niezgodnych z prawem, lub przez inne również nieprawne czynności urzędowe, nie tylko ponosi karę, w ustawie przewidzianą, lecz obowiązana jest ponadto wynagrodzić szkody i straty na podstawie art. 644-646”.

Kontrolę finansową nad wydatkami gminy sprawowały bezpośrednio zgromadzenia mieszkańców, do których należały też „uchwały we wszystkich interessach gospodarczych” (art. 16 ukazu o urządzeniu gmin). Pełnomocnikami w sprawach majątkowych ustanowionymi przez wójta w bieżących sprawach zaopatrzeniowych byli urzędnicy, a także sołtysi. Wójt odpowiadał jednak za

¹⁵⁷ Por. J. Leskiewiczowa i F. Romontowska, *Obraz Królestwa Polskiego w okresie konstytucyjnym*, t. I, *Raporty Rady Stanu Królestwa Polskiego z działalności rządu w latach 1816-1828*, Warszawa 1984.

¹⁵⁸ Dz.P. KP 1825, t. I, s. 668.

¹⁵⁹ Por. F. Bossowski: *Prawo cywilne dzielnic polskich w zarysie*, cz. IV, *Prawo ziem wschodnich*, red. F. Zoll, Warszawa-Kraków 1925, s. 9 i nast. oraz S. Płaza, *Historia prawa w Polsce - zarys wykładu*, cz. II, *Polska pod zaborami*, Kraków 1993, s. 50 i nast.

nadużycia finansowe w trybie administracyjnym przed gubernatorem, a sołtys przed naczelnikiem powiatu. Począwszy od 1900 wprowadzono na całym obszarze państwa szczególną regulację zamówień publicznych zawartą w ustawie o zamówieniach skarbowych, wyznaczającą nie tylko zasady ich udzielania (licytacja publiczna lub przetarg), lecz także określającą szczególne rozwiązania modyfikujące (*lex specialis*) przepisy o wykonywaniu zwłaszcza umów o przedsiębiorstwie robót i dostawach (art. 1737 zводу, art. 1787 k.N) a także o karach umownych (art. 1573 zводу i art. 1229 k.N) poręce przy umowach ze skarbem (art. 1563 zводу i art. 2011 k.N) oraz o zaliczce udzielanej przez zamawiającego zwanej zadatkiem lub pożyczką (art. 2012 zводу i art. 1874 i n. k.N.). Ustawa ta nie dotyczyła jednak zamówień udzielanych przez samorządy gminne.

Utworzona w wyniku kongresu wiedeńskiego Rzeczpospolita Krakowska funkcjonowała według konstytucji z 1818 r. a potem z 1833 r. Zgromadzenie Reprezentantów uchwalało roczny budżet i zatwierdzało rachunki (sprawozdania), natomiast administrację sprawował Senat (rządzący) z wydziałami wykonawczymi¹⁶⁰. Urząd Budowniczy zajmował się budownictwem komunalnym i mieszkaniowym, intendent zaś zarządzał majątkiem publicznym, natomiast wydatki kontrolował Komitet Ekonomiczny. W dzielnicach miasta, w miasteczkach i wsiach działał samorząd gminy z wójtem jako organem wykonawczym, uprawnionym do udzielania zamówień samorządowych. Po stłumieniu rewolucji z 1846 r. Rzeczpospolitą wcielono do Austrii, gdzie wkrótce zaostrzyły się rządy absolutne (tzw. era Bacha 1852-1859), które upadły ostatecznie po klęsce Austrii w wojnie z Francją i bankructwie finansowym.

Leżący u początków austriackiej monarchii konstytucyjnej patent lutowy z 1861 r. oraz wcześniejszy dyplom październikowy z 1860 r. stwarzały podstawy autonomii 17 krajów koronnych, a po klęsce z 1866 r. - monarchii austro-węgierskiej. Na czele rządu krajowego stał namiestnik, w powiecie działał starosta wykonujący administrację rządową przy pomocy starostwa. Jako władze krajowe funkcjonowały zaś sejm i wydział krajowy. Według statutu krajowego Królestwa Galicji i Lodomerii¹⁶¹ stanowiącego rozwinięcie patentu lutowego do spraw krajowych należały m. in. wszelkie rozporządzenia dotyczące się budżetu i składania rachunków zarządu majątkiem krajowym, budowli publicznych a nawet częściowo zaopatrzenia wojska (art. 18)¹⁶².

¹⁶⁰ J. Bieniarzówna, (w:) *Dzieje Krakowa, Wolne Miasto Kraków*, t. 3, s. 39 i nast.

¹⁶¹ *Dziennik Ustaw Państwa 1860*, Nr 1, s. 1.

¹⁶² Por. szczegółowo w tym zakresie K. Grzybowski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. IV, *Od uwłaszczenia do odrodzenia państwa*, Warszawa 1982, s. 289 i nast. oraz S. Grodziski, *Sejm Krajowy galicyjski 1861–1914*, Warszawa 1993.

Do składania cywilnoprawnych oświadczeń woli wystarczało współdziałanie marszałka i dwóch członków wydziału krajowego. Organem wykonawczym samorządu powiatowego był wydział powiatowy, natomiast w gminie działał naczelnik, a w mieście burmistrz lub prezydent z magistratem, do których należał zarząd mieniem komunalnym i udzielania samorządowych zamówień publicznych. Przepisy krajowe wymagały, aby zamówienie poprzedzone było konkursem ofert pisemnych (otwartym lub ograniczonym), a jedynie w sytuacjach wyjątkowych, a także przy nabywaniu drobnych dostaw i robót, można było udzielać zamówień w trybie z wolnej ręki, polegającym na nawiązaniu transakcji bezpośredniej. Wybór oferty najkorzystniejszej otwierał drogę do jej przyjęcia. Same umowy na dostawy, usługi lub roboty budowlane dokumentowano na piśmie, podlegały prawu powszechnemu zawartemu w austriackim kodeksie cywilnym, z tym że w granicach unormowań dyspozytywnych wzbogacono je o postanowienia chroniące interesy publiczne, zwłaszcza przewidujące szczególny sposób odbioru przedmiotu zamówienia, kary umowne, zabezpieczenie należytego wykonania umowy itd.

Powstałe w wyniku kongresu wiedeńskiego Wielkie Księstwo Poznańskie nie miało odrębnego bytu państwowego, stanowiło integralną część monarchii pruskiej. Administracja i zamówienia publiczne w prowincji poznańskiej podlegały zatem bezpośrednio rozwiązaniom ustrojowym i procedurom pruskim.

Era państwa prawnego

Wdrażane od czasów rewolucji francuskiej z 1789 r. idee konstytucjonalizmu (trójpodział władz, odpowiedzialność konstytucyjna ministrów, praworządność i legalizm w funkcjonowaniu administracji itd.), a także wzrost znaczenia liberalnej myśli ekonomicznej na tle przyspieszonego rozwoju społeczno-gospodarczego, doprowadziły z czasem do ukształtowania się zasad państwa prawnego¹⁶³. Towarzyszył temu wyraźny wzrost zadań władzy publicznej, wymuszający dodatkowo przełomowe przeobrażenia w strukturach i formach działania administracji publicznej, a także w sposobach zamawiania świadczeń majątkowych na potrzeby państwa i samorządu. W krajach środkowoeuropejskich (Prusy i inne państwa niemieckie, a także Austria) zmiany te wprowadzono jednak z pewnym opóźnieniem, z uwagi na utrzymujące się tu stosunkowo długo rozwiązania charakterystyczne dla państwa postabsolutnego¹⁶⁴. W szczególności doniosłe znaczenie

¹⁶³ Więcej o tym J. Baszkiewicz, op. cit., s. 218 i n., K. Grzybowski, op. cit., s. 479 i n. oraz W. Witkowski, op. cit., s. 28 i nast.

¹⁶⁴ J. Baszkiewicz, op. cit., s. 310 i nast.

miała rozbudowa i nowe zasady funkcjonowania administracji skarbowo-gospodarczej. Ukształtował się zawodowy i stały aparat urzędniczy z wysokim statusem społecznym. Przy rekrutacji na stanowiska państwowe i samorządowe doceniano przede wszystkim fachowość i wykształcenie w zakresie znajomości prawa. Tradycyjny model służby wykonującej instrukcje i inne zalecenia (reglamenty) królewskie zastąpiony został ostatecznie stabilnym „związaniem ustawowym” z sądową kontrolą działań administracji. Wzrosła jakość prawa. Pojawiły się rozwinięte regulacje udzielania zamówień publicznych o charakterze kompleksowym, z fachowym nadzorem resortowym i kontrolą wewnątrz administracyjną.

Obok wprowadzenia nowocześniejszych rozwiązań organizacyjnych usprawniano też elementy proceduralne, mające na celu zwiększenie ekonomicznej efektywności zamówień, z wyraźnym priorytetem dla przetargowego sposobu wyboru oferty najkorzystniejszej. Przetarg pisemny, nawet z zastosowaniem jednego kryterium cenowego, zmierzający do wyłonienia oferty najtańszej, w zasadzie wolny był od „przypadkowości” i innych obciążeń towarzyszącym ustnym procedurom licytacyjnym. Stosowany w zamówieniach publicznych mechanizm przetargowy z jednej strony zmuszał do rozwagi (konkurencja z zachowaniem poufności nieodwoływalnych ofert), a z drugiej strony, jako z góry uporządkowany ciąg czynności rejestrowanych na piśmie, zapewniał większe możliwości kontroli administracyjnej, ochronę uczciwej konkurencji i ograniczenie nadużyć korupcyjnych. Wiek XIX w. to także okres ożywienia w praktycznym zastosowaniu procedur konkursowych, jako sposobu zamawiania prac projektowych, choć na ziemiach polskich zainteresowanie nimi było znikome, aż do końca tego stulecia¹⁶⁵. Stałych architektów nadwornych i miejskich coraz częściej zastępowali architekci angażowani doraźnie, wybierani według indywidualnych osiągnięć lub w wyniku konkursu do projektowania gmachów urzędowych, pocztowych, szkolnych, dworców kolejowych, teatrów i t. d. W trybie konkursowym zamawiający zwolniony był od uciążliwych trudności związanych z ustaleniem architektonicznej koncepcji przedprojektowej obiektu, zachowywał dogodną pozycję oceniającego, wybierając najlepszą spośród zgłoszonych propozycji, powierzając następnie zwycięzcy w drodze umowy opracowanie projektu finalnego i ewentualnie nadzór nad budową obiektu.

¹⁶⁵ Przykładowo w drodze konkursowej zamówiono projekty gmachów: ratusza miejskiego we Lwowie (1826, J. Markel, F. Trescher), Galicyjskiej Kasy Oszczędności (1888, J. Zachariewicz), ratusza w Białej (1894, E. Rost), teatru miejskiego w Krakowie (1891, J. Zawiejski), pawilonu wystawienniczego „Zachęty” w Warszawie (1898, S. Szyller) i „Domu Polskiego” w Ostrawie (1899, S. Bandrowski). Organizację konkursów powierzano zazwyczaj stowarzyszeniom zawodowym, np. „Oesterreicher Ingenieur- und Architektenverein”. Por. E. Kołodziej, *Ratusz w Bielsku-Białej. Dzieło sztuki i pomnik samorządności (1897–1997)*, Bielsko-Biała 1997.

Wzmacnianie cywilnoprawnych elementów zamówień publicznych następowało ponadto na tle dorobku wielkich kodyfikacji XIX w., charakteryzującego się wyraźnym wzrostem znaczenia umowy obligacyjnej i instytucji z nią związanych¹⁶⁶. Pojawiły się nowe typy kontraktów, zwłaszcza handlowych oraz rozwinęły rozmaite inne czynności cywilnoprawne (kara umowna, wadium). Swoją wielką rozkwit przeżywała koncesja budowlana, praktykowana od średniowiecza na wzór francuski w ramach indywidualnych przywilejów królewskich¹⁶⁷. Przekształcała się jednak w umowę na podstawie której przedsiębiorca za zgodą władzy wznosił obiekt użyteczności publicznej według z góry ustalonego planu, lecz zamiast zapłaty w pieniądzu dopuszczany był do eksploatacji tego obiektu w połączeniu z wykonywaniem związanego z nią zadania publicznego, z prawem zaspokajania się z korzyści eksploatacyjnych, zazwyczaj z opłat pobieranych od ludności. Czasowa prywatyzacja zadania publicznego pozwalała zażegnać trudności wobec ograniczonych możliwości budżetowych. W ten sposób szybko powstawały nie tylko nowe ulice, oświetlenie lub wodociągi miejskie, lecz także kanały i urządzenia portowe, większe odcinki dróg kolejowych¹⁶⁸, pierwsze elektrownie, tramwaje miejskie¹⁶⁹ i t.d. Na ogół państwo (samorząd) zastrzegało sobie prawo „wykupu koncesji” przed umówionym terminem jej wygaśnięcia, co stwarzało podstawy do wykonywania zadania publicznego bezpośrednio przez służby państwowe lub samorządowe¹⁷⁰.

Za pierwszą niemiecką regulację zawierającą rozwinięte warunki normatywne udzielania zamówień publicznych (*die Verdingungsordnung*) uważa się bawarskie zarządzenie królewskie z 1833 r. wprowadzające zasadę, że zama-

¹⁶⁶ Por. M. Sośniak, *Rozwój historyczny konstrukcji umowy obligacyjnej*, Katowice 1986, s. 103 i nast.

¹⁶⁷ Do najstarszych, znanych w piśmiennictwie, koncesji królewskich udzielonych na ziemiach polskich należy zezwolenie wydane przez Zygmunta Starego w 1528 r. Wacławowi Morawie na wybudowanie wodociągu w Wiślicy i pobieranie tzw. rurnego od mieszkańców, z czasem prawo to przeszło na magistrat. Por. F. Sulimierski i W. Walewski, *Słownik geograficzny Królestwa Polskiego*, t. XIV, Warszawa 1880–1902, s. 574.

¹⁶⁸ Sposobem koncesyjnym powstały np. linie kolejowe: warszawsko-śląska (1840) i krakowsko-śląska (1844), stanowiące elementy słynnej wiedeńskiej drogi kolejowej.

¹⁶⁹ Pierwszy tramwaj konny w Krakowie powstał w wyniku koncesji umownej udzielonej przez Miasto w trybie przetargowym Towarzystwu Belgijskiemu z Brukseli w 1881 r. na 45 lat, zmienionej w 1898 r. w związku z instalacją tramwaju elektrycznego, przejętego w zarząd komunalny w 1928 r. po wygaśnięciu koncesji. Por. wyniki badań archiwalnych J. Kołodziej, *Krakowskie tramwaje*, Kraków 2010, s. 8 i nast.

¹⁷⁰ Por. dla przykładu austriackie dokumenty koncesyjne z 31 lipca 1898 r. na kolej lokalną z Krakowa do Kocmyrzowa, *Dziennik Ustaw Państwa* 1898, Nr 139, s. 217 oraz z 10 maja 1899 r. na kolej lokalną z Trzebini do Sierszy, *Dziennik Ustaw Państwa* 1899, Nr 89, s. 170.

wianie robót na cele publiczne odbywa się w drodze publicznej licytacji bądź w trybie przetargu pisemnego z zastosowaniem kryterium najniższego wynagrodzenia¹⁷¹. Licytacja wymagała publicznego obwieszczenia z podaniem miejsca i czasu, a także wymagań stawianych wykonawcom. W wyznaczonym dniu komisja z udziałem przedstawiciela policji i urzędnika budowlanego szczegółowo badała kwalifikacje i inne warunki po stronie stawających konkurentów, a także zapoznawała ich z planami konstrukcyjnymi. Potem odbywała się licytacja szczegółowo protokołowana. Zamówienia udzielano w trybie przybicia. Umowa wymagała formy pisemnej. Z kolei przetarg pisemny był uruchamiany poprzez doręczenie zaproszeń wybranym (co najmniej 4) wiarygodnym wykonawcom. Funkcjonował zatem jako tryb ograniczony. W oznaczonym terminie składano oferty, a następnie zbierała się komisja z udziałem przedstawiciela policji i urzędników (budowlanych) w celu otwarcia ofert. Wybierano ofertę z najniższą ceną, której udzielano przybicia. W razie sporu przedumownego rozstrzygnięcie należało do sądu polubownego, z wyłączeniem jurysdykcji sądu powszechnego. Po zawarciu umowy obowiązywały rygorystyczne wymagania realizacyjne, w tym ograniczenia co do dopuszczalności zapłaty za roboty dodatkowe. Zamawiający zaś miał prawo odstąpienia od umowy z uwagi na interes publiczny. Ze względu na ciągłe zagrożenie nieuczciwymi praktykami, zwłaszcza polegającymi na rażącym zaniżaniu ceny prowadzącym następnie do dotkliwych braków ilościowo-jakościowych w przedmiocie umowy, w 1856 r. w zasadzie zrezygnowano w Bawarii ze stosowania tradycyjnej licytacji przy udzielaniu zamówień publicznych¹⁷². W wyniku tego tryb przetargowy stał się dominujący. Jego rozwiniętą regulację wraz z problematyką finansowania i kontroli administracyjnej zamówień zawarto w rozporządzeniu z 1864 r.¹⁷³

Podobne rozwiązania proceduralne ukształtowały się w innych krajach niemieckich, zwłaszcza w Prusach, gdzie już w 1834 r. wydano zarządzenie szerzej operujące ograniczonym przetargiem pisemnym. Dalszy rozwój przetargowych rozwiązań proceduralnych w prawie pruskim przypada na lata 1880-1881, w których Minister Robót Publicznych sukcesywnie wprowadził przepisy zobowiązujące administrację publiczną do uwzględniania urzędowych warunków przy zamawianiu świadczeń na potrzeby publiczne. Po niewielkich zmianach zostały one ujednolicone na mocy zarządzenia (circular - erlass) tego Ministra z 17 lipca 1885 r. pn. „ogólne warunki zamawiania dostaw i usług”¹⁷⁴. Obok warun-

¹⁷¹ Por. H. Schweitzer, op. cit., s. 69 i nast. oraz W. Kirsch, *Probleme des deutschen Verdingungswesens*, Stuttgart 1936, s. 18.

¹⁷² W. Kirsch: op. cit., s. 26.

¹⁷³ H. Schweitzer, op. cit., ss. 71-72.

¹⁷⁴ *Centralblatt der Bauverwaltung* 1885, No 30A, s. 319.

ków udzielania zamówień, zarządzenie powyższe normowało też „ogólne warunki umów o zamówienia publiczne”. To precedensowe rozwiązanie zastosowane zostało później na wyższym szczeblu w ramach ogólnoniemieckich warunków z okresu republiki weimarskiej. Z regulacji wyłączono jednak zamówienia na leki i świadczenia zdrowotne oraz na inne przedmioty o szczególnym znaczeniu, a także zamówienia drobnej wartości rynkowej. Wprowadzono zasadę przetargu pisemnego nieograniczonego, inne zaś procedury (przetarg ograniczony, licytacja) miały charakter wyjątkowy. Tryb przetargowy, inaczej niż licytacyjny, umożliwiał zerwanie z prymatem najniższej ceny jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, można bowiem było dopuścić inne niż wysokość ceny kryteria, zwłaszcza jakościowe lub w postaci terminu realizacji zamówienia (§ 7 zarządzenia). Powyższe warunki ustalały ponadto szczegółowe wymagania co do ofert przetargowych, określając minimalny termin do ich składania na 14 dni, a w odniesieniu do większych robót na 4 - 6 tygodni. Gruntowna ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej następowały w ramach procedury przybicia wzorowanego na zamknięciu licytacji (§ 6 zarządzenia), z tym, że przybicia udzielał upoważniony przedstawiciel zamawiającego w 14-dniowym terminie poprzez złożenie zwycięskiemu oferentowi na piśmie stosownego oświadczenia woli. Tylko wyjątkowo (w szczególnych wypadkach) udzielenie przybicia można było odroczyć do 4 tygodni. W ten sposób dochodziło do zawarcia umowy obligacyjnej, podlegającej przepisom powszechnego prawa cywilnego, której potwierdzenie następowało w formie dodatkowego dokumentu urzędowo uwierzytelnionego. W całości była to procedura cywilnoprawna. Nie stosowano żadnego administracyjnego zatwierdzenia jej wyniku, choć dopuszczono administracyjną kontrolę przebiegu postępowania (obligatoryjnie protokołowanego), z możliwością unieważnienia umowy na zasadach ogólnych. Do umowy należało wprowadzać klauzule chroniące interesy publiczne, zwłaszcza odpowiednie kary umowne, a także zastrzegać zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia (w granicach do 5% jego wartości umownej), w postaci kaucji gwarancyjnej, zastawu na skarbowych papierach wartościowych, wystawienia weksla in blanco itd.

Przepisy pruskiego zarządzenia z 1885 r. ze zmianami wprowadzonymi w latach 1909-1913 obowiązywały aż do okresu międzywojennego, ponieważ nie udało się ujednolicić regulacji zamówień publicznych na poziomie Rzeszy. Dopiero w 1921 r. powołano w tym celu specjalną federalną komisję rządową, której przyświecało założenie, że zamówienia pozostaną, zgodnie z niemiecką tradycją, w domenie stosunków cywilnoprawnych i nie będą normowane w drodze ustawowej, lecz na mocy odpowiednich warunków o charakterze quasi normatywnym¹⁷⁵. W 1926 r. przyjęto ujednolicone warunki zlecania i wykonywania

¹⁷⁵ Ch. Riese, op. cit., s. 3.

robót budowlanych¹⁷⁶, natomiast w 1932 r. warunki zamawiania i wykonywania dostaw i usług¹⁷⁷. Funkcjonowały one jako akty wiążące „wewnętrznie” administrację publiczną, choć prawo budżetowe wymagając przetargowego sposobu wydatkowania środków publicznych „odsyłało” do tych warunków¹⁷⁸. Po licznych zmianach przedwojenne warunki udzielania i wykonywania zamówień nadal obowiązują w Niemczech, z tym że pod wpływem dyrektyw europejskich i niekorzystnego dla RFN rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹⁷⁹ doszło w 1998 r. do unormowania w ramach dodatkowego rozdziału w ustawie z 1957 r. o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji¹⁸⁰ podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych z delegacją do rządowego rozporządzenia¹⁸¹, które ostatecznie nadało wspomnianym warunkom charakter normatywny.

W Austrii zamówień cesarsko-rządowych w XIX w. udzielano w oparciu o zróżnicowane przepisy resortowe, natomiast w poszczególnych krajach związkowych obowiązywały regulacje autonomiczne dla zamówień udzielanych przez władze krajowe, wzorowane zazwyczaj na rozwiązaniach południowo-niemieckich. Podstawową procedurą był otwarty przetarg pisemny, zwany „konkursem ofert”, rzadziej zaś dopuszczano tryb ograniczony, uruchamiany na podstawie indywidualnych zaproszeń. W wyjątkowych wypadkach można było udzielić zamówienia z wolnej ręki.

Dopiero na mocy rozporządzenia pełnego Ministerium (Rady Ministrów) z 3 kwietnia 1909 r. o oddawaniu w przedsiębiorstwo dostaw i robót państwowych¹⁸² udało się ujednolicić regulację na obszarze całego państwa. Odrębnie unormowano jednak zamówienia udzielane na rzecz wojska. Ze szczególnego reżimu prawnego w ogóle wyłączono dostawy żywności oraz zamówienia na nabycie lub konserwację dzieł sztuki. W świetle § 4 powyższego rozporządzenia rozpisanie przetargu ograniczonego na podstawie indywidualnych zaproszeń było dopuszczalne z uwagi na istotne interesy państwa, ograniczoną liczbę potencjalnych wykonawców lub w zakresie drobnych zamówień o wartości do 10 tys. koron. Zamówień z wolnej ręki zaś wolno było udzielać w dziewięciu wyjątkowych wypadkach, zwłaszcza na drobne dostawy lub usługi o wartości do 5

¹⁷⁶ Verdingungsordnungen für Bouleistungen – VOB.

¹⁷⁷ Verdingungsordnungen für Leistungen – VOL.

¹⁷⁸ Ch. Riese, op. cit., s. 3.

¹⁷⁹ Por. wyrok ETS z 11 sierpnia 1995 r. (C-433/93 Komisja-RFN), Report of Cases 1995, p.I-2303.

¹⁸⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (tj. BGBl. I. 2005, Nr 44, s. 2114).

¹⁸¹ Por. obecnie obowiązujące rozporządzenie o udzielaniu zamówień publicznych (Verordnung über Vergabe öffentlicher Aufträge, vom 9. Januar 2001, BGBl.I.2001, Nr 3, s. 110), ze zmianami.

¹⁸² Dziennik Ustaw Państwa 1909, Nr 61, s. 179.

tys. koron, niezbędne w nagłej potrzebie bądź w zakresie tzw. zamówień dodatkowych do 20% wartości zamówienia podstawowego albo gdy świadczenie było dostępne wyłącznie u jednego dostawcy (wykonawcy) bądź uprzednio zorganizowany konkurs ofert nie dał rezultatu.

W ramach przygotowania procedury otwartej należało wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia, „aby można było dokładnie poznać zakres i jakość dostawy lub robót” oraz szczegółowo ustalić warunki zamówienia z uwzględnieniem wymagań przewidzianych w § 11 rozporządzenia. W szczególności trzeba było podać sposób przygotowania oferty, termin składania ofert¹⁸³, termin związania ofertą, wymagania wadialne¹⁸⁴, zastrzeżenie co do ewentualnych preferencji krajowych, warunki umowy finalnej, w tym zastrzeżenia co do wykonania zamówienia, kar umownych i kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie świadczenia niepieniężnego, sposobu ilościowego i jakościowego jego odbioru oraz warunki zapłaty, a ponadto „na wszelki wypadek warunki, pod którymi przedsiębiorca może dane mu zlecenie przenieść na osobę trzecią i pod którymi prawonabywcy mogą wstąpić w umowę”. W warunkach zamówień wieloletnich, a także w odniesieniu do dostaw, których ceny podlegały wahaniom należało przewidzieć stosowną indeksację wysokości zapłaty. Przy zamówieniach na dostawę wielu asortymentów lub większych rozmiarów konieczne było dopuszczenie ofert częściowych, aby umożliwić drobnym przedsiębiorcom dostęp do zamówienia i wzmocnić konkurencję.

Rozpisanie przetargu otwartego należało ogłosić w urzędowych dziennikach krajowych i za pośrednictwem Ministerstwa Handlu w czasopiśmie „Oesterreicher Zeutralanzeiger für das öffentlichen Lieferungswesen” albo „Oesterreichische Wochenschrift für den öffentlichen Baudienst”. Otwarcie ofert następowało komisyjnie w obecności zainteresowanych reflektantów lub ich przedstawicieli. Oferty prezentowano według kolejności wpływu. Przebieg tej fazy postępowania podlegał zaprotokołowaniu, aby nie było wątpliwości, zwłaszcza co do liczby złożonych ofert. Ocena ofert i wybór oferty najkorzystniejszej następowały niezwłocznie, a najpóźniej w ciągu 14 dni, w trybie przybicia, jednak wyłącznie według najniższej ceny. Odrzuceniu podlegały zwłaszcza oferty spóźnione, sprzeczne z warunkami zamówienia, a także pochodzące od wykonawców pozostających w stanie upadłości lub którzy dopuścili się karalnego naruszenia praw lub przestępstwa przekupstwa funkcjonariusza publicznego. Każda oferta, obok propozycji co do wysokości ceny i ewentualnych oświadczeń dodatkowych, po-

¹⁸³ Wynosił co najmniej 14 dni, a przy zamówieniach większej wartości – 4 tygodnie.

¹⁸⁴ Ustanowienia wadium (do 5% wartości zamówienia) wymagano jedynie w wypadku, gdy było ono konieczne dla zabezpieczenia oferty.

winna zawierać jeszcze oświadczenie o bezwarunkowej akceptacji wszystkich warunków zamówienia. Przybicie równoznaczne było z przyjęciem wybranej oferty w rozumieniu prawa cywilnego. W zakończeniu sporządzano urzędowy odpis dokumentów kontraktowych (oferta i jej przyjęcie), który doręczano niezwłocznie zwycięskiemu oferentowi. Ustanowienie kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie umowy w wysokości 5% jej wartości (w pieniądzu, papierach skarbowych, książeczkach oszczędnościowych lub w bankowych listach gwarancyjnych) było konieczne przy zamówieniach przekraczających 2 tys. koron. Umowa finalna o zamówienie publiczne podlegała przepisom kodeksu cywilnego.

Powyższe rozporządzenie odzwierciedlało ponad stuletnie doświadczenia i osiągnięcia legislacyjne z zakresu rozwoju procedur udzielania zamówień publicznych w Austrii. Rozwiązania w nim zawarte stanowiły potem podstawę dla republikańskich regulacji wydawanych po upadku monarchii, w których zerwano ostatecznie z przetargiem rozstrzyganym wyłącznie według kryterium najniższej ceny. Obecnie w Austrii, począwszy od 1957 r., duże znaczenie praktyczne mają urzędowo-standardowe warunki udzielania zamówień publicznych w trybach przetargowych zawarte w akcie normalizacyjnym „Entwurf O-Norm A -2050”. Unowocześnione rozwiązania normatywne o zasięgu ogólnopaństwowym wprowadzone zostały dopiero w ustawie federalnej o zamówieniach publicznych z 1969 r. Niektóre pionierskie rozwiązania z 1909 r. utrzymane zostały w austriackim prawie zamówień publicznych z 1993 r., a nawet zachowały się jeszcze w aktualnie obowiązującej ustawie z 2006 r.

W carskiej Rosji, aż do końca XIX w., brak było nowoczesnych rozwiązań proceduralnych w zakresie udzielania zamówień publicznych. Dopiero wzrost zadań gospodarczych i potrzeb militarnych państwa wymusił stosowną regulację. Ustawa z 1900 r. o skarbowych pracach i dostawach¹⁸⁵ była aktem stosunkowo obszernym (242 artykułów), ponieważ regulowała nie tylko zasady ubiegania się o zamówienia skarbowe wraz z procedurami ich udzielania, lecz także zasady kształtowania treści umów na dostawy, usługi i roboty budowlane, a nawet szczegółowe rozwiązania z zakresu wykonywania zobowiązań umownych. Wynikało to zapewne tego, że szersze „odesłanie” w tym zakresie do przestarzałych przepisów prawa cywilnego nie było celowe. W odniesieniu bowiem do problematyki umów ustawa z 1900 r. stanowiła *lex specialis* względem przepisów zawartych w rosyjskim kodeksie cywilnym, stanowiącym element wzorowanego jeszcze na *landrechcie* pruskim, kazuistycznego zводу praw z 1835 r. Jednocześnie na podstawie art. 1488 tego kodeksu przepisy ustawy o skarbowych pracach i dostawach dotyczące licytacji publicznej miały odpowiednie zastosowanie do

¹⁸⁵ Zwód praw rosyjskich 1900, t. X, cz. I.

sprzedaży zbędnych przedmiotów skarbowych (ruchomych), choć samo zbycie wymagało zgody władzy gubernialnej¹⁸⁶.

W świetle zasad ogólnych zamówień państwowych udzielali upoważnieni urzędnicy po dokładnym opisie przedmiotu umowy i oszacowaniu jego wartości. Obowiązywały preferencje krajowe. Podstawowym trybem udzielenia zamówienia była ustna licytacja publiczna, uruchamiana na podstawie ogłoszenia (art. 91 i n), natomiast wyjątkowo organizowano ograniczony przetarg pisemny, zwany „procedurą zamkniętych zgłoszeń” (art. 141 i n.), zwłaszcza na dostawy przedmiotów pochodzenia zagranicznego lub wyrobów krajowych dostarczanych wprost z manufaktury lub fabryki albo przy zamawianiu skomplikowanych robót lub usług, co do których zachodziła potrzeba gruntownego porównania ofert. W dodatkowo udostępnianych (w siedzibie zamawiającego) szczegółowych warunkach licytacji bądź przetargu określano przesłanki podmiotowe ubiegania się o zamówienie oraz wykaz dokumentów potwierdzających ich spełnianie. Z ubiegania się o zamówienie wykluczano w szczególności osoby niewiarygodne zawodowo, popadłe w stan upadłości, skazane za niektóre przestępstwa majątkowe lub korupcyjne bądź takie, które wyrządziły szkodę (potwierdzoną wyrokiem) nie wykonując należycie jakiegokolwiek uprzedniego zamówienia publicznego. Chłopi mogli ubiegać się tylko o zamówienia na utrzymanie koni pocztowych, policyjnych lub wojskowych, na naprawy dróg i mostów oraz na usługi transportu konnego. Pewne ograniczenia dotyczyły także urzędników i deputowanych oraz cudzoziemców i osób pochodzenia żydowskiego, według ustawy o paszportach.

Przebieg ustnej procedury licytacyjnej (protokołowanej), a także przetargu pisemnego był bardzo sformalizowany i biurokratyczny. Przybicie licytacyjne, a także rozstrzygnięcie przetargu przez wybór oferty najkorzystniejszej nie prowadziły od razu do zawarcia umowy. Dlatego zastrzegano obowiązek ustanowienia z góry odpowiedniego wadium przez każdego konkurenta zainteresowanego udziałem w postępowaniu. Zabezpieczało ono interesy majątkowe zamawiającego na wypadek uchylenia się zwycięskiego konkurenta od zawarcia umowy finalnej. Wadium pełniło zatem, podobnie jak zadatek, funkcje zryczałtowanego odszkodowania. Tylko wyjątkowo zamiast wadium pieniężnego dopuszczano poręczenie osób trzecich, zwłaszcza w odniesieniu do chłopów, dostawców żywności dla wojska i woźniców wynajmowanych do przewozów rzeczy. Szczególne rozwiązania proceduralne przewidywano co do zamówień udzielanych na Syberii, w krajach kaukaskich, a także na terenie Finlandii (art. 228-242).

¹⁸⁶ Por. Z. Rymowicz, W. Świąćicki, *Prawo cywilne ziem wschodnich*, t. I, Warszawa 1933, s. 791.

W ramach warunków kontraktowych dotyczących umów o zamówienia skarbowe (art. 15-90) normowano zwłaszcza zasady: opisu przedmiotu zamówienia (wyczerpujące i jasne określenie), zastrzegania terminów realizacji zamówień, kształtowania cen i wynagrodzeń wraz z warunkami płatności, odpowiedzialności wykonawcy z tytułu kar umownych (zastrzeganych jednak w wysokości wskazanej w ustawie) oraz ustanawiania zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia (poręczenie, weksel, kaucja). Podstawowym typem umowy o zamówienie publiczne był wzorowany na prawie francuskim kontrakt o przedsiębiorstwie robót lub dostawie (art. 1737 kodeksu rosyjskiego). Ubocznie stosowano przyrzeczenie sprzedaży (art. 1679 kodeksu). Przedsiębiorstwo robót lub dostawa były przedmiotem umowy, na mocy której wykonawca zobowiązywał się do wykonania swoim kosztem określonego przedsięwzięcia (budowy, naprawy lub przeróbki przedmiotu) albo dostarczenia rzeczy rodzajowo oznaczonych, zamawiający zaś do zapłaty wynagrodzenia. Poza tym w ustawie o zamówieniach skarbowych rozbudowano regulację dotyczącą współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy realizacji świadczenia niepieniężnego, a także odbioru przedmiotu zamówienia, odpowiedzialności za wady oraz dopuszczalności odstąpienia od umowy przez zamawiającego (art. 178-227). W wyjątkowych wypadkach osoba trzecia mogła wstąpić w obowiązki wykonawcy zamówienia za zgodą zamawiającego.

II Rzeczpospolita

W dn. 7 października 1918 r. Rada Regencyjna sprawująca zastępczo władzę w nowo utworzonym Królestwie Polskim¹⁸⁷ (wobec braku monarchy) w orędziu do Narodu zapowiedziała utworzenie niepodległego państwa polskiego¹⁸⁸. Na terenie Królestwa obowiązywało dotychczasowe prawo cywilne, uzupełniane dekrety i reskryptami Rady Regencyjnej oraz rozporządzeniami rządowymi¹⁸⁹. W zakresie zamówień publicznych udzielanych przez władze okupacyjne obowiązywało jednak prawo niemieckie lub austriackie, natomiast zaopatrzenie na rzecz skromnej administracji Królestwa i jego wojska odbywało się na ogół-

¹⁸⁷ Powstało z inicjatywy Niemiec i Austro-Węgier, na mocy Aktu z 5 listopada 1916 r., z ziem b. Królestwa Kongresowego, znajdujących się pod okupacją niemiecką. Podstawę ustrojową stanowił patent z 12 września 1917 r. w sprawie władzy państwowej w Królestwie Polskim.

¹⁸⁸ Monitor Polski 1918, Nr 168, s. 1.

¹⁸⁹ Por. dekret z 3 stycznia 1918 r. Rady Regencyjnej o tymczasowej organizacji władz naczelných Królestwa Polskiego (Dziennik Praw, Nr 1, poz. 1).

nych zasadach prawa cywilnego. Gospodarkę budżetową kontrolował Urząd Ob-
rachunkowy.

Powstanie II Rzeczypospolitej formalnie łączy się z dniem 11 listopada 1918 r., w którym Rada Regencyjna przekazała brygadierowi J. Piłsudskiemu zwierzchnictwo nad wojskiem¹⁹⁰. Dopiero jednak 14 listopada Rada przekazała mu pełnię władzy, jako Naczelnemu Dowódcy Wojsk Polskich. Ten zaś w dn. 22 listopada 1918 r. wydał dekret o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej¹⁹¹, przesądzając o republikańskiej formie państwa. Ustanowił Urząd Tymczasowego Naczelnika Państwa, który sam objął, sprawując władzę najwyższą, aż do czasu zwołania Sejmu Ustawodawczego w lutym 1919 r.¹⁹². Powoływany przez Naczelnika rząd wydawał uchwały podlegające zatwierdzeniu, w tym pierwszy budżet Republiki¹⁹³. Odrodzone państwo było następcą prawnym Królestwa Polskiego. Stąd zobowiązania związane z działalnością urzędów, wojska i instytucji publicznych zachowały swoją moc prawną. Unieważniono jedynie umowy zawarte przez niemieckie władze okupacyjne, obciążające dobra narodowe¹⁹⁴.

Zastany i nowy porządek ustrojowo-prawny rozciągano sukcesywnie na kolejne ziemie włączane do Republiki Polskiej. W pierwszej połowie 1919 r. ukształtowały się powiaty ze starostwami oraz województwa z wojewodami jako organami zespolonej administracji¹⁹⁵. Samorząd terytorialny funkcjonował według ustawodawstwa zaborczego, z tym, że dla ziem b. zaboru rosyjskiego konieczne były dekrety o samorządzie miejskim i powiatowym. Jednakże już w lipcu 1920 r. Śląsk otrzymał autonomię¹⁹⁶ z sejmową reprezentacją regionalną o znacznych kompetencjach ustawodawczych i wojewodą rządowym, a także radą wojewódzką sprawującą funkcje administracyjne, wybieraną przez Sejm Śląski, działającą jednak pod przewodnictwem wojewody. Pełna unifikacja ustroju administracji rządowej nastąpiła na mocy rozporządzenia Prezydenta RP z 19 stycznia 1928 r. o organizacji i zakresie działania władz administracji ogół-

¹⁹⁰ Dziennik Praw Nr 17, poz. 38.

¹⁹¹ Dziennik Praw Nr 17, poz. 41.

¹⁹² Na mocy tzw. małej konstytucji z 20 lutego 1919 r. Sejm powierzył J. Piłsudskiemu dalsze sprawowanie Urzędu Naczelnika Państwa.

¹⁹³ O prawie i ustroju odradzającego się państwa zob. w: *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, red. F. Ryszka, Warszawa 1962, s. 102 i nast.

¹⁹⁴ Zob. dekret Naczelnika Państwa z 11 stycznia 1919 r. w przedmiocie umów zawartych przez b. władze okupacyjne co do majątku państwowego (Dziennik Praw Państwa Polskiego, dalej: Dz.P., Nr 5, poz. 99).

¹⁹⁵ Por. J. Malec, D. Malec, op. cit., ss. 150–151.

¹⁹⁶ Zob. ustawę konstytucyjną z 15 lipca 1920 r. zawierającą statut organiczny województwa śląskiego (Dz. P. Nr 73, poz. 497).

nej¹⁹⁷. W województwach działali wojewodowie powoływani przez Prezydenta R, natomiast w powiatach – starostowie powoływani przez Ministra Spraw Wewnętrznych. Jako administracja wyspecjalizowana działała zwłaszcza wojskowa, przemysłowa i szkolna. Jednolitą zaś organizację samorządu terytorialnego wprowadziła dopiero ustawa 23 marca 1933 r. o częściowej zmianie ustroju samorządu terytorialnego¹⁹⁸. Obok rad gminnych i powiatowych funkcjonowały zarządy gminne z wójtami oraz wydziały powiatowe, działające jednak pod kierownictwem rządowego starosty. Rządowy nadzór nad samorządem sprawowano według kryterium legalności, natomiast kontrola finansowa należała do Związku Rewizyjnego Samorządu Terytorialnego.

Umowy i stosunki obligacyjne podporządkowane były początkowo przepisom państw zaborczych. Zachodzące różnice zniósł dopiero zakończona w latach trzydziestych unifikacja prawa zobowiązań. Jednakże zamówienia rządowe, z uwagi na położenie stolicy, podlegały na ogół prawu obowiązującemu w b. Królestwie Polskim, gdzie utrzymano (aż do 1924 r.) dotychczasowy system pieniężny oparty na marce polskiej. Gospodarka skarbowa w początkowym okresie nie była jednak ujęta w żadne ramy ustawowe, władze centralne i regionalne samodzielnie dokonywały niezbędnych wydatków, a dochody na ten cel czerpały z różnych, często przypadkowych źródeł, z konieczności zatem utrzymywano znaczny deficyt finansowy¹⁹⁹. Na obszarze Galicji oraz b. zaboru pruskiego przez ponad 2 lata prowadzono nawet odrębną gospodarkę finansową, przy zachowaniu korony i marki niemieckiej, tolerując w istocie dwuwalutowość (na Śląsku do 1923 r.)²⁰⁰. We Lwowie działała bowiem specjalna Komisja Rządząca dla Galicji i Śląska Cieszyńskiego²⁰¹, zastąpiona potem przez delegata rządowego, natomiast w Poznaniu - Komisariat NRL, którego kompetencje, po podpisaniu traktatu wersalskiego, przejął rządowy minister b. dzielnicy pruskiej²⁰². W końcu lutego 1919 r. udało się nieco uporządkować dochody podatkowe i przyjąć półroczny preliminarz budżetowy, ale z 65% deficytem (wzrósł aż do 80%, z uwagi na nadzwyczajne wydatki wojskowe), który usiłowano równoważyć rozmaitymi

¹⁹⁷ Dz. P. Nr 11, poz. 86.

¹⁹⁸ Dz. P. Nr 35, poz. 294.

¹⁹⁹ U schyłku 1918 r. przekroczył on 200%. Por. Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. I, *W dobie inflacji*, Warszawa 1967, s. 254.

²⁰⁰ Więcej o tym L. Barański, *Dzieje pieniądza polskiego*, (w:) *Przemysł i handel 1918–1928*, Warszawa 1928, s. 57 i nast. oraz K. Ostrowski, *Polityka finansowa Polski przedwrześniowej*, Warszawa 1958, s. 101 i nast.

²⁰¹ Jej statut zatwierdził dekretem z 8 stycznia 1919 r. Tymczasowy Naczelnik Państwa (Dz. P. Nr 7, poz. 106).

²⁰² Por. ustawę z 1 sierpnia 1919 r. o tymczasowej organizacji zarządu b. dzielnicy pruskiej (Dz. P. Nr 64, poz. 385).

sposobami, głównie pożyczkami i opóźnianiem zapłaty zobowiązań²⁰³. W drugiej połowie roku było jeszcze gorzej, ponieważ w ogóle nie udało się wprowadzić żadnego preliminarza. Stosowny dokument przyjęto z mocą wsteczną dopiero w marcu następnego roku, z ponad 300% deficytem, pokrytym dodatkową emisją pieniądza, napędzającą – niestety – inflację. Dotkliwy kryzys gospodarki skarbowej nastąpił 1920 r., w związku z rozbudową armii i wydatkami wojennymi (wielokrotnie przewyższającymi pozostałe wydatki), finansowanymi „podatkiem inflacyjnym” (ze zwiększonej emisji pieniądza), a w pewnej części także z pożyczek zagranicznych²⁰⁴. Po zakończeniu wojny z Rosją Radziecką naprawę skarbu nadal jednak odraczano ze względów politycznych. Zmieniały się rządy, jeszcze częściej ministrowie skarbu. Potęgowały się skutki inflacyjnej emisji marek. Ciągłe nie można było skonstruować pełnego budżetu państwa, obowiązywały jedynie odcinkowe preliminarze wydatkowo-dochodowe. Dopiero na przełomie 1923/1924 r., w obliczu rozruchów społecznych, anarchii skarbowej i wielkiego spustoszenia wywołanego hiperinflacją, udało się wreszcie zgromadzić większość sejmową niezbędną do wprowadzenia zmian mających na celu trwałe uzdrowienie gospodarki skarbowej. Uchwalono pierwsze kwartalne prowizorium budżetowe. Reformy premiera W. Grabskiego zmierzały w dwóch zasadniczych kierunkach: zastąpienia zdeprecjonowanej marki polskiej nową walutą (od 1 lipca 1924 r.) oraz stworzenia podstaw do urzeczywistnienia podstawowej zasady demokratycznych finansów publicznych polegającej na stałym utrzymywaniu równowagi budżetowej²⁰⁵. W szczególności, obok wymiany pieniądza, dokonano wielu usprawnień umożliwiających redukcję wydatków, podwyższono stawki podatkowe, wprowadzono specjalny podatek majątkowy, zorganizowano monopole fiskalne (spirytusowy, tytoniowy i zapalczany), zwaloryzowano także zaległości podatkowe, a ponadto zwiększono wyraźnie efektywność w zakresie egzekwowania zobowiązań podatkowych. Po raz pierwszy w odrodzonej Rzeczypospolitej pojawił się całoroczny budżet państwa. Deficytu nie udało się jednak w pełni wyeliminować. Bark zgody politycznej na dalsze zaostrenie dyscypliny finansowej i upadek rządu W. Grabskiego spowodowały częściowe wyhamowanie tendencji reformistycznych. Osiągnięcie pełnej równowagi budżetowej i krótkotrwała stabilizacja nastąpiły dopiero w okresie rządów pomajowych.

²⁰³ Zestawienie preliminowanych i rzeczywistych wydatków i dochodów RP do końca 1920 r. oraz zestawienie prowizorycznych wydatków i dochodów za rok 1921, Warszawa 1922, s. 35 i nast.

²⁰⁴ Więcej o tym Z. Landau, J. Tomaszewski: op. cit., s. 261 i nast.

²⁰⁵ Por. W. Grabski, *Dwa lata pracy u podstaw państwowości naszej (1924–1925)*, Warszawa 1927, s. 18 i nast., Z. Landau, *Reformy skarbowo-walutowe W. Grabskiego*, „Finanse” 1969, nr 3, s. 15 i nast. oraz M. Malinowski, *Stabilizacja waluty w Polsce w latach 1925 i 1927 w świetle literatury*, Warszawa 1934, s. 13 i nast.

W takich warunkach ekonomicznych, przy licznych obiektywnych trudnościach unifikacyjnych o charakterze organizacyjnym i prawnym, nie mogło być mowy o rozwoju i unowocześnieniu zamówień publicznych. Jednakże już na mocy dekretu z 7 grudnia 1918 r. Naczelnik Państwa utworzył przy Ministrze Przemysłu i Handlu specjalny Urząd Rozdzielczy w celu centralizacji zamówień rządowych²⁰⁶ na wyroby przemysłowe. W jego skład weszli przedstawiciele 7 resortów, z których zakresem działania związane były zamówienia publiczne. Wszystkie organy i agendy centralne kierowały swoje zamówienia na wyroby przemysłowe do powyższego Urzędu, a ten przydzielał je odpowiednim przedsiębiorcom. Przy zawieraniu umów należało przestrzegać, aby zamawiane wyroby były wytwarzane w miarę możliwości z surowców i półfabrykatów pochodzenia krajowego. Celem centralnego rozdzielnictwa było zapewnienie dostatecznej efektywności (racjonalizacji) wydatków dokonywanych ze środków publicznych i ochrony przed zagrożeniami korupcyjnymi. Instytucje nieobjęte rozdzielnictwem, zwłaszcza samorządowe, udzielały zamówień na zasadach ogólnych. Operowano też regulaminami przetargowymi. Wyjątkowe rozwiązania obowiązywały w resorcie robót publicznych dla budownictwa publicznego, a także w zakresie obowiązkowych dostaw ziemiopłodów do dyspozycji administracji rządowej i samorządowej (w ramach tzw. aprowizacji). Na mocy ustawy z 11 kwietnia 1919 r. o rzeczowych świadczeniach wojennych²⁰⁷ zalegalizowano dopuszczalność obciążania ludności w trybie administracyjnym powinnościami w postaci odpłatnego odstępowania na rzecz państwa własności lub użytkowania ruchomości, a także nieruchomości niezbędnych dla celów zaopatrzenia armii i obrony państwa²⁰⁸. Wkrótce jednak wobec zagrożeń wojennych utworzono Urząd Zaopatrzenia Armii, a następnie zlikwidowano Urząd Rozdzielczy²⁰⁹. Zwiększenie zainteresowania partnerstwem publiczno-prywatnym, opartym zwłaszcza na koncesji budowlanej, stymulowano zaś przepisami odrębnymi, pośród których największe znaczenie praktyczne miała ustawa z 14 października 1921 r. o udzielaniu koncesji na koleje żelazne prywatne²¹⁰.

Zamówień rządowych przez wiele lat udzielano na podstawie przepisów resortowych, nierzadko funkcjonujących w postaci chwiejnych instrukcji. W pewnym stopniu stosowano jednak przetargowe sposoby wyłaniania wykonawców w oparciu o funkcjonujące w rozproszeniu regulacje resortowe i regula-

²⁰⁶ Dz. P. Nr 19, poz. 33.

²⁰⁷ Dz. P. Nr 32, poz. 264.

²⁰⁸ Zob. też ustawę z 25 lipca 1919 r. o osobistych świadczeniach wojennych (Dz. P. Nr 67, poz. 1401).

²⁰⁹ Zob. uchwałę Sejmu z 30 stycznia 1920 r. (Dz. P. Nr 10, poz. 55).

²¹⁰ Dz. U. Nr 88, poz. 646.

miny. Jedynie zasady ustalania kontyngentów obowiązkowych dostaw produktów rolnych doczekały się regulacji ustawowych²¹¹. Pewną osobiwością była uchwała Komitetu Ekonomicznego Ministrów z 6 czerwca 1925 r. o zamówieniach rządowych udzielanych za granicą, wprowadzająca obowiązek uzyskania uprzedniej zgody Ministerstwa Przemysłu i Handlu na lokowanie zamówień poza rynkiem krajowym²¹², która utrzymała się aż do lat trzydziestych. Sytuację komplikował dodatkowo brak rodzimej kodyfikacji prawa umów, choć w odniesieniu do zamówień rządowych dominujące znaczenie miało ustawodawstwo b. zaboru rosyjskiego, zawarte w kodeksie Napoleona, właściwe według siedziby zamawiającego.

Nieco lepiej rozwinięta była kontrola zamówień publicznych. Obok zwyczajnej kontroli wewnątrz administracyjnej, funkcjonowała kontrola instytucjonalna. Już w dn. 7 lutego 1919 r. dekretem Naczelnika Państwa powołano Najwyższą Izbę Kontroli Państwa²¹³, która według art. 11 sprawowała kontrolę „wszystkich rachunków władz cywilnych i wojskowych, urzędów, zakładów i przedsiębiorstw państwowych (...), niepaństwowych instytucji otrzymujących dotacje ze skarbu państwa (...), a także rachunków dochodów i wydatków, majątków i długów wyższych jednostek samorządowych oraz większych miast (...)”. Niezależnie od zwykłej kontroli następczej (represyjnej) Izba wykonywała też kontrolę wstępną o charakterze prewencyjnym, przede wszystkim w zakresie „wydatków na koszty wszelkiego rodzaju inwestycji państwowych, prowadzonych przez specjalnie dla tego celu zorganizowane komisje (...), wydatków na dostawy dla wojska, utrzymanie dróg i mostów, roboty melioracyjne oraz na przebudowę lub gruntowne odnowienie budowli państwowych, a także wydatków dokonywanych przez instytucje, zakłady i fundacje państwowe i jednostki samorządowe (...)”. Jak łatwo zauważyć, Izba sprawowała jedynie kontrolę finansową zamówień publicznych, z pominięciem - co do zasady - kontroli procedur ich udzielania, zapewniających wyłanianie wiarygodnych wykonawców i najkorzystniejszych warunków umów. W celu usunięcia dostrzeżonych braków i nieprawidłowości Izba mogła jednak wydawać stosowne zarządzenia, w szczególności zawieszać winnych zaniedbań w czynnościach urzędowych i żądać pociągnięcia ich do odpowiedzialności materialnej lub karnej²¹⁴. Wobec nasilającej się korupcji w dziedzinie zaopatrzenia wojskowego Sejm, na mocy ustawy z 7

²¹¹ Por. dla przykładu ustawę z 9 lipca 1920 r. o aprowizacji na rok gospodarczy 1920/21 (Dz. U. Nr 56, poz. 348).

²¹² Por. D. Szczepański, *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej (cz. I)*, „Zamówienia Publiczne – Doradca” 2000, nr 9, s. 59 i nast.

²¹³ Dz. P. Nr 14, poz. 183.

²¹⁴ Por. ustawę z 30 stycznia 1920 r. w przedmiocie odpowiedzialności urzędników za przestępstwo popełnione z chęci zysku (Dz. U. Nr 11, poz. 60).

listopada 1919 r., powołał nadzwyczajną komisję rewizyjną do przeprowadzenia lustracji poszczególnych działów gospodarki wojskowej²¹⁵ celem szybszego ujawnienia przestępstw popełnionych na szkodę Skarbu Państwa.

Zamach majowy z 1926 r. przypadł na okres stosunkowo dobrej koniunktury. Wyraźnie wzrastały dochody podatkowe, nawet tak dalece, że pojawiła się nadwyżka budżetowa. Nie wykorzystano jednak tych sprzyjających okoliczności do unowocześnienia zasad funkcjonowania gospodarki skarbowej, a zwłaszcza udzielania zamówień publicznych, uzależnionych nadmiernie od instrumentów administracyjnych. Potem dał o sobie znać kryzys gospodarczy, którego skutki utrudniały radykalne przeobrażenia w tym zakresie. Wprawdzie już w 1926 r. w Ministerstwie Przemysłu i Handlu próbowano wdrożyć generalny program zamówień rządowych wraz z kryteriami ich racjonalnego przydziału, ale inicjatywy te nie zostały uwieńczone powodzeniem głównie ze względu na krępującą i krótkotrwałą (miesięczną) skalę wykonawczych wobec rocznego budżetu - preliminarzy wydatkowych²¹⁶. Tymczasem w okresie zaostrzającego się na początku lat trzydziestych kryzysu z naturalnych względów wzrosło znaczenie zamówień publicznych, niestety w warunkach braku nowoczesnych rozwiązań legislacyjnych.. Trudności uruchomiły krytykę funkcjonującej organizacji zamówień rządowych, jako potencjalnego instrumentu łagodzenia skutków recesji²¹⁷. W kołach gospodarczych wskazywano przede wszystkim na brak przejrzystości i nierówny dostęp do zadań finansowanych ze środków publicznych, w tym nadmierne uprzywilejowanie zamówień udzielanych przedsiębiorstwom państwowym²¹⁸. Uciążliwe było ponadto nadmierne rozproszenie regulacji, na dodatek niskiej rangi resortowo- regulaminowej²¹⁹. Od początku 1930 r. przy Ministrze Przemysłu i Handlu rozpoczęła działalność międzyresortowa komisja ds. koordynacji uzgodnienia programów inwestycyjnych i zakupów na rzecz jednostek państwowych, o charakterze interwencyjnym wobec wzrastającego bezrobocia i innych następstw kryzysu gospodarczego. Udało się jej ustalić plan zamówień rządowych na rok budżetowy 1930/31. Scentralizowane przetargi miały być uruchamiane jeszcze przed rozpoczęciem roku budżetowego z równym dostę-

²¹⁵ Dz. P. Nr 89, poz. 889.

²¹⁶ Por. D. Szczepański, op. cit., s. 60.

²¹⁷ Z. Ludkiewicz, *Polityka wielkich robót publicznych*, Warszawa 1936, s. 24 i nast. Por. też Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 1991, ss. 36–37.

²¹⁸ Por. M. Goetzendorf-Grabowska, *Istota i zakres zamówień rządowych, jako instrumentu polityki ekonomicznej państwa*, Warszawa 1989, ss. 28–29.

²¹⁹ Por. Z. Kadłubski: *Rozporządzenie Rady Ministrów o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego*, Katowice 1937, podaje za P. Szustakiewicz, (w:) M. Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne – podręcznik*, s. 19.

pem przedsiębiorców do zamówień nimi objętych²²⁰. Dopuszczano protesty, które miała rozpatrywać komisja z udziałem przedstawiciela zainteresowanego ministerstwa. Powołana na potrzeby następnego roku budżetowego komisja międzyministerialna została ograniczona w kompetencjach, gdyż jedynie opiniowała rozkład zamówień pomiędzy poszczególne okręgi przemysłowe. Uchwałą z 19 marca 1932 r. Komitet Ekonomiczny Ministrów powołał stałą komisję do uzgodnienia zamówień rządowych i samorządowych, która planowała udzielanie zamówień i rozdzielała je pomiędzy okręgi przemysłowe. Zamawiający mieli obowiązek zawierać umowy bezpośrednio z wyłonionymi, nie zawsze jednak przetargowo, przedsiębiorstwami produkcyjnymi. Rozwiązania te utrzymywały się aż do końca 1936 r. wraz z licznymi instrukcjami resortowymi²²¹.

Coraz bardziej odczuwalny brak ujednoliconych przepisów o zamówieniach publicznych, w warunkach utrzymującego się kryzysu gospodarczego, wymusił uchwalenie 15 lutego 1933 r. ustawy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego²²². Był to jednak – niestety – akt ramowy. Zgodnie bowiem z art. 1 tej ustawy sposoby i warunki udzielania zamówień publicznych miała dopiero ustalić Rada Ministrów w drodze rozporządzenia. W przepisach art. 2 zastrzeżono preferencje krajowe polegające na tym, że zamówienie na dostawy i roboty powinny być co do zasady wykonywane przez przedsiębiorstwa krajowe, przy użyciu krajowych sił wytwórczych, surowców i produktów. Z reżimu ustawy i planowanego rozporządzenia wyłączono jednak zamówienia udzielane przez monopole państwowe i te przedsiębiorstwa przemysłowe, handlowe i górnicze, które zostały wydzielone z ogólnej administracji publicznej. Pomimo swojego ramowego charakteru ustawa zapowiadająca rozporządzenie przyjęta została z żywą radością przez koła gospodarcze²²³. Wkrótce zresztą weszło też w życie rozporządzenie Prezydenta RP z 27 października 1933 r. kodeks zobowiązań²²⁴, ujednolicający prawo umów na obszarze całego państwa.

Prace legislacyjne nad rozporządzeniem wykonawczym do ustawy z 1933 r. przeciągnęły się nieoczekiwanie w czasie, zajęły aż 4 lata. Jako przyczyny oficjalne podawano wolne tempo uzgodnień międzyresortowych oraz rozbieżności co do rozwiązań konstrukcyjnych w zakresie procedur przetargo-

²²⁰ D. Szczepański, op. cit., s. 61.

²²¹ Por. T. Kołodziej, *Przepisy o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego*, Poznań 1937, s. 3.

²²² Dz. U. RP Nr 19, poz. 127.

²²³ T. Kołodziej, op. cit., s. 3.

²²⁴ Dz. U. RP, Nr 82, poz. 598.

wych²²⁵. Ostatecznie dopiero 29 stycznia 1937 r. Rada Ministrów przyjęła rozporządzenie o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego²²⁶. Zawierało ono oryginalną i dojrzałą regulację, wolną od obciążeń administracyjnych, wprowadzającą priorytet dla przetargu nieograniczonego toczącego się na zasadach prawa cywilnego. Od razu stało się obiektem zainteresowania praktyki²²⁷, choć *vacatio legis* przewidziana dla niego wynosiła 6 miesięcy. Jednakże o krótkim okresie funkcjonowania tego rozporządzenia przesądziła II wojna światowa, podczas której nie mogło być stosowane, a potem zostało wkrótce uchylone w warunkach zmienionego ustroju, w grudniu 1948 r. Do dziś stanowi ono cenny dorobek polskiej myśli legislacyjnej. Z rozwiązań w nim zawartych korzystano jeszcze przy formułowaniu regulaminów przetargowych w okresie przejściowym po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych w 1990 r., a także przy projektowaniu ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. i aktualnie obowiązującej ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²²⁸.

Rozporządzenie przedwojenne uchyliło wszystkie wydane wcześniej regulacje resortowe. Stanowiło *lex specialis* względem przepisów powszechnie obowiązującego prawa cywilnego (§46). Realizowało zasadę powszechnego dostępu do zamówień udzielanych na rynku krajowym (ustawowe preferencje), o które mogły ubiegać się także osoby fizyczne legitymujące się kartą rzemieślniczą lub innym świadectwem kompetencji zawodowych (wiarygodność) oraz co najmniej „jednoroczną egzystencją gospodarczą”. Jednakże z ubiegania się o zamówienie byli wykluczeni dostawcy (wykonawcy) prawomocnie skazani za przestępstwa korupcyjne lub przeciwko bezpieczeństwu państwa, pozostający pod zarzutem wyrządzenia szkody w związku z uprzednio uzyskanym zamówieniem publicznym (w ostatnich trzech latach), korzystający z pracy więźniów, tacy co do których ogłoszono upadłość itd. Wprowadzono prymat nieograniczonego przetargu pisemnego, przed dopuszczalnymi wyjątkowo: przetargiem ograniczonym, ustną aukcją i trybem udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Drobnych zakupów o wartości do 1 tys. zł. można było dokonywać w drodze transakcji bezpośredniej za zwykłym rachunkiem, na podstawie nawet ustnej umowy. Przetarg ograniczony wolno było zastosować dopiero w wypadku, gdy prowadzony uprzednio przetarg nieograniczony nie dał rezultatu albo w odniesieniu do zamówień zwią-

²²⁵ Tak D. Szczepański, op. cit. (cz. II, ZPD 2000, Nr 10), s. 56 powołujący się na uzasadnienie do tego rozporządzenia.

²²⁶ Dz. U. RP Nr 13, poz. 92.

²²⁷ Por. Komunikat Nr 2137 Wydziału Prawnego Prezydium Rady Ministrów, „Przegląd Handlowy” 1937, nr 4, s. 30.

²²⁸ Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759.

zanych z ochroną zabytków lub bezpieczeństwem państwa, a także w innych wyjątkowych wypadkach określonych w rozporządzeniu Ministra Przemysłu i Handlu (nie zostało wydane). Do przetargu ograniczonego należało zaprosić co najmniej 5 konkurentów. Ustną licytację organizowano jedynie wtedy, gdy pożądanym był udział oferentów z szerszych warstw ludności, a szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała 5 tys. zł. Zamówień z wolnej ręki udzielano osobom zdolnym do należytego ich wykonania, po negocjacjach uwiecznionych pisemną umową, w 13 sytuacjach szczególnych, enumeratywnie wskazanych w rozporządzeniu, zwłaszcza w razie natychmiastowej potrzeby świadczenia, konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego temu samemu wykonawcy lub udzielenia zamówienia osobie trzeciej na dokończenie świadczenia przerwanego odstąpieniem od umowy, w sytuacji monopolu po stronie dostawcy (wykonawcy) i w odniesieniu do zakupu żywności na potrzeby wojska. W imię zasady równego traktowania konkurentów, a także celem zwiększenia gwarancji bezstronności zamawiającego i ochrony przed korupcją obowiązywał wymóg posłużenia się komisją przetargową, zapewniającą przede wszystkim obiektywną i fachową ocenę ofert przetargowych. Z reprezentacji zamawiającego wyłączeniu podlegali urzędnicy powiązani w jakikolwiek sposób z oferentami, w odniesieniu do których zachodziły wątpliwości co do bezstronności (§ 12 rozp.). Ze względów ekonomicznych zamówień należało udzielać w takim czasie, aby ich wykonanie przypadało na tzw. sezony martwe, a w przypadku dostaw żywności i artykułów rolnych na sezony wzmożonej ich podaży (§ 14 rozp.).

Ogłoszenie o przetargu nieograniczonym zamieszczano w prasie, a gdy wartość zamówienia sięgała 50 tys. zł.- także w Monitorze Polskim. Ze szczegółowymi warunkami zamawianych dostaw lub robót zaznajamiano zainteresowanych w siedzibie zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia miał być dokładny. Można było dopuścić oferty częściowe. Termin składania ofert nie mógł być krótszy niż 10 dni. Każda oferta musiała zawierać oświadczenie o aprobachie warunków zamówienia. W terminie składania ofert należało ustanowić stosowne wadium. Oferty otwierano komisyjnie. Oceny ofert dokonywano na podstawie z góry przyjętych kryteriów. Obok wysokości ceny dopuszczano inne kryteria, także jakościowe. Brak co najmniej dwóch ważnych ofert albo gdy żadna z ofert nie nadawała się do przyjęcia stanowił podstawę do stwierdzenia, że przetarg nie dał rezultatu. Podlegał zamknięciu bez wyboru oferty. W niektórych wypadkach, zwłaszcza gdy cena oferty najkorzystniejszej przekraczała szacunkową wartość zamówienia wolno było uruchomić dodatkowy przetarg ustny lub pisemny pomiędzy co najmniej dwoma konkurentami, którzy zaoferowali najdogodniejsze warunki. Wybór oferty najkorzystniejszej łączył się z jej przyjęciem na piśmie. Jednakże - odmiennie niż w prawie niemie-

ckim i austriackim – umowę finalną podpisywano dopiero po upewnieniu się o bezpieczeństwie transakcji (niekiedy także po zatwierdzeniu wyboru oferty przez organ nadrzędny) w oznaczonym terminie, na wezwanie zamawiającego. Oferent uchylający się od zawarcia umowy finalnej tracił wadium, o czym należało z góry uprzedzić w warunkach zamówienia i ostrzec w wezwaniu do podpisania umowy.

Do obligatoryjnych postanowień umowy według § 40 rozp. należały w szczególności zastrzeżenia o terminie realizacji zamówienia, karach umownych zaliczanych na poczet odszkodowania należnego zamawiającemu, o zakazie angażowania podwykonawców bez zgody zamawiającego oraz o warunkach odbioru przedmiotu zamówienia i zapłaty wynagrodzenia. Zawarciu umowy o zamówienie publiczne towarzyszyło na ogół ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia należytego jej wykonania, w zakresie ściągalności potencjalnych roszczeń przysługujących zamawiającemu. Zaliczkowanie dostawcy (wykonawcy) dopuszczalne było wyjątkowo za zgodą organu zwierzchniego. Ewentualne zamówienie dodatkowe wymagało odrębnej umowy. Z uwagi na znaczne zagrożenia korupcyjne i inne mankamenty realizacyjne, odbioru przedmiotu zamówienia większej wartości dokonywano komisyjnie.

Zamówienia państwowe w ustroju socjalistycznym

Zmiany ustrojowe wprowadzone w Polsce i innych krajach środkowoeuropejskich po drugiej wojnie światowej łączyły się ze wzrostem zastosowania instrumentów administracyjnych. Początkowo ujawniały się sprzeczne tendencje: reaktywowanie regulacji i mechanizmów przedwojennych oraz recepcja rozwiązań radzieckich. W Polsce z jednej strony przywrócono konstytucję marcową, parlament (choć bez Senatu), organizację samorządu terytorialnego (nawet z samorządem województwa)²²⁹, przedwojenne instytucje państwowe i zamówienia publiczne, natomiast z drugiej strony stopniowo centralizowano administrację rządową, rozbudowywano aparat represji, znacjonalizowano przemysł, utrzymywano obowiązkowe dostawy produktów rolnych wprowadzone uprzednio przez okupanta, ograniczono swobodę gospodarczą (administracyjne koncesje, zezwolenia) z wyraźnymi preferencjami na rzecz przedsiębiorstw państwowych, wprowadzono centralnie planowanie gospodarcze itd. Dla zamówień publicznych szczególnie dotkliwe były: liczebny wzrost przedsiębiorstw państwowych, z radykalnym

²²⁹ Zob. dekret PKWN z 23 listopada 1944 r. o organizacji i zakresie działania samorządu terytorialnego (Dz. U. Nr 14, poz. 74).

ograniczeniem form handlowych (spółek) i centralne planowanie, któremu towarzyszyła redukcja zastosowania umowy cywilnoprawnej i rozwój administracyjnego rozdzielnictwa z urzędowymi cennikami. U schyłku lat czterdziestych rozegrała się tzw. bitwa o handel, mająca na celu wyeliminowanie sektora prywatnego z działalności handlowej, w którego istnieniu upatrywano groźby odrodzenia kapitalizmu. W rezultacie po kilku latach przeobrażeń, połączonych często z indywidualnymi szykanami administracyjno-fiskalnymi, sklepy państwowe i spółdzielcze zdominowały obrót hurtowo-detaliczny. Także drobna wytwórczość zepchnięta została ostatecznie na margines życia gospodarczego. Już na mocy ustawy z 18 listopada 1948 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych²³⁰ uchylono przedwojenne przepisy o zamówieniach publicznych, wprowadzono centralne planowanie zamówień oraz wyraźne preferencje przy ich udzielaniu w trybie administracyjnym (bezprzetargowych) na rzecz przedsiębiorstw państwowych i państwowo-spółdzielczych. Innym podmiotom (prywatnym) zamówień udzielano wyjątkowo, gdy poszukiwane dostawy lub roboty w ogóle nie mieściły się w działalności przedsiębiorstw państwowych albo, gdy przedsiębiorstwa te nie mogły podjąć się ich wykonania w ilości i terminach koniecznych dla zamawiającego (art. 6). Procedury udzielania funkcjonujących na marginesie zamówień umownych unormowano na mocy rozporządzenia wykonawczego²³¹. Podstawowe znaczenie miał przetarg nieograniczony, natomiast przetarg ograniczony dopuszczalny był w wyjątkowych przypadkach, gdy zamawiane świadczenie mogły wykonać wyłącznie przedsiębiorstwa spółdzielcze, istniała ograniczona liczba potencjalnych oferentów lub zamówienie nie miało większej wartości. Unormowanie tych procedur było jednak podobne do regulacji zawartej w rozporządzeniu z 1937 r. Oferent, którego oferta nie została przyjęta „nie mógł rościć z tego tytułu żadnych pretensji do zamawiającego” (§ 42 rozp.). Sytuację pogarszał dodatkowo przepis, według którego zamówień udzielano po cenach nieprzekraczających cen urzędowych (§ 13 rozp.), które – jak wiadomo – odbiegały często od rzeczywistych realiów ekonomicznych.

Zasadniczy cios nastąpił w 1950 r. Na mocy ustawy z 20 marca 1950 r. o terenowych organach jednolitej władzy państwowej²³² zniesiono samorząd terytorialny, a mienie jego znacjonalizowano. Zniesiono też stanowiska wojewodów, starostów i wójtów. Administrację terenową przekazano organom wykonawczym

²³⁰ Dz. U. Nr 63, poz. 404.

²³¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z 19 lutego 1949 r. w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych (Dz. U. Nr 12, poz. 73).

²³² Dz. U. Nr 14, poz. 130.

rad narodowych (prezydium). Zwierzchni nadzór nad radami sprawowała Rada Państwa, a nad ich prezydiami – właściwy minister i Rada Ministrów, które udzielały im szczegółowych „wytycznych i instrukcji” oraz rozpatrywały przekazywane przez nie sprawozdania. W oparciu o ustawę z 19 kwietnia 1950 r. o umowach planowych w gospodarce socjalistycznej²³³ wprowadzono powszechny obowiązek zawierania umów planowych w sferze społeczno-gospodarczej. W rolnictwie zwiększono zakres obowiązkowych dostaw, zaostrożono tzw. rozkułaczanie (represje karno-administracyjne), a także przyspieszono przymusową kolektywizację. W szczególności umowy planowe obejmowały cały ogólnie kształtowany plan jednostki gospodarki społeczno-gospodarczej, treść zobowiązania umownego zdeterminowana była bezpośrednio stosownymi dyspozycjami planistycznymi. Obowiązywały normatywne warunki i wzory umów (tzw. umowy typowe), sankcjonowane osobistą odpowiedzialnością karno-administracyjną za odstępstwa na rzecz swobody kontraktowej. W pewnym zakresie występował nawet obowiązek wykonywania świadczeń bezumownych, wprost na podstawie decyzji administracyjnych. Rozpoznawanie sporów przedumownych, a także sporów z tytułu wykonywania zobowiązań między jednostkami gospodarki społeczno-gospodarczej wyłączono z jurysdykcji sądowej i podporządkowano organowi administracyjnemu, funkcjonującemu pod nazwą Państwowy Arbitraż Gospodarczy. Wolne od ingerencji administracyjnej umowy gospodarcze funkcjonowały na peryferiach obrotu gospodarczego. Na wiele lat z języka prawnego i prawniczego zniknęło pojęcie „zamówienia publicznego”.

Pomimo złączenia niektórych instrumentów centralnego zarządzania w połowie lat pięćdziesiątych²³⁴ i wprowadzeniu nowej ustawy z 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych²³⁵, administracyjne formy reglamentacji świadczeń na cele publiczne, w postaci skorelowanych z planami gospodarczymi rozdzielników i uzgodnień dostaw (robót) oraz rozmaitych urzędowych cenników, utrzymały się aż do końca lat osiemdziesiątych²³⁶. Wszechobecne szczegółowe warunki umów o charakterze normatywnym eliminowały swobodę kontraktową tak że umowa w obrocie z udziałem jednostek gospodarki społeczno-gospodarczej pełniła jedynie rolę przysłowiowego „listka

²³³ Dz. U. Nr 21, poz. 180.

²³⁴ Na podstawie dekretu Rady Państwa z 16 maja 1956 r. o umowach dostawy pomiędzy jednostkami gospodarki społeczno-gospodarczej (Dz. U. Nr 16, poz. 87).

²³⁵ Dz. U. Nr 3, poz. 7. Zastąpiła ona ustawę z 1948 r. Według rozporządzenia wykonawczego z 1958 r. (Dz. U. Nr 6, poz. 17) w nieco szerszym zakresie wolno było udzielać zamówień jednostkom nieuspołecznionym w trybie przetargowym, ale postępowanie mogło być swobodnie unieważnione.

²³⁶ K. Sobczak, *Zamówienia rządowe (kwestie administracyjno-prawne)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1984, nr 2, s. 38 i nast.

figowego”. Próby odblokowania swobody kontraktowej z pobudzeniem tzw. inicjatywy prywatnej i znoszenia ograniczeń międzysektorowych w zamówieniach rządowych²³⁷ z lat osiemdziesiątych, rokujące nawet pewne nadzieje na większe reformy²³⁸, nie odegrały większej roli wobec postępującej degradacji socjalistycznego ustroju gospodarczego.

Okres transformacji ustrojowej

Wraz z reaktywowaniem mechanizmów rynkowych na początku lat dziewięćdziesiątych od razu ujawniła się potrzeba przywrócenia odpowiedniej regulacji zamówień publicznych, zwłaszcza w obliczu odbudowy samorządu terytorialnego i postępujących zmian strukturalno-organizacyjnych w obrębie sektora publicznego. Początkowo jednak zamierzano załatwić ten problem wzorem niemieckim na gruncie rozporządzenia wykonawczego do prawa budżetowego²³⁹, ale rychło rozwiązanie takie okazało się niewystarczające z uwagi na potrzebę szerszego dostosowania polskich przepisów do rozwiązań i standardów europejskich, w związku z podpisaniem układu o stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi z 1991 r. Nie bez znaczenia był też liczebny wzrost naruszeń interesów publicznych, wymagający rozwiniętej i nowoczesnej regulacji, przejrzystych i poddanych urzędowej kontroli procedur zamawiania świadczeń na cele publiczne. Konieczna stała się kompleksowa ustawa. Prace legislacyjne znowu – niestety – „przeciągnęły się w czasie”, ponieważ pierwszy wstępny projekt ustawy okazał się chybiony, głównie ze względu na nadmierną recepcję rozwiązań anglosaskich. Ostatecznie powołano Pełnomocnika Rządu z biurem ekspertów, co doprowadziło do pozytywnego zakończenia inicjatywy legislacyjnej.

Przepisy ustawy z dn. 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych²⁴⁰ wzorowano w znacznej mierze na ustawodawstwie europejskim oraz na uni-

²³⁷ W oparciu o przepisy ustawy z 26 lutego 1982 r. o planowaniu społeczno-gospodarczym (Dz. U. Nr 7, poz. 5) oraz ustawy o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą (Dz. U. Nr 71, poz. 31).

²³⁸ Por. G. Domański, R. Pietrusiński, *Aspekty cywilnoprawne zamówień rządowych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1984, nr 2, s. 40 i nast. oraz J. Wyszkowski, *Przetargi na roboty budowlane*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1986, nr 10, s. 269.

²³⁹ Na podstawie delegacji zawartej w art. 42 ust. 3 ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. prawo budżetowe (Dz. U. Nr 4, poz. 18 z późn. zm.) Rada Ministrów określić miała w drodze rozporządzenia „tryb składania zamówień i dokonywania wydatków na dostawy towarów, wykonywanie usług i robót budowlano-montażowych na rzecz Skarbu Państwa i samorządów terytorialnych”, którego wydania jednak zaniechano.

²⁴⁰ Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.

wersalnych i umiarkowanych rozwiązaniach ustawy modelowej UNCITRAL²⁴¹, z nawiązaniem – rzecz jasna – do przedwojennej polskiej regulacji z 1937 r. i rodzimych doświadczeń. Odzworowanie od razu w pełnym wymiarze europejskich reguł udzielania zamówień publicznych nie było możliwe z uwagi na rozmaite ograniczenia i trudności towarzyszące odbudowie gospodarki rynkowej, jak i potrzebę uprzednich reform administracji publicznej²⁴². Częste zmiany tej ustawy i brak stabilizacji prawnej spotykały się jednak z niezadowoleniem praktyki i powszechną krytyką ciągle niepewnego stanu normatywnego. Dodatkową barierę stwarzała konieczność pokonywania rozmaitych przyzwyczajzeń i nawyków z poprzedniego okresu. Praktycznego „ożywienia” wymagała także zwykła problematyka umów gospodarczych²⁴³.

Wdrażaniem nowych rozwiązań zajmował się przez kilkanaście lat specjalnie w tym celu utworzony Urząd Zamówień Publicznych²⁴⁴, którego aktywność w ostatnim czasie skierowana została głównie na kontrolę administracyjną zamówień publicznych. Początkowo spory związane z udzielaniem zamówień publicznych rozpatrywały – podobnie jak w niektórych innych krajach europejskich – zespoły arbitrów (powoływane ad hoc spośród osób objętych listą Prezesa Urzędu), funkcjonujące na zasadach sądu polubownego. Okazało się jednak, że rozwiązanie to nie wytrzymało próby czasu. Pozostawało też w sprzeczności z rozwiązaniami europejskimi. Próby profesjonalizacji orzecznictwa arbitrów nie zostały uwieńczone sukcesem. Ostatecznie w 2007 r. rozpatrywanie sporów z zakresu udzielania zamówień publicznych powierzono Krajowej Izbie Odwoławczej, działającej wprawdzie z poszanowaniem zasady kontradiktoryjności, lecz podporządkowanej Prezesowi Rady Ministrów, której orzeczenia są objęte kontrolą sądową w trybie skargowym²⁴⁵.

Ustawa z 1994 r. przywróciła zasadę powszechności zamówień publicznych, obejmując swym reżimem całą administrację rządową z podporządkowanym jej sektorem państwowym oraz samorząd terytorialny z wszelkimi instytucjami

²⁴¹ Opracowana w 1993 r. przez Komisję ONZ ds. Międzynarodowego Prawa Handlowego (UNCITRAL). Por. w przekładzie na język polski M. Lemke, L. Zalewski, *Ustawa modelowa ONZ w sprawie zamawiania towarów, robót budowlanych i usług*, Urząd Rady Ministrów, Warszawa 1994, dalej: „ustawa modelowa UNCITRAL”.

²⁴² Zrealizowano je dopiero w 1999 r. na gruncie nowego – trójstopniowego – podziału terytorialnego państwa.

²⁴³ Por. w tym zakresie Cz. Żuławska, *Dwadzieścia pięć lat reformowania prawa cywilnego materialnego. Kronika – wspomnienia – refleksje*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 7, s. 305 i nast.

²⁴⁴ Podobne urzędy utworzono w większości krajów postsocjalistycznych ubiegających się o członkostwo w UE.

²⁴⁵ Administracyjny tryb odwoławczy przewidziano także w niektórych innych krajach europejskich, zwłaszcza w Niemczech, Austrii, Słowacji i Litwie. W większości krajów obowiązuje wyłącznie droga sądowa.

komunalnymi, nawet z zależnymi spółkami i przedsiębiorstwami użyteczności publicznej. Obok zasadniczych procedur przetargowych dopuszczono szereg dotychczas nieznanych procedur wyjątkowego zastosowania, zwłaszcza negocjacje z zachowaniem konkurencji i procedurę tzw. zapytania o cenę. Uporządkowano też podstawy udzielania zamówień z wolnej ręki w zgodzie ze standardami europejskimi. Po ponad pięćdziesięcioletnim zastoju w zamówieniach publicznych unowocześniono tok i elementy konstrukcyjne poszczególnych procedur. Utrzymano jednak rozwiązanie o pośrednich skutkach rozstrzygnięcia przetargu lub innej procedury ofertowo-eliminacyjnej. Rozwiązanie to nie pozwala bowiem na automatyczne zawarcie umowy finalnej w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz jedynie do nawiązania przejściowej umowy przedwstępnej z obowiązkiem zawarcia w przyszłości umowy o zamówienie publiczne. Od razu implementowano europejską dyrektywę odwoławczą 89/665, dopuszczając możliwość oprotestowania uchybień popełnianych przez zamawiającego, a na wypadek nieuwzględnienia sprzeciwu – odwołanie przesądzające o skierowaniu sprawy na drogę postępowania spornego. Z czasem unormowano też konkursowy sposób wyłaniania wykonawców prac projektowych. Przewidywane początkowo preferencje krajowe zostały potem zmienione. Do rangi zasady podniesiono obowiązek równego traktowania konkurentów, przy przestrzeganiu reguł uczciwej konkurencji, a także jawność postępowania z rozbudowanymi powinnościami publikacji ogłoszeń oraz powszechnego dostępu do dokumentacji postępowania. W myśl zasady bezstronności unormowano przesłanki obligatoryjnego wyłączenia urzędników powiązanych z oferentami od reprezentacji po stronie zamawiającego, a ponadto wprowadzono obowiązek udziału komisji przetargowej przy wyborze wykonawcy.

Kolejne zmiany tej ustawy, zmierzające do dostosowania zawartych w niej unormowań do rozwiązań europejskich i potrzeb dojrzewającego rynku zamówień publicznych, naruszyły jej wewnętrzną spójność w takim stopniu, że w związku z potrzebą znacznej nowelizacji regulacji wymuszoną przystąpieniem Polski do UE zdecydowano się ostatecznie na wydanie nowego aktu. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych²⁴⁶ usunęła wiele niezgodności, unowocześniła rozwiązania proceduralne (w szczególności poprzez racjonalizację dopuszczalności procedur negocjacyjnych i wprowadzenie elektronicznej formy oświadczeń, zastępczej wobec pisemnej), złagodziła niektóre uciążliwości biurokratyczne poprzez podniesienie progu kwotowego dla drobnych zamówień, a także polepszyła przejrzystość i jakość regulacji. Wkrótce jednak, po wejściu w życie nowego prawa, zmieniły się dyrektywy europejskie

²⁴⁶ Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.

(marzec 2004 r.), w kierunku dalszej modernizacji procedur, co stało się podstawą do kolejnych nowelizacji. Potem przyszła jeszcze dyrektywa 2007/66/WE o poprawie skuteczności środków odwoławczych, wymuszająca nowelizację z lat 2008 - 2009. Pionierski okres kształtowania się polskiego prawa zamówień publicznych po zmianie ustroju polityczno-gospodarczego zamknęła implementacja dyrektywy 2009/81/WE, która dotyczy zamówień udzielonych na potrzeby wojska.

Kształtowanie się wzorców europejskich

Do połowy XX w. międzypaństwowa integracja w dziedzinie zamówień publicznych w Europie była wycinkowa, następowała w ramach swobodnej recepcji nowocześniejszych rozwiązań prawnych. Zasadniczą barierą była izolacja krajowych rynków zamówień publicznych, przed napływem obcych dóbr, zwłaszcza w trybie wszędzie stosowanych preferencji krajowych. Odstępstwa od nich dopuszczane były wyjątkowo, gdy wymagały tego interesy narodowe lub zobowiązania sojusznicze. Sytuacja zmieniła się dopiero po II wojnie światowej, na gruncie konkurujących ze sobą organizacji gospodarczych, z jednej strony OECD i EWG (później UE), a z drugiej RWPG, nie licząc paktów militarnych. RWPG ostatecznie nie wytrzymała próby czasu, ze względów polityczno-ideologicznych, a także z uwagi na wady organizacyjne (brak wspólnej waluty), nie udało się jej stworzyć wspólnego rynku. Została rozwiązana w 1991 r. a większość jej członków wstąpiła później do UE.

W Europie zachodniej przez pewien czas podstawą integracji w sferze zamówień publicznych były postanowienia Traktatu Rzymskiego z 1957 r. (obecnie - o funkcjonowaniu UE), zwłaszcza deklaracje o wolnym przepływie towarów i usług, swobodzie działalności gospodarczej, równości w handlu (zakazie dyskryminacji) oraz ochronie konkurencji. W praktyce jednak rychło dał o sobie znać uciążliwy brak szczegółowych regulacji wspólnotowych. Europejski Trybunał Sprawiedliwości zbyt często bowiem zmuszony był do stosowania rozszerzającej wykładni prawa traktatowego²⁴⁷. Już w latach sześćdziesiątych potrzeby związane z otwarciem zamówień publicznych na konkurencję europejską i dążenie do poprawy efektywności wydatkowania środków publicznych, skłoniły do poszukiwania regulacji ochronnych w obrębie wtórnego prawa wspólnotowego. Pierwsze dyrektywy Rady i zalecenia Komisji Europejskiej miały fragmentarycz-

²⁴⁷ Por. zwłaszcza M. Lemke, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy dotyczące zamówień na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001, s. 8 i nast.

ny charakter, zmierzały jedynie do usuwania podstawowych barier i preferencji krajowych²⁴⁸. Dopiero regulacje przypadające na lata siedemdziesiąte związane były wprost z wdrażaniem reguł wspólnego rynku²⁴⁹. Obowiązywały aż do końca lat osiemdziesiątych. Potem zastąpiono je bardziej rozwiniętymi aktami.

Pierwsza była dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień na usługi²⁵⁰, potem w dn. 14 czerwca 1993 r. wydano dyrektywę Rady 93/36/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy²⁵¹ oraz dyrektywę 93/37/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane²⁵². Uzupełniające znaczenie miała dyrektywa Rady 90/531/EWG z 17 września 1990 r. w sprawie udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetycznej, transportu i telekomunikacji²⁵³, wzbogacona wkrótce o dyspozycje dyrektywy 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r.²⁵⁴. Przez ponad 10 lat tworzyły one zespół podstawowych przepisów prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych. Pozytywne doświadczenia niektórych państw (Holandii, Belgii) w zakresie zaskarżania w trybie protestacyjno-skargowym uchybień popełnianych przez zamawiających na szkodę wykonawców ubiegających się o zamówienie, jeszcze w toku przetargu (innej procedury), przy wstrzymaniu możliwości zawarcia umowy finalnej, uzasadniły opracowanie i wydanie tzw. dyrektyw odwoławczych. Chodzi o dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. o stosowaniu procedur odwoławczych przy udzielaniu zamówień na zasadach ogólnych²⁵⁵ oraz dyrektywę 92/13/EWG z 25 lutego 1992 r. regulującą te procedury w odniesieniu do udzielania zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energie-

²⁴⁸ Dyrektywa Rady 64/429/EWG z 7 lipca 1964 r. o urzeczywistnianiu swobody świadczenia usług i prowadzenia działalności gospodarczej (OJ 1964 L-117 p. 1880), dyrektywa Komisji 70/32/EWG z 17 grudnia 1969 r. w sprawie dostaw towarów dla państwa, jego władz lokalnych oraz osób prawa publicznego (OJ 1970 L 188, p. 38) oraz dyrektywa Rady 71/304/EWG z 26 lipca 1971 r. o zniesieniu ograniczeń swobody świadczenia usług w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielaniu zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji i oddziałów (OJ 1971 L-185, p. 5).

²⁴⁹ Najpierw zapadła dyrektywa Rady 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (OJ L-185, p. 115), potem była dyrektywa Rady 77/62/EWG z dn. 21 grudnia 1976 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (OJ L-13, p. 1) oraz szereg innych aktów fragmentarycznych.

²⁵⁰ OJ L-209, p. 1.

²⁵¹ OJ L-199, p. 1.

²⁵² OJ L-199, p. 54.

²⁵³ OJ L-297, p. 1.

²⁵⁴ OJ L-101, p. 1.

²⁵⁵ OJ L-395, p. 33.

tycznej, transportu publicznego i telekomunikacji²⁵⁶. Z czasem stały się one istotną gwarancją zachowania dostatecznej efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, obejmującą instrumenty wymuszające szybką korekturę uchybień proceduralnych, na bieżąco, jeszcze przed zawarciem umowy finalnej, celem uniknięcia wadliwego wyboru oferty i poważnych trudności związanych z unieważnieniem umowy lub dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych. Powyższe dyrektywy nie zmierzały bynajmniej do osiągnięcia całkowitego ujednolicenia krajowych przepisów o zamówieniach publicznych. Chodziło jedynie o ich zbliżenie i harmonizację w zakresie minimalnych wymagań gwarantujących realizację podstawowych wolności w wymiarze europejskim (zwłaszcza nieskrępowanego dostępu do zamówień), uczciwej konkurencji i zwalczania praktyk korupcyjnych²⁵⁷. W pozostałym zakresie państwa członkowskie dysponowały stosunkowo dużą swobodą kształtowania i doskonalenia rodzimych rozwiązań, pod warunkiem niesprzeczności z prawem europejskim. Obszar swobody regulacyjnej i dopuszczalnego zróżnicowania unormowań krajowych wprowadzie zawęził się sukcesywnie w wyniku kolejnych przeobrażeń regulacji wspólnotowych, ale ciągle jeszcze pozostawał dostatecznie szeroki. Do dziś zatem utrzymuje się prymat prawa krajowego, zgodnie z zasadą pomocniczości.

Potrzeby integracyjne w obrębie regulacji umów częściowo załatwia prawo konwencyjne, w ramach którego liczą się ustawa modelowa o zamówieniach publicznych UNCITRAL oraz zasady międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT zawierające reguły dobrowolnego stosowania (*lex contractus*,

²⁵⁶ OJ L-76, p. 1.

²⁵⁷ Ograniczoną rolę dyrektyw potwierdziło stanowisko Komisji Europejskiej zajęte w 1997 r. (w:) *The Rules Governing the Procedures in the Award of Public Procurement Contracts*, powołując za M. Lemke, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – dyrektywy ...*, op. cit., s. 17. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wielu swoich orzeczeniach wielokrotnie zastrzegał też, że wdrożenie dyrektywy do ustawodawstwa krajowego niekoniecznie wymaga, aby jej przepisy przejęte były dosłownie; wystarczy zachowanie właściwego kontekstu prawnego gwarantującego całkowitą implementację rozwiązań dyrektywy w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby w przypadkach, w których rozwiązania zawarte w dyrektywie mają być podstawą dla praw jednostki, mogła ona w pełni z nich korzystać i w razie potrzeby powołać się na nie przed sądem krajowym. Zob. zwłaszcza orzeczenia z 11 lipca 1991 r. (C-361/89, Komisja/Niemcy), „European Court Reports” (dalej: ECR) 1991, I -2567; 11 sierpnia 1995 r. (C-433/93, Komisja/Niemcy), ECR 1995, I - 2303 oraz z 20 września 1988 r. (C- 31/87, „Beentjes”/Holandia), ECR 1988, I - 4635. Chodziło też o zasadę „bezpośredniego skutku”, pozwalającą obywatelowi państwa członkowskiego, które nie wywiązało się w terminie z obowiązku implementacji dyrektywy, powołać się na nią w odniesieniu do uprawnień, jakimi dysponowałby, gdyby państwo wykonało obowiązek implementacji. Por. M. Ahlt, *Prawo europejskie*, Warszawa 1998, ss. 26–29.

kierunki wykładni umów, wzorce dla prawa krajowego) pozbawionych jednak jakiegokolwiek sankcji międzynarodowej²⁵⁸. Nie bez znaczenia są też dyspozycje konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (UN-CITRAL)²⁵⁹ oraz konwencji rzymskiej z 1980 r. o prawie właściwym dla zobowiązań umownych²⁶⁰, zastąpionej rozporządzeniem (WE) nr 593/2008 o prawie właściwym dla zobowiązań umownych (Rzym I)²⁶¹. W zakresie zamówień publicznych są one jednak wyłączone, z uwagi na zasadę prawa krajowego, według której zamówienia udzielane przez polskie instytucje, choćby za granicą (np. placówki dyplomatyczne), podlegają przepisom prawa polskiego. Oznacza to, że cudzoziemscy wykonawcy ubiegający się „polskie zamówienia” muszą się dostosować do polskich rozwiązań prawnych. Nie wyklucza to oczywiście możliwości uwzględnienia przez zamawiającego obcych rozwiązań mieszczących się w granicach dyspozytywnych unormowań polskiego prawa zamówień publicznych. Pewną rolę unifikacyjną (zwłaszcza w okresie przed wielką akcesją z 2004 r.) spełniały rozmaite standardy udzielania zamówień publicznych, wdrażane przez wyspecjalizowane instytucje międzynarodowe²⁶². Według zaś Government Procurement Agreement z 1994 r. będącego aneksem do umowy w sprawie powołania WTO²⁶³ państwa-sygnatariusze wyrzekają się na zasadzie wzajemności wszelkich form dyskryminacji wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne oraz zobowiązują się do ukształtowania przepisów prawa krajowego gwarantujących przejrzyste, otwarte i oparte na zasadach uczciwej konkurencji procedury udzie-

²⁵⁸ Principles of International Commercial Contracts UNIDROIT, Roma 1994. Więcej J. Rajski, *Zasady międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT*, „KPP” 1996, nr. 2, s. 237 i nast.

²⁵⁹ Sporządzona w Wiedniu w dn. 11 kwietnia 1980 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286). Zob. Maria - Anna Zachariasiewicz, *Zawarcie umowy według konwencji wiedeńskiej o międzynarodowej sprzedaży towarów z 1980 r.*, „Problemy Prawne Handlu Międzynarodowego” 1989, t. 13, s. 64.

²⁶⁰ OJ, C -169, 8.7.2005, p. 1.

²⁶¹ OJ, L-177, 4.7.2008, p. 6.

²⁶² Odnosić tu trzeba przede wszystkim ogólne warunki międzynarodowych kontraktów budowlanych, opracowane przez Międzynarodową Federację Inżynierów (FIDIC) w 1997 r., pn. Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (aktualnie funkcjonuje wersja z 2004 r.); wytyczne Banku Światowego, pn. Procurement of Goods or Works-Standard Bid Evaluation Form 1996 oraz Supply and Installation of Plant on Equipment-Standard Bidding Documents 1997, wytyczne Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju dotyczące zamówień finansowanych z kredytów przez niego udzielanych, pn. Procurement under IBRD Loans and IDA Credits-Guidelines 1995–1997.

²⁶³ Przekład urzędowy (w:) *Zamówienia publiczne w świetle procedur Światowej Organizacji Handlu*, UZP Warszawa 2001.

lania tych zamówień²⁶⁴. W tym celu GPA określa podstawowe wymogi proceduralne (przetargowe), łącznie z minimalnymi warunkami zaskarżania uchybień popełnianych przez zamawiającego-organizatora.

Od początku wdrażania dyrektyw z przełomu lat dziewięćdziesiątych toczyła się dyskusja nad rzeczywistą efektywnością zawartych w nich standardów, w obliczu ciągle zbyt rozproszonej regulacji i uciążliwego sformalizowania postępowań przetargowych. Opracowana w 1996 r. na zlecenie Komisji WE tzw. zielona księga ujawniła szereg niedoskonałości, zwłaszcza brak wyraźnych efektów w zakresie zwiększenia konkurencyjności na rynku zamówień publicznych, odnotowano zaś wzrost biurokratyzacji i kosztów postępowania²⁶⁵. Pod wpływem wniosków nasuwających się na podstawie tego raportu przyjęto w 2000 r. dwa projekty nowych dyrektyw. Na mocy pierwszej dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu i Rady z dn. 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na świadczenie dostaw wody, energii, usług transportowych lub pocztowych²⁶⁶ dokonano gruntownej modyfikacji i unowocześnienia reguł udzielania tzw. zamówień sektorowych. Celem zaś drugiej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu i Rady z dn. 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi²⁶⁷ było scalenie, rozwinięcie i unowocześnienie regulacji zawartej dotychczas w trzech odrębnych dyrektywach (92/50, 93/36 i 93/37). W szczególności dokonano przełomowej konsolidacji problematyki z istotnym uproszczeniem przepisów. Podstawowe kierunki nowych dyrektyw zmierzały do odbiurokratyzowania i racjonalizacji wymagań proceduralnych (zwłaszcza co do tzw. specyfikacji technicznych i innych warunków udzielania zamówień), posługiwania się przejrzystymi kryteriami oceny ofert, racjonalizacji procedur negocjacyjnych oraz unowocześnienia toku postępowania, zwłaszcza przez dopuszczenie elektronicznej formy oświadczeń oraz zastosowania aukcji elektronicznej i innych rozwiązań z wykorzystaniem łączności elektronicznej. Potem nadszedł czas na usprawnienie dyrektyw odwoławczych, którym z kolei zarzucano ogólnikowość i niewielką skuteczność. W wielu bowiem krajach implementacja zawartych w nich dyspozycji nie doprowadziła do zakładanych efektów. Przewlekłość procedur skargowych i utrzymywanie rozmaitych barier formalnych czyniły ochro-

²⁶⁴ Do GPA przystąpiło dotychczas jedynie ok. 40 państw wysoko rozwiniętych, w tym wszystkie wchodzące do UE, a także USA, Kanada, Japonia i takie mniejsze, jak Singapur i Izrael.

²⁶⁵ Opublikowana w: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – w poszukiwaniu rozwiązań*, UZP Warszawa 1978.

²⁶⁶ OJ L-134, p. 1.

²⁶⁷ OJ L-134, p. 114.

nę konkurentów iluzoryczną, na dodatek implementacja przebiegała w sposób nadmiernie zróżnicowany. W rezultacie 11 grudnia 2007 r. doszło do wydania dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady o poprawie skuteczności procedur odwoławczych przy udzielaniu zamówień publicznych²⁶⁸, gruntownie nowelizującej dyrektywy 89/665 oraz 92/13. Uporządkowano przede wszystkim katalog środków odwoławczych wraz z przesłankami ich stosowania: środki tymczasowe, zaskarżanie wadliwych czynności zamawiającego wraz z kontrolą sądową, odszkodowania i dopuszczalność unieważnienia umowy finalnej. Pośrednio potwierdzono też cywilnoprawny charakter stosunku proceduralnego (przetargowego), skoro zamawiającemu udzielającemu zamówienia publicznego nie wolno korzystać z jakichkolwiek atrybutów władzy publicznej. Podejmowane przez niego czynności proceduralne mają charakter obligacyjno-wykonawczy, wynikają bowiem z powinności objętych stosunkiem przedkontraktowym. W istocie środki tymczasowe i korygujące powinny zmierzać do realnego wykonania przez zamawiającego-organizatora zobowiązania przedkontraktowego, nawiązanego w wyniku wszczęcia przetargu lub innej procedury na warunkach zaakceptowanych przez przystępujących do postępowania konkurentów.

Dyrektywy z 2004 r. odnoszą się bezpośrednio do zamówień większej wartości: powyżej 130 tys. euro dla dostaw i usług, a w odniesieniu do zamówień samorządowych – 200 tys. euro, natomiast w przypadku robót budowlanych - 5 mln. euro. W odniesieniu do zamówień mniejszej wartości dominujące znaczenie zachowują krajowe rozwiązania normatywne. Poza tym dyrektywy nadal kształtują tylko reguły samego udzielania zamówień, pozostawiając problematykę dalszego etapu (wykonywania umów) niemal całkowicie w domenie ustawodawstwa krajowego. Podobnie zasady rozpoznawania sporów z zakresu udzielania zamówień publicznych nadal w znacznej mierze zdeterminowane są zróżnicowanymi rozwiązaniami krajowymi (jurysdykcja sądowa albo szczególnie tryb administracyjny). Wspólnotowe zasady zamawiania świadczeń na cele publiczne wyznaczają zwłaszcza dopuszczalne rodzaje procedur z częściami regulacją ich przebiegu, wymagania co do formułowania i publikacji ogłoszeń, opisu przedmiotu i sposobów szacowania wartości zamówienia, a także warunków ubiegania się o zamówienie, terminów składania ofert i kryteriów ich oceny. Normując zastosowanie dopuszczalnych sposobów udzielania zamówień zrezygnowano jednak z kształtowania elementów konstrukcyjnych i wielu związanych z nimi wymagań proceduralnych, zdając się na rozwiązania krajowe. Wprowadzono generalny obowiązek stosowania procedur ofertowo-eliminacyjnych (gwarantujących rzeczywistą konkurencję), z pierwszeństwem

²⁶⁸ OJ L-335, 20.12.2007, p. 31.

przed wyjątkowymi sposobami negocjacyjnego zawierania umów. W nowych dyrektywach odsyła się wprost do „procedur krajowych” w zakresie ogólnie wyróżnionych trzech ich rodzajów: „otwartych” bądź „ograniczonych” albo „negocjacyjnych”. W ramach dominującej „procedury otwartej” oferty na zamówienie składają wszyscy zainteresowani wykonawcy. W „procedurze ograniczonej” mogą uczestniczyć tylko podmioty zaproszone przez zamawiającego. Natomiast „procedura negocjacyjna” z jednym lub z kilkoma wykonawcami poprzedza przetarg z udziałem konkurentów biorących udział w pertraktacjach. Specjalnym sposobem zamawiania prac projektowych, zwłaszcza autorskich projektów urbanistycznych, architektoniczno-budowlanych i informatycznych jest konkurs prowadzony według procedury krajowej, dostosowanej do wymagań europejskich.

O charakterze prawnym poszczególnych sposobów udzielania zamówień publicznych przesądza zatem krajowy porządek prawny, na który składają się przepisy, a także rozwijająca się od dawna praktyka (zwyczaje) z zakresu zawierania umów cywilnoprawnych, gdyż udzielenie zamówienia - jak podkreśla się w dyrektywach - następuje poprzez zawarcie umowy majątkowej. Problematyka zawierania umów rzadko jednak trafia do kodeksu. W większości państw zachodnioeuropejskich stanowi ona raczej przedmiot regulacji niższego rzędu²⁶⁹ oraz domenę doktryny, orzecznictwa i zwyczajów, co przede wszystkim odnosi się do licytacyjno-przetargowych sposobów udzielania zamówień publicznych. W rezultacie utrzymuje się jeszcze naturalne zróżnicowanie niektórych elementów składających się na tok procedur obowiązujących w poszczególnych państwach europejskich. Całkowite zbliżenie krajowych porządków prawnych w zakresie sposobów zawierania, a tym bardziej wykonywania umów stanowi zabieg niezwykle utrudniony na gruncie europejskim, ponieważ rzecz dotyczy, nie poddających się łatwo zmianom, zasad prawa cywilnego. Na razie harmonizacja następuje nadal wycinkowo, obejmując obok udzielania zamówień publicznych właściwie tylko umowy konsumenckie²⁷⁰. Spośród zaś nielicznych aktów ogólnego zastosowania odnotować trzeba dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady

²⁶⁹ Zob. na ten temat zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 240 oraz idem, *Przewodnik po źródłach i podstawowych instytucjach prawa prywatnego (handlowego) w systemach prawnych Europy kontynentalnej, Wielkiej Brytanii i USA*, Warszawa 1992, s. 115 i nast. Najszerze unormowanie sposobów zawarcia umowy zawiera niemiecki kodeks cywilny i szwajcarskie prawo zobowiązań, wycinkową regulację zawierają zwłaszcza kodeksy austriacki i włoski. Poza sporadycznymi przypadkami objęcia przepisami kodeksu procedur aukcyjnych (niemiecki i szwajcarski), przetarg stanowi generalnie przedmiot regulacji szczególnych.

²⁷⁰ Przegląd dyrektyw dotyczących ochrony konsumenta przedstawiła E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002. Zob. też M. A. Dausés, *Jednolite prawo cywilne w Europie?*, „PRH” 2003, nr 6, s. 13 i nast.

99/93/WE z 13 grudnia 1999 r. w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisów elektronicznych²⁷¹ oraz 2000/35/WE z 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w zapłacie w transakcjach handlowych²⁷². W nieodległej perspektywie prawdopodobnie dojdzie jednak do szerszej harmonizacji krajowych zasad prawa kontraktowego, a być może – w dalszej przyszłości – nawet do ustanowienia jednolitego europejskiego prawa kontraktowego²⁷³. Jedność osiąga się powoli, stopniowo, z zastosowaniem kompromisu, albowiem musi ona wyrastać z fundamentu rzeczywistej zgody narodów na zmiany, które nie mogą kolidować z najważniejszymi wartościami płynącymi z odmiennych kultur prawnych²⁷⁴. Zróżnicowane według kryteriów kulturowo-narodowych krajowe normy prawa kontraktowego tworzą jednak stan sprzyjający partykularyzmowi i innym barierom w swobodnym obrocie. Niewątpliwie utrudnia on, zwłaszcza drobniejszym przedsiębiorcom, ubieganie się o zamówienia publiczne, kreowane z zastosowaniem nie całkiem znanych konstrukcji umownych (osłabia konkurencję, sprzyja nieporozumieniom interpretacyjnym, podnosi koszty transakcji itd.). To samo odnosi się do jeszcze bardziej zróżnicowanych zasad wykonywania kontraktów publicznych. Dotychczas na tle tego częściowo niepewnego stanu normatywnego doniosłą rolę odgrywało orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które kształtując wprawdzie tylko interpretację zasad prawa wspólnotowego, wymuszało pośrednio „dostosowawczą” ewolucję pojęć na gruncie krajowych porządków prawnych. W szczególności dyrektywy o zamówieniach publicznych, a także dyrektywy konsumenckie i narastający na ich tle dorobek orzecznictwa europej-

²⁷¹ OJ L-13, p. 12.

²⁷² OJ L-200, p. 38.

²⁷³ Działająca z upoważnienia Komisji Europejskiej specjalna grupa ekspertów zakończyła w 2002 r. wieloletnie prace nad modelowymi zasadami europejskiego prawa kontraktów, które miały być wykorzystane przy tworzeniu regulacji wspólnotowej. Por. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Hague-London-Boston 2002, a także Ch.v. Bar, *Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2000, Nr 10, s. 43 i nast., Cz. Żuławska, *Uwagi o „europeizacji” prawa umów*, „KPP” 2001, nr. 2, s. 229 i nast. oraz J. Rajski, *Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr. 1, s. 211 i nast. Wykorzystano je przy konstruowaniu w 2007 r. szerszego aktu modelowego „Draft Common Frame of Reference”, który wraz z akademickim opracowaniem „zasad obowiązującego europejskiego prawa umów” (Aquis) z 2007 r. stanowić ma podstawę ustalenia w najbliższej przyszłości, w formie rozporządzenia UE, tzw. europejskiego instrumentu opcjonalnego, polegającego w istocie na stworzeniu alternatywnego względem krajowego (z wyboru stron) europejskiego prawa umów. Por. zielona księga Komisji Europejskiej z 1 lipca 2010 r. w sprawie możliwości politycznych w zakresie ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorców, KOM (2010/348).

²⁷⁴ Zob. zwłaszcza E. Łętowska, *Prawo europejskie inspiracją dla dogmatyki prawa cywilnego*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 3–4, s. 187.

skiego wpłynęły na ogólny wzrost znaczenia prawnego stadiów przedkontraktowych – problematyki nieco zaniedbanej w klasycznym prawie cywilnym.

Dlatego sam fakt przystąpienia Polski do UE wymusił poważne zmiany w zasadach wykładni prawa kontraktów publicznych, przede wszystkim w odniesieniu do rozmaitych przepisów dotychczasowego porządku prawnego. Pomimo, że pochodzą one sprzed akcesji, muszą być interpretowane w zgodzie z europejskim dorobkiem prawnym, ustawodawstwem i orzecznictwem (zasada pierwszeństwa)²⁷⁵. W razie zaś nie dającej się usunąć kolizji pomiędzy przepisem krajowym a europejskim, organ stosujący prawo (sąd) powinien pominąć przepis prawa krajowego, orzekając wprost na podstawie prawa wspólnotowego²⁷⁶. Jednakże europejska regulacja zamówień publicznych nie jest – jak już stwierdzono – kompleksowa, lecz częściowa, na dodatek w pewnym zakresie dyspozytywna. Nadal zatem znaczna część unormowań prawa krajowego nie ma bezwzględnie wiążących odpowiedników w postaci norm europejskich. Poza tym Trybunał dopuścił możliwość bezpośredniego powoływania się wyłącznie na takie dyspozycje dyrektyw, które są dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe i tylko przeciwko organom państwa członkowskiego (w aspekcie wertykalnym), gdy w wyznaczonym terminie w ogóle nie zdołano wdrożyć dyrektywy lub implementowano ją nieprawidłowo²⁷⁷. Nie można więc odwoływać się bezpośrednio do dyrektywy w procesie przeciwko jednostce zamawiającej, chyba że chodzi o organ władzy publicznej.

Europejskie zasady udzielania zamówień publicznych implementowano zazwyczaj w drodze wydania lub udoskonalenia kompleksowej ustawy, łączącej wymogi europejskie z dorobkiem krajowego porządku prawnego (zwłaszcza we Francji, Belgii, Hiszpanii, Austrii, Szwecji i Finlandii). Dotyczy to także krajów środkowoeuropejskich, które na ogół, podobnie jak Polska, „etapami” dostosowywały w latach dziewięćdziesiątych swoje prawodawstwa do rozwiązań i standardów europejskich. Tylko w nielicznych państwach zdecydowano się na nietypowe sposoby implementacji, głównie w tych, w których silne tradycje wymusiły zachowanie dotychczasowych rozwiązań systemowych, zwłaszcza w Niemczech, gdzie obok ogólnych zasad zawartych w ustawie i rządowym rozporządzeniu wykonawczym nadal funkcjonują quasi normatywne warunki zamawiania i wykonywania świadczeń na cele publiczne. Największe jednak

²⁷⁵ Por. zwłaszcza M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2002, s. 36 i nast., S. Biernat, (w:) *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 230 i nast.

²⁷⁶ M. Szpunar, *Prawo wspólnotowe przed organami krajowymi*, „Rejent” 2004, nr 3–4, s. 213 oraz powołane tam orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 4 kwietnia 1974 r. (167/73, Komisja – Francja), ECR 1974, I-359 oraz z 9 marca 1978 r. (106/77, „Simmenthal”), ECR I-629.

²⁷⁷ Zob. orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 4 grudnia 1974 r. (C-41/74, Van Duyn), ECR 1976, I-1337.

zróżnicowanie dotyczy jurysdykcji w zakresie rozpoznania środków odwoławczych. We Francji, Belgii i w kilku dalszych krajach właściwe są sądy administracyjne, we Włoszech, Hiszpanii, Portugalii - sądy powszechne, natomiast w Niemczech, Austrii, Czechach, Polsce i w wielu innych krajach Europy środkowo-wschodniej spory przedumowne są rozpoznawane w trybie administracyjnym, z możliwością zaskarżenia rozstrzygnięcia organu rządowego do sądu powszechnego. W Wielkiej Brytanii z uwagi na długoletnią specyfikę prawa zamówień publicznych, uwarunkowaną tradycjami common law, zdecydowano się na bezpośrednie zespolenie dyrektyw europejskich z wewnętrznym porządkiem prawnym, rezygnując z typowej implementacji na rzecz automatycznego (dosłownego) przejęcia ich dyspozycji²⁷⁸. Brytyjskie Ministerstwo Skarbu ogranicza się zaś jedynie do ustalania wiążących wytycznych w odniesieniu do udzielania zamówień mniejszej wartości, w drodze otwartych bądź ograniczonych tendering procedure lub negotiation process. Zbliżone rozwiązanie zastosowano też w Irlandii, gdzie na mocy rozporządzeń Ministra Skarbu najpierw in extenso wdrożono dyrektywę z przełomu lat dziewięćdziesiątych, potem zaś dokonano konsolidacji i unowocześnienia regulacji (2006 r.), a w praktyce uwzględnia się dodatkowo urzędowo-instrukcyjny „przewodnik” o udzielaniu drobnych zamówień publicznych²⁷⁹. W obu państwach jurysdykcję w zakresie rozpoznawania sporów przedumownych powierzono sądom powszechnym.

Uwagi końcowe

Rozwój zamówień publicznych w Europie, począwszy od starożytności, następował bezpośrednio pod wpływem potrzeby zachowania efektywności i przejrzystości w zakresie wydatkowania środków publicznych, a potem także zapewnienia równego i konkurencyjnego dostępu do zadań finansowanych z tych środków. Nierozzerwalnie łączył się zatem z organizacją i kontrolą gospodarki skarbowej oraz procedurami wyłaniania wiarygodnych wykonawców

²⁷⁸ Odbiło się na mocy czterech rozporządzeń poświęconych kolejno zamawianiu: robót budowlanych, usług, dostaw i świadczeń niezbędnych dla przedsiębiorstw użyteczności publicznej, objętych „Statutory Instrument” z 1991/2680, 1993/3228, 1995/201 oraz 1996/2911. W związku z wdrożeniem nowych dyrektyw europejskich regulacje te zostały zastąpione 9 stycznia 2006 r. jednolitym Statutory Instruments 2006, No 5, The Public Contracts Regulations oraz odnoszącym się wyłącznie do zamówień sektorowych Statutory Instruments 2006, No 6, The Utilities Contracts Regulations. W Szkocji obowiązują jednak dwa odrębne rozporządzenia.

²⁷⁹ Zob. D. Piasta, *Zamówienia publiczne w Republice Irlandii*, „Informator UZP” Warszawa 1999, nr 10, s. 16.

i kształtowania optymalnych warunków umów, a także ze skuteczną ochroną zamawiającego przed wadliwą realizacją świadczeń zamawianych na cele publiczne. U podstaw tych zamówień leżała konstrukcja umowy konsensualnej, funkcjonującej do dzisiaj w oparciu o rozwiązania sięgające swoimi korzeniami prawa rzymskiego. Dlatego głęboki regres zamówień publicznych we wczesnym średniowieczu spowodowany był nie tylko ogólnym załamaniem stosunków gospodarczych, lecz przede wszystkim zanikiem umów konsensualnych. Pomimo wzrostu znaczenia instrumentów organizacyjno-administracyjnych w zamówieniach publicznych (dominujących w okresie średniowiecza oraz socjalizmu), cywilnoprawna umowa konsensualna zachowała wiodącą rolę, przede wszystkim z uwagi na swoje walory gwarantujące dostateczną efektywność wydatków publicznych. Zastosowanie środków administracyjnych, prawno finansowych i karnych nadal w zamówieniach publicznych ma tylko znaczenie uzupełniające.

Historycznie ukształtowane ograniczenia swobody kontraktowej w zakresie umów o zamówienia publiczne nie mają bynajmniej zasięgu kompleksowego, działają jedynie selektywnie, nie naruszając klasycznej typologii kontraktów, ani nawet tradycyjnych konstrukcji obligacyjnych, służących zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych. W ogóle większość ograniczeń w zamówieniach publicznych nadal ma charakter czysto wewnętrzny (planowanie budżetowe wydatków z tzw. pokryciem finansowym, chroniąca przed wyzyskiem wstępna powinność wyczerpującego opisu i oszacowania zamawianego przedmiotu, zorganizowanie skutecznej kontroli administracyjnej wydatku i t.d.), natomiast rzutujące na interesy drugiej strony rozwiązania proceduralne, wymuszone spotęgowanymi od kilkuset lat zagrożeniami korupcyjnymi i innymi wynaturzeniami w zarządzaniu coraz bardziej „masowymi” zamówieniami publicznymi, krępują właściwie tylko samą swobodę wyboru kontrahenta i sposobu kontraktowania oraz - w niewielkim zakresie - kształtowania treści umowy. Przez wiele wieków bowiem wystarczały proste mechanizmy weryfikacji wiarygodności (zaufania) co do potencjalnego wykonawcy, uruchamiane w trybie wewnątrz administracyjnym, polegające zazwyczaj na bezpośredniej ocenie jego zdolności (referencje), sondażowym rozeznaniu rynku lub na niewiążącym przeglądzie ofert oraz chroniąca przed korupcją gruntowna kontrola rachunkowa wydatków. Jednakże to właśnie pod wpływem ograniczeń proceduralnych rozwinęła się specjalna regulacja udzielania zamówień. Wymusiła ją zasada legalizmu i wielostronnie wiążący i sformalizowany charakter procedur licytacyjnego bądź przetargowego sposobu kontraktowania, a potem także konieczność ochrony przed dyskryminacją i nieuczciwą konkurencją, ponieważ zwyciężył ostatecznie pogląd o stymulacyjnej roli zamówień publicznych względem gospodarki. Z kolei od samego początku zamówieniom tym towarzyszyła szczególna troska

o realne wykonanie zobowiązania, niezbędne do rzeczywistego zaspokojenia potrzeb zbiorowych, zmuszała do dodatkowych zastrzeżeń umownych, zwłaszcza zaostrażających odpowiedzialność wykonawcy (kary umowne, wydłużenie rękoi mi za wady) lub zabezpieczających ściągalsność roszczeń przysługujących zamawiającemu, z wykluczeniem klauzul dopuszczających przedwczesne rozwiązywanie (wypowiadania) umów finalnych. Mają one jednak w istocie charakter wewnętrzny, odnoszą się przecież nie tyle do woli stron zawierających umowę majątkową, ile do reprezentacji samego zamawiającego, przede wszystkim do jego kadry urzędniczej, działającej na podstawie udzielanych upoważnień na gruncie ogólnych zasad prawa cywilnego.

Kształtowanie się procedur licytacyjno przetargowego udzielania zamówień publicznych w państwach środkowoeuropejskich w dobie absolutyzmu oświeconego i monarchii konstytucyjnej następowało pod silnym wpływem wzorców francuskich i niemieckich. Państwo polskie nie zdołało z nich skorzystać ze względu na zacofanie feudalne i brak reform skarbowych. W okresie rozbiorów żywioł polski w zasadzie odsunięty został, nie tylko od urzędów i godności publicznych, ale także od dostępu do znaczących zamówień finansowanych ze środków skarbowych. Sytuacja zmieniła się nieco dopiero u schyłku XIX w. Stąd długo odczuwalny był brak polskiej tradycji w zamówieniach publicznych. Po odzyskaniu niepodległości w 1918 r. na przeszkodzie we wprowadzeniu specjalnych rozwiązań ustawowych stanęły dodatkowo: wojna, ograniczenia budżetowe i liczne trudności unifikacyjne. Wdrożenie nowoczesnych procedur zamawiania świadczeń na cele publiczne nastąpiło dopiero po koniec lat trzydziestych. U podstaw przedwojennych rozwiązań normatywnych leży rodzime doświadczenia praktyczne oraz efektywne wzorce niemieckie i francuskie. Jednakże wkrótce potem II wojna światowa, a następnie narzucenie ustroju socjalistycznego, całkowicie zablokowały rozwój zamówień publicznych w Polsce, doszło do ponownego przerwania ciągłości prawnej i tradycji w tym zakresie. Tymczasem zamówienia publiczne w krajach zachodnioeuropejskich przeżywały wtedy swój dalszy rozwój pod wpływem rozwiązań wynikających z prawa wspólnotowego.

Z naturalnych względów w okresie zmian ustrojowych i reaktywowania mechanizmów rynkowych w Polsce na początku lat dziewięćdziesiątych stan spraw publicznych i zamówień publicznych znowu był opłakany. Sytuacja ulegała stopniowej poprawie na gruncie ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, sukcesywnie nowelizowanej z uwagi na konieczność implementacji rozwiązań europejskich, zastąpionej - w obliczu akcesji do UE - nowym prawem zamówień publicznych z 2004 r. Jego „dojrzewanie” w wyniku kolejnych nowelizacji odbywało się już pod przemożnym wpływem prawa europejskiego, przy poszanowaniu rodzimych doświadczeń sięgających przedwojennych regulacji prawnych.

W szczególności procedury zamawiania świadczeń finansowanych ze środków publicznych zachowały w całości swój cywilnoprawny charakter (administracyjna jest kontrola), z wyłączeniem władczego zatwierdzania wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopuszczono jednak charakterystyczny dla umowy przedwstępnej postprzetargowy obowiązek zawarcia umowy finalnej, uzasadniany potrzebą przejściowego odroczenia aktu umownego w celu stworzenia warunków do ewentualnego przeprowadzenia uprzedniej kontroli procesu wyłaniania wykonawcy i bezpieczeństwa zamierzonej transakcji.

OUTLINE OF POLISH PROCUREMENT LAW DEVELOPMENT AGAINST A BACKGROU ND OF OTHER CENTRAL EUROPE COUNTRIES

The evolution of procurement law in the Central Europe, starting from the ancient times, is directly a consequence of needs which arise from the necessity of preservation of, both, the sufficient effectiveness and contracting transparency in spending public funds, and, further, from assurance of an equality and a competitiveness in access to works which have been funded from public funds. The evolution had been integrally connected with adequate organization, control of the treasury's economy as well as with procedures of awarding procurement to reliable contractors, optimization of public contract's provisions and efficient awarding party's protection against possibility of inadequate fulfilling public contract. A construction of consensual contract underlined these procurements. Deep regress of procurement in Early Middle Ages was caused not only by the general economy recession, but mostly by disappearance of consensual contracts in aid of primitive, immediate real or formal contracts. In the area of satisfying public needs prevailing significance in the feudal part of Middle Ages had natural tributes as well as forced labour and servitude craft colonies.

Revival of public procurement ensued with reactivation of trade contacts and consensual contracts, which was accompanied by transformation of state organization and also local government revival in the 10th and 11th century. Crucial impact on the development of procurements have had constitutional and political changes dated on the period of absolute monarchy, especially reforms of the Treasury. First of all organization and control of treasury expenses were improved. Also first procurements procedures for public targets have been adopted. Despite the growing importance of administrative instruments, consensual agreement maintained a leading role, primarily because of its advantages in providing satisfactory efficiency in public expenses.

Development of procurement's procedures (auction, tender) was strongly influenced by French and German models. The Polish State failed to take advantage of them because of feudal backwardness and lack of tax reforms. During the partitions of Poland, the Polish were removed not only from offices and public honors, but also from greater access to public procurement; the situation has changed only slightly in the late nineteenth century. Therefore the lack of Polish tradition in this field was noticed for a long period of time. After regaining independence in 1918, the introduction of special measures law was prevented also by problems with unification and budget. Implementation of modern procurement procedures for public purposes didn't take place until the end of the thirties.

Pre-war solutions in procurement's procedures were formed by national practical experience and effective German and French patterns. However, World War II following by imposition of a foreign socialist system, completely blocked the development of public procurement in Poland, there was a break in legal continuity and tradition again. Meanwhile, public procurement in the countries of Western Europe experienced its further development under the influence of solutions derived from Community law.

The public procurement in Poland in early nineties – as a result of the period of political changes and the reactivation of market mechanisms - was again deplorable. The situation gradually improved after passing the act on public procurement from 1994, which was amended successively given the need to implement European solutions, and then replaced (in the face of EU accession) with the new public procurement law in 2004. Next changes in Polish procurement's procedures were a result of European law's influence, respecting the national experience reaching pre-war domestic regulations.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Krystyna Świącka ■

RZETELNOŚĆ ZAWODOWA DZIENNIKARZA A BEZPRAWNOŚĆ

Kryterium szczególnej staranności

Do problemów o szczególnym znaczeniu dla prawidłowego funkcjonowania prasy należy kwestia rzetelności wypowiedzi w kontekście odpowiedzialności prasy za naruszenie dóbr osobistych spowodowanych opublikowaniem materiału prasowego.

Dla kwestii odpowiedzialności dziennikarza zasadnicze znaczenie ma art. 12 prawa prasowego¹ formułujący obowiązek szczególnej staranności. Miara ponadprzeciętnej staranności nasuwa pytanie o wzorzec przeciętnie przezornego dziennikarza.

W doktrynie wyłoniło się pytanie, czy niezachowanie należytej staranności stanowi o bezprawności działania lub zaniechania sprawcy szkody, czy też o jego winie. Wcześniejsze zapatrywania doktryny stały na stanowisku, że „miarę dbałego i ostrożnego zachowania” z bezprawnością nie wolno utożsamiać². Jednakże można w tej kwestii wyrazić zapatrywanie odmienne.

Nie każda nieostrożność czy niedbalstwo otrzymują kwalifikacje prawne. Jednak dziennikarz *ex lege* jest obowiązany do „szczególnej staranności” (art.

¹ Ustawa z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, Dz.U. Nr 5, poz. 24 ze zm.

² M. Sośniak, *Bezprawność zachowania jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej za czyny niedozwolone*, Kraków 1959, s. 84. Zob. też: B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec środków masowego przekazu*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 30 i nast. oraz tegoż autora, [w:] recenzja pracy J. Wercińskiego, „Niemajątkowa ochrona czci”, Warszawa 2002, „Państwo i Prawo” 2004, z. 12, s. 102 i nast.; Z. Radwański, [w:] *Krytyczna glosa do uchwały SN z 18 lutego 2005 r.*, OSP 2005, z. 9, poz. 110.

12 pr.pras.). W tej sytuacji każda nieostrożność, każde zaniedbanie dziennikarza, spowoduje przyznanie mu winy, a co za tym idzie - bezprawności działania. W tym przypadku zbieżność winy z bezprawnością tylko w pierwszej chwili sprawia takie wrażenie, gdyż każda zawodowa czynność dziennikarza otrzymuje kwalifikacje prawne. I o ile niekiedy praktycznie te dwa elementy są nierozdzielalne, to teoretycznie winny być oddzielone. Przekroczenie zasad ostrożności pozostaje w kolizji z porządkiem prawnym. W sytuacji gdy dziennikarz nie dochowa staranności działania przy zbieraniu i weryfikacji materiału prasowego, można uznać jego działanie za bezprawne, gdy dokonuje się to w okolicznościach podpadających pod ocenę norm prawnych czy zasad dobrych obyczajów.

Przekroczenie mierników należytej staranności i rzetelności, wzorców wynikających czy to z wyraźnych przepisów, czy zwyczajów, utartej praktyki zaliczyć można do bezprawności³. Obecnie nastąpiło zobiektywizowanie odpowiedzialności. Odchodzi się od powszechnie przyjętego w doktrynie poglądu, że niedochowanie należytej staranności oznacza winę. Obecnie doniosłe znaczenie ma miernik właściwej staranności (z wyłączeniem elementu subiektywnego). Nie oznacza to wszakże, iż model należytej staranności jest oderwany od cech osobistych sprawy.

W doktrynie zdobywa sobie uznanie pogląd, zgodnie z którym do sfery bezprawności należy zaliczyć zachowania sprzeczne z zasadami uważnego postępowania – niedołożenie należytej staranności⁴.

Dodatkowym argumentem wzmacniający to stanowisko może być koncepcja odpowiedzialności przyjęta w niemiecki kodeksie cywilnym (BGH) z 4 marca 1957 r. Otóż wprowadzono w nim nową okoliczność wyłączającą bezprawność – zachowanie zgodne z regułami ostrożności. BGH stał się przyczyną zmiany stanowiska doktryny. Zachowanie zgodności z regułami ostrożności z tradycyjnie dotąd przyjmowanej płaszczyzny winy przeniesiono na płaszczyznę (wyłączenia) bezprawności⁵.

Można zatem przyjąć, że jeśli postępowanie dziennikarza mieści się we wzorcu szczególnej staranności dziennikarskiej czy nie, warunkować będzie przypisanie mu nagannej oceny rzetelności postępowania jako jednego z elementów bezprawności działania.

³ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 320.

⁴ Zob. M. Krajewski, *Niezachowanie należytej staranności – problem bezprawności czy winy*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 10, s. 32 i n.; J. Wierciński, *Niemajątkowa ochrona czci*, Warszawa 2002, s. 137 i nast.; K. Świącka, *Okoliczności wyłączające bezprawność naruszenia dóbr osobistych przez prasę*, Warszawa 2010, s. 94 i n.

⁵ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 418.

Wzorzec starannego działania formułowany jest przez przepisy prawa, zasady etyczne, zwyczaje, zasady wykonywania zawodu. Pojęcie staranności dziennikarskiej nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym. Jego sensu należy doszukiwać się w kodeksach etyki dziennikarskiej i prawie prasowym oraz poglądach judykatury i doktryny.

Prawo prasowe zawiera dodatkowo szereg podstawowych obowiązków ciążących na dziennikarzach. Zachowanie szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych jest głównym obowiązkiem dziennikarza, ale, jak się również okazuje, podstawowym przewinieniem. Jest to również główne kryterium, które winno być badane w postępowaniach prasowych. Ustawodawca domaga się od dziennikarza sprawdzenia zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości czy też podania ich źródła (art. 12 ust. 1 pkt 1 pr.pras.).

Szczególna staranność ma charakter kwalifikowany, polegający na dokonaniu wszystkich możliwych czynności (do realnych granic możliwości) zgodnie z wysokimi i specjalistycznymi kwalifikacjami zawodowymi⁶. Jak podkreśla się w doktrynie, ten rodzaj staranności występuje rzadko. Najczęściej jest związany czy to z ochroną przedmiotu o szczególnym znaczeniu, czy z wykonywaniem zawodu, gdzie skutki błędu lub niedopatrzenia mogą stanowić istotne zagrożenie dla danej osoby czy społeczeństwa⁷.

Szczególna staranność to staranność ponadprzeciętna⁸. Można stąd wysnuć wniosek, że chodzi o jakąś nadzwyczajną dokładność przy zbieraniu i wykorzystaniu materiału dziennikarskiego. Zawód dziennikarza został obciążony tym obowiązkiem, gdyż istnieje duże prawdopodobieństwo wyrządzenia komuś krzywdy. Późniejsze sprostowanie czy nawet wygrana sprawa sądowa nakazująca publikację przeprosin nie jest w stanie tego naprawić. Można zatem przyjąć, że dziennikarza obowiązuje przezorność, dokładność, zdolność przewidywania, czyli ograniczonego zaufania do wiarygodności każdej otrzymanej informacji. Przedmiotem odpowiedzialności wynikającej z zasad dziennikarskiej działalności i jej możliwych do przewidzenia skutków jest objęcie stadium zbierania wiadomości, jak i ich wykorzystanie⁹. Zasady działania dziennikarza zawarte

⁶ Zob. wyrok SN z 8 X 1987 (II CR 269/87, OSNC nr 4/1989, poz. 66); post. SN z 17 X 2002 (IV KKN 634/99, OSNKGW nr 3–4/2003, poz. 33); wyrok SN z 7 X 2004 (IV CK 83/04, „Wspólnota” nr 22/2004, poz. 56).

⁷ B. Michalski, *Podstawowe problemy prawa prasowego*, Warszawa 1998, s. 79 i nast.

⁸ Podkreśla się, że od dziennikarza wymaga się staranności specjalnej, wyższej od tzw. należytej, wymaganej w stosunkach cywilnoprawnych. W wyroku z dnia 8 X 1987 r. SN stwierdził, iż obowiązek dziennikarza zachowania należytej staranności przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych oznacza staranność i rzetelność kwalifikowaną (II CR 269/87, OSNC nr 4/1989, poz. 66).

⁹ Zob. szerzej: K. Świącka, *Okoliczności wyłączające bezprawność...*, op. cit., s. 132 i nast.

w art. 12 ust. 1 pkt. 1 pr.pras. odnoszą się zatem do zakresu i metody podejmowanych czynności, a nie do skutku tego działania, jakim jest obowiązek przedstawiania prawdziwych zjawisk (art. 6 ust. 1 pr.pras.).

Do podstawowych obowiązków dziennikarza należy także ochrona dóbr osobistych innych osób oraz interesów osób, które, kierując się dobrem społecznym okazują mu zaufanie (art. 12 ust. 1 pkt 2 pr.pras.). Bez zgody osoby zainteresowanej dziennikarz nie może publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby (art. 14 pr.pras.)¹⁰. Dziennikarzowi nie wolno prowadzić ukrytej działalności reklamowej, wiążącej się z uzyskiwaniem korzyści majątkowej bądź osobistej (art. 12 ust.2 pr.pras.), a także dotyczy go wiele ograniczeń związanych z postępowaniem sądowym (art. 13 pr.pras.). Potrzebni są dziennikarze, którzy są odpowiedzialni, którzy w sposób krytyczny oceniają działalność osób publicznych. Zadaniem dziennikarzy jest wyjaśnianie, analizowanie i komentowanie wydarzeń. Wszystkie zatem nie tylko prawa, ale i powinności, winny być znane dziennikarzowi. Nie może on się tłumaczyć niezajomością reguł rządzących zawodem przez niego wykonywanym. W myśl art. 10 pr.pras. obowiązkiem dziennikarza jest służba społeczeństwu i państwu.

Profesjonalizm dziennikarski musi dotyczyć wszystkich etapów pracy: zbierania materiałów i weryfikacji oraz ich wykorzystania. Zatem wszystkie te stadia są podstawą odpowiedzialności. Na etapie zbierania materiałów najistotniejsze znaczenia mają – rodzaj i rzetelność źródła informacji (dziennikarz nie powinien opierać się na źródle, którego obiektywizm lub wiarygodność budzą wątpliwości), sięgnięcie do wszystkich innych możliwych źródeł w celu sprawdzenia prawdziwości otrzymanych informacji oraz umożliwienie ustosunkowania się do uzyskanych informacji osobie, której dobra mogą zostać naruszone. Zatem pierwszy etap pracy obejmuje zebranie możliwie szerokiego i pełnego zbioru informacji.

Następnie dziennikarz musi dokonać oceny zebranego materiału pod względem prawdziwości. Prawda musi mieć charakter obiektywny, a dane nie mogą być przedstawione w sposób mogący wpływać na zmianę jego odbioru u odbiorcy (tzw. manipulacja), np. poprzez koloryzowanie, fragmentaryczność informacji, nadmierne przemieszanie relacji z własnymi emocjami itp., dlatego też dziennikarz ma obowiązek wykonania wszystkich możliwych działań, wymagających specjalistycznych kwalifikacji zawodowych, związanych dochodze-

¹⁰ Zob. szerzej: K. Święcka, *Okoliczności usprawiedliwiające publikację danych ze sfery prywatności w prawie polskim*, „Studia Prawnicze” PAN 2011, z. 2, s. 59 i nast.; też autorki: *Prawo do publikacji informacji o działalności osób publicznych a ochrona prywatności*, „Palestra” 2011, nr 9–10, s. 28 i nast.

niem do prawdy w sposób dokładny, sumienny, odznaczający się krytycyzmem, dbałością o detal¹¹.

W konkretnych wypadkach powstają wątpliwości, czy stopień staranności zależy np. od wiarygodności źródła informacji. Wydaje się, iż ta staranność polega na typowych czynnościach, iż udajemy się do autorytetu z danej dziedziny, jeśli chcemy uzyskać wiadomość rzetelną, czy też szukaniu faktów u jej źródła¹². Można również sądzić, iż w sytuacji, gdy informatorem jest uznany autorytet czy osoba należąca do kręgu publicznego zaufania, urzędnik administracji rządowej bądź samorządowej, nie zwalnia to dziennikarza od sprawdzenia tych wiadomości. Przedmiotem dyskusji może stać się kwestia, czy w takiej sytuacji staranność dziennikarza może być mniejsza. Informacje winny być zawsze sprawdzane przez różne źródła, a kiedy jest to niemożliwe, dziennikarz ma obowiązek podać źródło informacji (art. 12 ust. 1 pkt 1 pr.pras.). Wydaje się, że jest to obowiązkiem dziennikarza, tym bardziej, że za tym stoi kolejny obowiązek informowania społeczeństwa. Zatem muszą być to wiadomości sprawdzone, rzeczowe, bez względu na to, kto ich udziela i gdzie są wykorzystane. Przykładowo swego czasu panował, wydaje się bardzo dobry, niepisany zwyczaj potwierdzania faktów z kilku źródeł¹³.

Nie można też uznać, że dziennikarz, który oparł się w swoim materiale prasowym wyłącznie na anonimowym informatorze, spełnił wymogi określone w art. 12 ust. 1 pkt 1 pr.pras. Informacje pochodzące z tajnego źródła winny stać się początkiem dla dalszych poszukiwań. Przykładowo dziennikarze "Washington Post" doprowadzili do ustąpienia prezydenta Nixona (tzw. Afera Watergate), jednak zanim opublikowali informacje uzyskane od anonimowego informatora, uzyskali potwierdzenie z innych źródeł.

W sprawach o naruszenie czci dziennikarza, chcąc dowieść swej niewinności, musi albo przedstawić inne dowody na potwierdzenie swoich racji, albo ujawnić anonimowe źródło informacji, tj. ujawnić dane współpracującego z nim informatora. Niestety, takie zachowanie należałoby jednak wtedy ocenić jako poważne naruszenie etyki dziennikarskiej. Dlatego to dziennikarz winien podjąć decyzję co do słuszności swego postępowania, mając na uwadze rangę przekazanych wiadomości i słuszności ich publikacji¹⁴.

¹¹ B. Michalski, op. cit., s. 81.

¹² Zob. wyrok SA z 26 maja 2000 r. (I Aca 1421/99, OSA 2001 nr 11, poz. 60) fakt powołania się dziennikarza na źródło informacji nie stanowi jeszcze o wypełnieniu obowiązku staranności i rzetelności, jak i etyki zawodowej.

¹³ Przykładowo w Wielkiej Brytanii w BBC panował zwyczaj sprawdzania informacji z trzech niezależnych źródeł.

¹⁴ M. Zaremba, *Tajemnica zawodowa dziennikarza a jego odpowiedzialność prawna*, „Studia Medioznawcze” 2003, nr 2, s. 39.

Trzeba mieć też na uwadze wiele innych czynników determinujących pracę dziennikarza, jak szybkość pracy zależną od formy prasowej. Inny jest zatem zakres weryfikacji w tygodniku, a inny w dzienniku telewizyjnym. Inne elementy mające wpływ na ustalenie i przedstawienie prawdy to m.in. gatunek dziennikarski, temat i cel publicystyczny oraz stopień społecznej kontrowersyjności omawianego zagadnienia. Zatem dziennikarski obowiązek poszukiwania prawdy nie zawsze da się do końca zrealizować. Kwestia możliwości zaistnienia pewnych uchybień, przeoczeń jest istotnym elementem ryzyka zawodowego dziennikarza. Błąd powinien mieć jednak charakter w znacznej mierze nieodparty, czyli niemożliwy do uniknięcia, nawet przy zachowaniu zasady szczególnej staranności (tak w sensie podmiotowym, jak i przedmiotowym). Jednak rzetelna realizacja tej zasady daje prasie niewspółmierną korzyść, jaką jest zwiększanie się społecznego zaufania do dziennikarstwa¹⁵.

Kwestią staranności na etapie gromadzenia informacji zajmował się również Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Sprawa dotyczyła zniesławiającego artykułu, w którym autor sugerował, że znany sportowiec używał środków dopingujących. Sędziowie Trybunału zauważyli, iż dziennikarz zajął się weryfikacją twierdzeń dopiero po rozpoczęciu przeciwko niemu postępowania o zniesławienie. Dziennikarz sam przyznał, iż opierał się na „pośrednich” dowodach. Trybunał uznał, iż obrona pozwanego nie oznacza jednak konieczności wykazania, że twierdzenia są „obiektywnie prawdziwe”. Trybunał sprawdzał, czy dziennikarz wskazał podstawę dla swych zarzutów, czy w czasie pisania artykułu oparł się na wiarygodnych materiałach. Zdaniem sędziów autor publikacji, niestety, oparł się na niezwykle ogólnych podstawach, a dowodów potwierdzających poważne oskarżenie zaczął szukać dopiero po ukazaniu się artykułu. Dziennikarz powinien wcześniej zweryfikować swe oskarżenia¹⁶.

Na etapie wykorzystania materiałów prasowych istotne jest przede wszystkim wszechstronne, a nie selektywne przekazywanie informacji, przedstawienie wszystkich okoliczności i niedziałanie „pod z góry” założoną tezę, a także rozważenie powagi zarzutu, znaczenia informacji z punktu widzenia usprawiedliwionego zainteresowania społeczeństwa oraz potrzeby publikacji¹⁷.

¹⁵ B. Michalski, op. cit., s. 89.

¹⁶ ETPC wyrok z 7 maja 2002 r., sprawa McVicar przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 46311/99, ECHR 2002 – III. Omówione również w: I. C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Zakamycze 2006, s. 208 i nast.

¹⁷ Zob. uzasadnienie do uchwały składu 7 sędziów z dnia 18 lutego 2005 r., III CZP 53/04, OSN 2005 nr 7–8, poz. 114.

Dziennikarz musi mieć odpowiednie kwalifikacje podejmując określone czynności. Tutaj sama staranność wewnętrzna nie wystarczy. Brak wiedzy może spowodować naganne zachowanie zewnętrzne, mimo jego „dobrych chęci”. Do zakresu odpowiedzialności nie wystarczy udowodnienie okoliczności subiektywnych, ale wykazanie elementów obiektywnych, że zachowanie określonej osoby było zgodne ze stanem wiedzy specjalnej i z doświadczeniem życiowym. Badając, czy zachowane zostały wspomniane kryteria staranności, koncentrujemy się wyłącznie na zachowaniu zewnętrznym sprawcy, pomijając całkowicie jego przeżycia psychiczne.

Obowiązek zachowania szczególnej staranności skutkuje, z zasady, prawdziwością przedstawianych faktów¹⁸. Kryterium prawdziwości w pewnych przypadkach (ochrona czci) stanowi przesłankę do wyłączenia odpowiedzialności prawnej dziennikarza (redaktora). Nie jest to przesłanka samodzielna, gdyż musi zaistnieć jeszcze użyteczność społeczna informacji (cel wynikający z art. 1 pr. pras.¹⁹).

Od dziennikarskiej zasady prawdziwości podanych faktów pojawił się odmienny kierunek Sądu Najwyższego, który wzbudził kontrowersje w doktrynie. Uchwała składu 7 sędziów z 18 II 2005 r.²⁰, skrytykowana przez doktrynę²¹, odeszła od teorii, iż każda „obiektywnie nieprawdziwa” wypowiedź jest bezprawna²². W uzasadnieniu uchwały sąd poczynił założenie, że dziennikarz spełnił

¹⁸ Zob. szerzej: K. Święcka, *Kryterium prawdziwości wypowiedzi a ochrona dóbr osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4, s. 53 i nast.

¹⁹ W przypadku publikacji prasowych interes ten urzeczywistniany jest przekazywaniem informacji o ważnych zjawiskach i wydarzeniach ze sfery życia publicznego, przez co realizowana jest zasada jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej (art. 1 pr. pras.).

²⁰ Uchwała składu 7 sędziów SN z 18 II 2005 r., III CZP 53/04, Biuletyn SN 2005, nr 2, poz. 10 oraz „PiP” 2005 nr 7. W uchwale podkreślono, iż „wykazanie przez dziennikarza, że przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych działał w obronie społecznie uzasadnionego interesu oraz wypełnił obowiązek zachowania szczególnej staranności i rzetelności, uchyla bezprawność działania dziennikarza. Jeżeli zarzut okaże się nieprawdziwy, dziennikarz zobowiązany jest do jego odwołania”.

Podobna teza została zawarta w wyroku SN z 14 V 2003 r., I CKN 463/01, OSP nr 2/2004, poz. 22.

²¹ M.in. krytyczne glosy do wyroku SN z 18 II 2005 r.: Z. Radwańskiego, OSP 2005, nr 9, poz. 110; P. Sobolewskiego, OSP 2005, nr 12, poz. 144.

²² Przykładowe orzecznictwo sądu dopuszczające krytykę prasową pod warunkiem relacjonowania faktów zgodnych z prawdą: Zob. m.in. wyrok SN z 3 lipca 1987 r., ICR 138/87, OSNC 1989 nr 1, poz. 15; wyrok SN z 3 grudnia 1986 r., I CR 378/86, OSNC 1988, z. 4, poz. 47; wyrok SN z 29 października 1971 r., II CR 455/71, OSNC 1972 nr 4, poz. 77; wyrok z 7 września 1972 r., I CR 374/72, OSP 1974 nr 2, poz. 28. Podobne stanowisko reprezentowała doktryna: Tak np.: A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niema-*

obowiązek wynikający z art. 12 pr.pras., tj. zachował szczególną staranność i rzetelność. Jeżeli dziennikarz nie zaniedbał wypełnienia nałożonych na niego ustawą obowiązków staranności i rzetelności, jego działanie należy uznać za zgodne z prawem. Uchwała ta miała rozwiązać wszelkie wątpliwości w tej dziedzinie oraz ujednolicić orzecznictwo dotyczące tej materii a spowodowała kolejną dyskusję. Spór w zasadzie dotyczył tego, czy dochowanie obowiązku staranności i rzetelności wyłącza bezprawność działania sprawcy, czy jedynie winę.

Niektórzy przedstawiciele doktryny, przeciwni uchwale SN z 18 lutego 2005 r., zdecydowanie opowiadają się za prawdziwością opublikowanych faktów, jak również stoją na stanowisku, iż szczególna staranność i rzetelność, nie może być uznane za element okoliczności wyłączającej bezprawność²³. Taka koncepcja odpowiedzialności, według nich, osłabia również ochronę pokrzywdzonego. W tym miejscu jedynie zasygnalizuję, iż nie wydaje się słuszne negowanie instytucji “sprostowania” wynikającego z prawa prasowego i umniejszanie jego znaczenia w stosunku do ochrony przewidzianej z art. 24 k.c. Tym bardziej, że szybkie i skuteczne sprostowanie informacji zawartej w publikacji prasowej mogłoby satysfakcjonować osobę, której owa publikacja dotyczy. Należałoby raczej *de lege ferenda* zastanowić się nad nowelizacją tej instytucji, żeby skutecznie chronić poszkodowanego²⁴. Nie jest to przedmiotem niniejszych rozważań. Jest to zagadnienie na tyle istotne, iż powinno być przedmiotem dalszej dyskusji doktryny.

W odniesieniu do argumentów “prawdziwości wypowiedzi”, wydaje się, że obowiązek pisania prawdy jest oczywisty, co wynika z wszelkich zasad. Nikt przecież nie akceptuje rozpowszechniania nieprawdziwych faktów, dlatego dywagacje na temat prawdy i fałszu relacjonowanych zdarzeń wydają się bezprzed-

jętkowa ochrona w kodeksie cywilnym, Wrocław 1989 r., s. 107; B. Kordasiewicz, op. cit.; Z. Radwański, *Koncepcja praw podmiotowych osobistych*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1988, z. 2, s. 10; A. Szpunar: Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową, Bydgoszcz 1999, s. 145.

²³ Z. Radwański, OSP 2005, nr 9, poz. 110; P. Sobolewski, OSP 2005, nr 12, poz. 144.

²⁴ Odnosząc się do twierdzeń nieprawdziwych lub nieściśłych zawartych w artykule prasowym osoby zainteresowane mogą domagać się sprostowania przewidzianego w prawie prasowym (art. 31). W prawie prasowym występuje jeszcze instytucja odpowiedzi, która jest rzeczowym oświadczeniem odnoszącym się do stwierdzeń zagrażających dobrom osobistym. Wydaje się, iż słuszne są głosy proponujące zastąpienie sprostowania i odpowiedzi jedną instytucją, tj. sprostowaniem. Wszak wiadomości nieprawdziwe lub nieściśle zagrażają również dobrom osobistym. Instytucja sprostowania (jak i odpowiedzi) wzbudza wiele niejasności i kontrowersji.

Osoba zainteresowana opublikowaniem sprostowania może również wnieść powództwo cywilne o nakaz jego publikacji (art. 39 ust. 1 pr. pras.) czy też wystąpić o ochronę dóbr osobistych (art. 24 k.c.).

miotowe. Pisanie prawdy jest podstawowym obowiązkiem dziennikarza (art. 6 ust. 1 pr.pras). Rzetelność i staranność będą skutkowały z reguły prawdziwością zebranych informacji. Może się jednak zdarzyć, że w trakcie procesu sądowego dziennikarz nie będzie w stanie tych faktów udowodnić (np. nie chce ujawnić informatora) czy wręcz będą one nieprawdziwe (np. świadek wcześniej kłamał). Będą to sytuacje jednak wyjątkowe. Może zdarzyć się też tak, że nieprawdziwość informacji nie wpływa w sposób istotny na prawdziwość całej wypowiedzi prasowej²⁵.

W opinii SN tzw. dowód prawdy, obciążający dziennikarza w procesie o ochronę dóbr osobistych polega na wykazaniu przez niego prawdziwości źródeł, z których korzystał, a więc ich rzetelnego wyboru, sprawdzenia i przedstawienia. Nie powinien on też być utożsamiany z koniecznością wykazania prawdziwości zarzutu. Jeżeli decydując się na publikację dziennikarz spełnił wszystkie wymagania, to publikując materiał nie działał bezprawnie, co przesądza wyłączenie odpowiedzialności.

Ponadto dziennikarz nie posiada środków takich, jakimi dysponują, np. organy państwowe, dlatego też żądanie od niego wykazania prawdziwości zarzutu byłoby często postawieniem przed nim zbyt wysokich (czy wręcz nierealnych) wymagań co do ścisłości ustaleń. Gdyby dziennikarze mogli publikować tylko te informacje, co do których mieliby całkowitą pewność, że są prawdziwe, mogłoby to oznaczać "koniec wolności słowa" i ograniczać prasę w realizacji funkcji informacyjnej²⁶. Mogłoby to też prowadzić do zaniku dziennikarstwa śledczego, które opiera się na poszlakach i niepełnych dowodach²⁷.

Wydaje się, że argumenty sądu, mimo sprzeciwu doktryny, nie są pozbawione racji. Oceniając kwestię odpowiedzialności dziennikarza, trzeba mieć na uwadze wszystkie okoliczności sprawy, tym bardziej, że nikt nie udziela ochrony informacjom nieprawdziwym.

Dziennikarz, mimo niekiedy wszelkich starań, ma jednak ograniczone możliwości dotarcia do prawdy, czy też ta prawda może okazać się nieco inna, czy może być wręcz wprowadzony w błąd przez swoich informatorów. To redakcja podejmuje ryzyko, czy taką informację ujawnić dla dobra obywateli, którzy niekiedy jedynie tą drogą dowiadują się o korupcji, niedociągnięciach władzy czy powiązaniu wymiaru sprawiedliwości ze światem przestępczym. Prasa śledcza

²⁵ Zob. wyrok SO w Gorzowie Wielkopolskim, I C 224/96, [w:] J. Sadowski, *Naruszenie dóbr osobistych przez media*, Warszawa 2003., s. 55 i nast.

²⁶ Uchwała 7 sędziów z 18 II 2005 r., III CZP 53/04, OSNC nr 7-8/2005, poz. 114.

²⁷ Zob. A. Goszczyński, *Oręż w ręku obywatela*, „Rzeczpospolita”, z 6 IV 2001 r.

jest wyrazem sentencji „*public watchdog*”²⁸ mówiącej, że wolna prasa jest psem łańcuchowym demokracji, który pilnuje zasad demokracji i praw jednostki. Dlatego istnieje potrzeba ochrony wolności prasy, wypowiedzi i prawa do informacji. Równocześnie nie można uzależniać tej niezależności mediów od treści informacji, opinii, czy jest ona dla kogoś „wygodna”, czy nie. Tutaj byłibyśmy krok od cenzury. Media mają nadzorować życie publiczne, prezentować konkretne sytuacje polityczne i społeczne.

Nie sposób też zarzucić dziennikarzowi, który spełnił wszystkie reguły godziwego celu i właściwego postępowania, że naruszył zasady współżycia społecznego. Respektowanie tak określonych wymagań, działanie dziennikarza nie zasługuje na uznanie go za naruszające zasady współżycia społecznego i nie powinno być napiętnowane jako bezprawne. Teza, że bez względu na wszystkie racje i okoliczności, konieczną przesłanką wyłączenia bezprawności jest przeprowadzenie w procesie dowodu prawdziwości zarzutu, usuwa z pola widzenia inne doniosłe aspekty podstaw odpowiedzialności dziennikarza, pozbawiając sąd potrzeby i możliwości elastycznego i pogłębionego potraktowania wszystkich okoliczności konkretnej sprawy²⁹.

Należy też zauważyć, iż wykazanie prawdziwości zarzutu nie jest zawsze konieczną i niezależną przesłanką wyłączenia odpowiedzialności sprawcy naruszenia dóbr osobistych (np. sfera prywatności).

Oczywistym wydaje się, iż relacjonowanie faktów nieprawdziwych lub niepełnych jest podstawą uznania, że dziennikarz nie wywiązuje się ze swoich obowiązków staranności i rzetelności. Niekiedy w takiej sytuacji takie działanie można by ocenić jako umyślne i zawinione.

Stanowisko SN z 18 lutego 2005 r., odchodzące od poglądu, iż każda „obiektywnie nieprawdziwa” wypowiedź jest bezprawna nawiązuje do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który posługuje się standardami dziennikarskiej staranności i rzetelności.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 24 lutego 1997 r. w sprawie *De Haes i Gijssels przeciwko Belgii* zwrócił uwagę na pluralizm prawdy³⁰. W orzeczeniu tym Trybunał odróżnia prawdę sądową od prawdy dziennikarskiej. Prawdę sędziowską traktuje się bardziej rygorystycznie, jako że sędzia ma większe możliwości poznania niż dziennikarz. Korzysta z możliwości przesłuchania świadków, biegłych. Dziennikarzowi wystarczy, że swoje artykuły oprze

²⁸ Sformułowanie to często występuje w orzeczeniach ETPC, jak w wyroku z 8 VII 1986 r. sprawie *Lingens*, nr skargi 9815/82.

²⁹ Uzasadnienie 7 sędziów z 18 II 2005 r., III CZP 53/04, nr 7–8/OSNC, poz. 114.

³⁰ ETPC wyrok z 24 lutego 1997 r., skarga nr 19983/92, Reports 1997 - I.

na wystarczająco obiektywnych informacjach. W podobnym duchu jest inne orzeczenie Trybunału z 28 września 1999 r. w sprawie *Dalban przeciwko Rumunii*, w którym podkreśla, że nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której dziennikarz może formułować wypowiedzi prasowe wyłącznie pod warunkiem, iż wykaże ich prawdziwość³¹.

Określając stanowisko Trybunału należy jednak bardzo ostrożnie formułować wnioski, mając na uwadze, że zapadały one w bardzo zróżnicowanych stanach faktycznych, a tym samym przy zróżnicowanych przesłankach prawnych konkretnego orzeczenia. Jednak można zauważyć, iż Trybunał w niektórych swoich orzeczeniach uznał, że wykazanie prawdziwości zarzutu nie jest uznawane za absolutnie konieczną i niezależną przesłankę wyłączenia odpowiedzialności sprawcy naruszenia czci, a nieprawdziwość zarzutu nie stanowi samodzielnej i wystarczającej przesłanki usprawiedliwiającej ingerencję w swobodę wypowiedzi.

Europejski Trybunał w Strasburgu stoi na stanowisku, że od dziennikarza nie można wymagać „absolutnej obiektywności”, co wynika ze „względnej niepewności” posiadanych przez nich środków dochodzenia prawdy. Ale prawo nakazuje, aby dziennikarz działał w dobrej wierze i nie zniesławiał innych przy użyciu złośliwych czy obelżywych sformułowań^{32, 33}.

Kryterium oceny, czy dziennikarz wypełnił swe obowiązki i działał odpowiedzialnie jest więc zachowanie profesjonalnej rzetelności. W konsekwencji, jeśli dziennikarz postępuje zgodnie z zasadami etyki zawodowej i w dobrej wierze, na podstawie źródeł, rozmów oraz informacji może dojść do przekonania, że ujawniane fakty były prawdziwe, jest to zasadnicza okoliczność rozstrzygająca o prawnej ocenie jego pracy. Gdy później, np. po odkryciu nowych czy nieznanych faktów, okaże się, że było inaczej, dziennikarz nie może ponieść konsekwencji tylko dlatego, iż treść wcześniejszego materiału nie odpowiada prawdzie. Dziennikarz może się pomylić, nie może jednak kłamać³⁴.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazuje, że krytyka niewłaściwego postępowania pewnych osób musi mieć cechy rzetelności i powinna być ograniczona rzeczową potrzebą. Jednakże, wówczas gdy spełnione jest kryterium

³¹ Wyrok ETPC z 28 września 1999 r., skarga nr 28114/95, ECHR 1999 – VI.

³² Zob. wyrok ETPC z 29 marca 2001 r., sprawa Thoma przeciwko Luksemburgowi, skarga nr 38432/97, ECHR 2001-III; wyrok z 7 maja 2002 r., sprawa *McVicar przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 46311/99, ECHR 2002-III. Omówione w: I. C. Kamiński, op. cit., s. 304 i s. 216.

³³ M.in. wyrok ETPC z 25 czerwca 1992 r. Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii, skarga nr 13778/88, A 239; wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r. w sprawie Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii, skarga nr 49017/99, ECHR 2004-XI.

³⁴ Wyrok ETPC z 20 maja 1999 r. sprawa *Bladet Tromsø A/S Stensaas przeciwko Norwegii* [w:] I. C. Kamiński, op. cit., s. 241.

rzetelności krytyki, w pewnych przypadkach nie sposób mówić o bezprawności działania autora krytyki. Wysuwanie kryterium prawdy ponad dołożenie szczególnej staranności i rzetelności nie zawsze jest dobrym znakiem i może spowodować powstrzymanie każdej krytyki polityków. Trybunał wielokrotnie podkreślał, że chodzi tu nie o prawdę “obiektywną”, ale o wskazanie podstawy dla swych zarzutów.

Kryterium dobrej wiary

Przedmiotem dyskusji stać się może również kwestia “dobrej wiary”³⁵ dziennikarza emanującej z dochowania obowiązku szczególnej staranności przy zbieraniu materiałów prasowych.

Należy jednak oddzielić dobrą wiarę w znaczeniu subiektywnym, nie związaną z zasadą szczególnej staranności. Dowód dobrej wiary (w znaczeniu subiektywnym) wystarczyło ustalić, że na podstawie rzetelnej, choć subiektywnej, osobistej oceny rzeczywistości, dziennikarz doszedł do wniosków, które okazały się błędne (tak było pod rządami dawnego k.k. z 1969 r. – art. 179 § 2). Zasada dobrej wiary w przeciwieństwie do dowodu dobrej wiary zawiera w sobie, obok elementu subiektywnego, element obiektywny. Zasadę tą stosuje się wówczas, gdy mimo szczególnej staranności dziennikarza okoliczności sprawy były tego rodzaju, że na podstawie ich analizy przyjęto błędną ocenę rzeczywistości (np. na podstawie konsultacji ze specjalistą). Dziennikarz nie odpowiada, jeżeli udowodni, że uważał zarzut za prawdziwy, a przekonanie to jest usprawiedliwione okolicznościami, w których podjął on takie przeświadczenie. Warunkiem uznania zasady dobrej wiary (w znaczeniu obiektywnym) jest ustalenie przez sąd, iż dziennikarz opierał się nie tylko na osobistym przekonaniu interpretacji okoliczności, ale czy wiadomości, które stanowiły treść publikacji, były przed ogłoszeniem dokładnie sprawdzone, czy okoliczności te mogły obiektywnie stanowić podstawę takiej, a nie innej oceny rzeczywistości. Wydaje się jednak, iż można byłoby tego błędu uniknąć (np. powtórna czy rzadko stosowaną naukową konsultację, sprawdzenie

³⁵ Przyjęta aktualnie w doktrynie i orzecznictwie definicja dobrej wiary mówi, że jest to usprawiedliwiona nieznajomość prawdziwego stanu rzeczy, zwykle polegająca na istnieniu jakiegoś stosunku prawnego czy prawa. Na pojęcie „dobrej wiary” składają się zatem trzy elementy: przeświadczenie o istnieniu prawa lub stosunku prawnego (lub też o ich nieistnieniu), błędność tego przeświadczenia oraz możliwość usprawiedliwienia błędu w danych okolicznościach. Pojęcia „dobrej i złej wiary” nie mają definicji ustawowej o powszechnym znaczeniu. Zob. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t. I, część ogólna, Ossolineum 1985, s. 275–276 i podana tam literatura; zob. również: R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999, s. 141.

zeznań świadków). Zdarza się jednak, że nie ma możliwości uniknięcia błędu dotyczącego oceny stanu faktycznego (tzw. błąd nieodparty)³⁶.

Ocena dobrej lub złej wiary powinna polegać zatem na stworzeniu wzorca odpowiedniego zachowania się w danej sytuacji (zachowanie jakie w identycznej sytuacji osoba rozsądna, sumienna, przezorna, wyposażona we właściwe w danej sytuacji cechy i kwalifikacje powinna podjąć, aby powziąć wiedzę o rzeczywistym stanie prawnym) i porównaniu postępowania ocenianej osoby z tym wzorcem.

Wydaje się, że tutaj dobrą wiarę można połączyć z dołożeniem szczególnej staranności w zbieraniu i publikowaniu materiałów prasowych. Brak tej staranności, wymaganej przez ustawę (art. 12 pr.pras), spowoduje wyłączenie dobrej wiary dziennikarza.

Dla przyznania “dobrej wiary” dziennikarza można przyjąć, by w poczuć odpowiedzialności, wykazał on staranność w zbieraniu materiałów, sprawdzał informacje z kilku niezależnych źródeł oraz unikał pochopnych wniosków. Jednocześnie jedynie błąd niezawiniony, a zatem błąd usprawiedliwiony może uchylić odpowiedzialność naruszającego dobra osobiste, a dziennikarz przyjął prawdziwość twierdzeń na podstawie uzasadnionych okoliczności³⁷. Okoliczności będą uzasadnione, gdy każda przeciętna osoba w danej sytuacji wysnułaby identyczne wnioski co do prawdziwości zarzutów, chociażby po przeprowadzeniu przewodu sądowego okazałyby się nieprawdziwe. Usprawiedliwiony błąd naruszcziela jest kategorią obiektywną.

Interpretacja “zasady dobrej wiary” wśród elementów mających wpływ na wyłączenie odpowiedzialności jest wielce dyskusyjna, tym bardziej, iż wydaje się, że doktryna jak i orzecznictwo odchodzi od dobrej wiary na rzecz prawdziwości faktów. Odmiennie zapatrywanie w kwestii prawdziwości ma Trybunał Europejski. “Nie prawda, lecz dążenie do jej wykrycia, realizowane zgodnie z dziennikarską etyką, ma tu decydujące znaczenie”³⁸.

Dla udowodnienia zatem podmiotowej dobrej wiary nie wystarczy przekonanie o prawdziwości rozpowszechnionych wiadomości było oparte na czysto subiektywnych podstawach, gdyż podstawa ta powinna być oparta na dostatecznych obiektywnych założeniach, a więc takich niespornych faktach, które byłyby zdolne w każdym myślącym i ostrożnym obywatelu wzbudzić przekonanie, że oparta na tych faktach wiadomość była prawdziwą. Nie wystarczy również

³⁶ B. Michalski, *Podstawowe...*, op. cit., s. 115.

³⁷ Standardy prasowe muszą jednak uwzględniać ochronę dóbr osobistych. Dlatego osoba, której dobra zostały naruszone przez podanie w prasie nieprawdy, może domagać się sprostowania lub odpowiedzi (art. 31 pr. pras.).

³⁸ Wyrok ETPC *Bladet Tromsø A/S i Stensaas przeciwko Norwegii*, wyrok z 20 maja 1999 r., skarga nr 21980/93, ECHR 1999-III.

samo powołanie się na autorytet źródła, skąd informacje zostały zaczerpnięte, poleganie bowiem na pewności i wiarygodności źródła zawsze stanowi ryzyko upubliczniającego to dziennikarza. Sprawdzanie wiadomości należy bowiem do podstawowych jego obowiązków.

Trudno mówić o dobrej wierze dziennikarza, czyli o jego przekonaniu, jakoby zarzuty były prawdziwe, gdy publikowany materiał zawiera nieprawdziwe fakty czy też nieścisłe okoliczności. Trybunał w Strasburgu również wymaga, by zarzuty były stawiane w dobrej wierze³⁹. Zła wiara występuje m.in., gdy autor publikacji świadomie rozpowszechnia fałszywe informacje lub publikuje je bez ich uprzedniego sprawdzenia. W złej wierze jest dziennikarz, który miał powody, aby wątpić w prawdziwość przedstawianych faktów oraz możliwość znalezienia dowodów.

Można zatem uznać za zasadne obciążenie dziennikarza obowiązkiem działania zgodnie z zasadami dobrej wiary i należytej staranności. Owa szczególna staranność ma zasadnicze znaczenie dla kwestii odpowiedzialności prawnej dziennikarza. Brak tej staranności, wymaganej przez ustawę (art. 12 pr.pras), spowoduje wyłączenie dobrej wiary dziennikarza.

Kryterium rzetelności przekazu

Wydaje się, że dziennikarstwo rzetelne to jednocześnie dziennikarstwo zgodne z prawdą. Z “prawdziwością” przekazu powinna być też utożsamiana wiarygodność mediów, co jednak nie jest równoznaczne. Media tak mogą manipulować informacjami prawdziwymi, że mogą stracić wiarygodność.

Wypowiedź dziennikarska musi być rzetelna, dokładna, sumienna. Niekiedy jednak, jeśli ujemne oceny odnoszą się do krytyki artystycznej, ocena racjonalności jest znacznie ograniczona czy wyłączona ze względu na oceny subiektywne i osobiste (np. kwestia piękna⁴⁰).

W doktrynie podkreśla się, że “rzetelny” – to tyle co odpowiedzialny, zgodny z zasadami sztuki, uczciwy, niewprowadzający w błąd, co nie jest bliskoznaczne zwrotowi “zgodny z prawdą”⁴¹. Można przyjąć, że “rzetelność” odnosi

³⁹ Zob. wyrok ETPC Bładet Tromsø A/S i Stensaas przeciwko Norwegii, wyrok z 20 maja 1999 r.; wyrok z 7 maja 2002 r., sprawa McVicar przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 46311/99, ECHR 2002 - III.

⁴⁰ Zob. B. Michalski, *Ochrona praw osobistych a wolność krytyki*, „Jurysta” 1996 r. nr 1, s. 13 i nast.; idem *Podstawowe...*, op. cit., s. 131.

⁴¹ Zob. B. Kordasiewicz: *Jednostka...*, op. cit., s. 45; J. Sobczak, *Prawo prasowe*, Warszawa 2000, s. 461.

się do publikacji odpowiedzialnej, niestosującej niedozwolonych wybiegów, stosującej zasady przyzwoitości w przedstawianiu negatywnych informacji o danej osobie i tylko w sytuacji szczególnie uzasadnionej. Dziennikarz jest również zobowiązany do respektowania zasady równości podmiotów⁴². Media winny starać się o rzetelność informacji, wiarygodność, aby nie stać się ani sędziami, ani obrońcami. Jeżeli dziennikarz zdecydowanie przechyla się na jedną ze stron, wówczas mówimy o tak zwanym dziennikarstwie adwokackim. Z tej pozycji można usprawiedliwić dziennikarstwo, gdy koncentruje się na faktach i stawia na obronę słabszych. Celem poważnego dziennikarstwa jest jego wiarygodność, dzięki właściwemu postępowaniu. Na tę wiarygodność dziennikarze muszą sami sobie zapracować⁴³.

Pojęcie rzetelności zawiera w sobie uczciwość dziennikarza do podjętego tematu, niemanipulowanie odbiorcą. Równie trudna wydaje się interpretacja postulatu dbałości o prawdziwość przekazu. W praktyce dziennikarskiej chodzi głównie o urzeczywistnianie reguł szczególnej staranności zawodowej przy ustalaniu podstawy przedmiotu krytyki oraz o wyeliminowanie manipulacji informacyjnej czy ocennej.

Od przedstawienia rzetelnych, zgodnych z rzeczywistością faktów należy odróżnić komentarz, opinię, jako wypowiedź subiektywną. Wypowiedzi istnieją zatem w dwóch formach. Jedne z nich to wypowiedzi ocenne, czyli rozważania o charakterze subiektywnym na temat postępowania lub działalności osoby poddanej krytyce (komentarz). Drugie to opisowe, sprowadzają się do stwierdzenia faktów. Odnoszą się do sytuacji i zdarzeń, które miały miejsce. Istota między dwoma sytuacjami leży w przedmiocie dowodzenia. Pierwsze nie podlegają sprawdzeniu w kategoriach fałszu i prawdy, drugie natomiast wypowiedzi o faktach muszą być dowodzone⁴⁴. Niemniej komentarz nie może być zniesławiający ani obelżywy⁴⁵. Zdaniem Trybunału Europejskiego sądy wartościujące nie poddają się dowodzeniu, dlatego wymóg prawdy, jest niemożliwy do zrealizowany i narusza konwencyjną wolność słowa⁴⁶.

⁴² Zob. B. Michalski, *Podstawowe...*, op. cit., s. 128.

⁴³ Prasa bulwarowa nie ma tej wiarygodności, jest ona odwrotnie proporcjonalna do wysokości nakładów. Zob. H. Schlapp, *Etos współczesnego dziennikarstwa*, [w:] „Kultura i Prawo”, Lublin 2002, s. 23.

⁴⁴ Zob. szerzej: K. Święcka, *Kryterium prawdziwości wypowiedzi a ochrona dóbr osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4, s. 53 i nast.

⁴⁵ Zob. B. Michalski, *Podstawowe...*, op. cit., s. 83 i nast.; K. Święcka, *Okoliczności...*, op. cit., s. 155 i nast.

⁴⁶ *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 lipca 1950 r.* (Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.). W art. 10 konwencja gwarantuje wolność wypowiedzi.

To rzetelność wymaga od dziennikarza oddzielenia ustaleń faktycznych od własnej oceny, komentarza czy krytyki. Prawo do swobodnego komentowania może być ograniczone ze względu na unormowania prawne lub etyczne. Istotnym elementem rzetelności zawodowej jest poinformowanie odbiorcy, w sytuacjach wątpliwych, o brakach informacyjnych, o wątpliwościach autora czy nawet niemożności ustalenia prawdy. W praktyce dziennikarskiej nierzadko ustalenie prawdy jest niemożliwe, jednak obowiązek jej poszukiwania nie oznacza uzależnienia publikacji od znalezienia prawdy. Dziennikarz winien ujawnić to i zachować ostrożność w komentarzach i ocenach⁴⁷.

Dokonanie podziału na kwestie ocenne i wartościujące nie zawsze jest jednoznaczne. Przykładem może być jedna ze spraw rozpatrywana przez Trybunał⁴⁸. Postępowanie dotyczyło zniesławienia naczelnika policji przez dziennikarzy w duńskim programie telewizyjnym. Dziennikarze oparli się w swoich przypuszczeniach na zeznaniu świadka, która, jak się później okazało, wymyśliła pewny szczegół, tak, "by wszystko trzymało się razem". Sądy krajowe uznały, iż autorzy programu mieli podstawy sądzić, iż ich twierdzenia są prawdziwe. Ponadto dziennikarzy nie skazano za rozpowszechnianie twierdzeń świadka, ale za oskarżenia sformułowane przez nich samych wobec konkretnych osób. Istnieje zasadnicza różnica między przytaczaniem twierdzeń innych ludzi a wypowiadaniem własnych.

Dziennikarze przekonywali, że zadane przez nich pytania wskazywały na kilka możliwości wyjaśnienia uchybień w sposobie prowadzenia postępowania przez policję. Ostateczny wybór odpowiedzi pozostawiono widzom. Pytań nie można zakwalifikować jako twierdzeń o faktach, które podlegają dowodzeniu. Program był dobrze udokumentowany, twórcy działali w dobrej wierze, opierając się na opisie zdarzeń przedstawionych przez świadka. Władze duńskie podkreśliły, że chociaż zarzuty przybrały formę pytań, to były to twierdzenia o faktach (a nie sąd wartościujący). Sądy zażądały więc dowodu prawdy, którego przedstawienie zwalniałoby od odpowiedzialności.

Trybunał również pytania zadane w programie zakwalifikował jako twierdzenia o faktach (przez swój retoryczny charakter). Dziennikarska wypowiedź nie była przy tym przytoczeniem słów innej osoby, ale sformułowaniem własnych zarzutów. Dodatkowo zarzuty wykraczały poza zwykłą krytykę; polegały na oskarżeniu o poważne przestępstwo.

Zob. m.in. wyrok ETPC z 8 lipca 1986 r. sprawa Lingens przeciwko Austrii, skarga nr 9815/82, A 103; wyrok z 24 lutego 1997 r. sprawa De Haes i Gijssels przeciwko Belgii, skarga nr 19983/92, Reports 1997 – I.

⁴⁷ B. Michalski, *Podstawowe...*, op. cit., s. 84.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r. w sprawie Pederson i Baadsgaard przeciwko Danii, skarga nr 49017/99, ECHR 2004 – XI.

Ostatecznie Wielka Izba uznała, iż dla stwierdzeń dziennikarzy brakowało dostatecznej podstawy faktycznej. Sprawa nie była jednak jednoznaczna, gdyż zapadła tylko przewagą jednego głosu (stosunkiem głosów 9 do 8). Sędziowie, którzy złożyli zdania odrębne, podkreślili, że werdykt osłabia kontrolną rolę, jaką media pełnią w demokratycznym społeczeństwie w sprawach mających publiczne znaczenie.

Wiele spraw ukazuje, jak trudno niekiedy jest rozstrzygnąć daną wypowiedź: czy ma być to informacja czy opinia (osąd). Trudno kogoś pociągnąć do odpowiedzialności prawnej za przestawienie swojego poglądu. Podstawową zasadą dobrego dziennikarstwa powinno być oddzielenie informacji od komentarza. W wielu sprawach granica ta nie jest jednak wyraźna, a odbiorca nie uzyskuje jasnego przekazu. Wątpliwości te ukazuje również sprawa A. Michnika przeciwko dziennikarzowi co do treści wypowiedzi: „Adam Michnik wielokrotnie powtarzał: ja tyle lat siedziałem w więzieniu, to teraz mam rację”. Według powoda jest to informacja nieprawdziwa. Takie też stanowisko zajęły sądy obu instancji. Innego zdania był pozwany, który uważał, iż zdanie to ma charakter ocenny, stanowiący interpretację, parafrazę oddającą postawę mentalną powoda, którą ten demonstruje od wielu lat⁴⁹.

Jak widać podział wypowiedzi na opisowe i ocenne może też budzić wątpliwości praktyczne. Musimy mieć na uwadze, że czasami kryteria rozróżniające nie do końca są wyraźne i ostre⁵⁰. Trzeba mieć też na względzie, że kryterium prawdziwości zarzutów krytyki czasami zawodzi i nie powinno być ono stosowane w odniesieniu do pewnych rodzajów krytyki, jak krytyka artystyczna.

Pod wpływem orzecznictwa ETPC niektóre państwa dokonują zmian w swoich ustawodawstwach. Przykładem może być gruzińska ustawa o wolności słowa z 24 czerwca 2004. W szczególności ustawa wprowadziła rozróżnienie pomiędzy twierdzeniami o faktach i opiniami, które są chronione w sposób absolutny, tzn. osoba nie może być pociągnięta do cywilnej odpowiedzialności za rozpowszechnianie opinii na jakiś temat. Kolejną innowacyjną zmianą było wprowadzenie możliwości ścigania osoby uprawnionej za ujawnienie tajnych danych, a nie dziennikarza, któremu udało się takie dane pozyskać⁵¹.

⁴⁹ Zob. wyrok S A z dnia 15 października 2008 r., VI Aca 385/08, [w:] *Fakt vs. Opinia*, (red.) A. Bodnar, D. Bychawska-Siniarska, Warszawa 2010. Materiały z konferencji zorganizowanej przez Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce w dniu 26 marca 2009 r.

⁵⁰ Zob. B. Kordasiewicz, *Jednostka...*, op.cit., s. 17 i nast.

⁵¹ Na mocy gruzińskiej ustawy z 2004 r. usunięto z gruz. k.k. przepisy dot. odpowiedzialności karnej dziennikarzy za zniesławienie. K. Mekhuzla, *Demokratyczne działania rewolucyjnego rządu Gruzji: czy reformy legislacyjne są wystarczające by zapewnić wolność wyrażania opinii?*, Obserwatorium wolności mediów 2009, nr 5, s. 5.

Problematiczna jest też sytuacja, gdy dziennikarz np. przedrukowuje inne publikacje naruszające prawa osób trzecich. W doktrynie, co do zasady, przyjmuje się, że odpowiedzialności podlega ten, kto zarzut sformułował, jaki i ten kto go powtarza⁵². Sytuacja wcale nie jest taka jednoznaczna, gdy mamy konkretną sprawę⁵³.

W kwestii poruszonego tu zagadnienia odniósł się sąd w Niemczech⁵⁴. Sąd zastanawiał się, czy przytaczając w książce cytaty (z akt prokuratury), dziennikarz naruszył prawo osobiste szefa policji. Czy treść cytatu można przypisać autorowi książki? W sprawie tej uznano, iż dziennikarz aby nie odpowiadać za taką wypowiedź, musi dać do zrozumienia, że nie wypowiada się co do słuszności cytowanej wypowiedzi. W tym przypadku sąd uznał, iż dziennikarz podsuwał czytelnikowi myśl, że istniały naganne związki policji, w tym i powoda, ze środowiskiem prostytutek i stręczycieli. Zdaniem sądu w tej sytuacji autor publikacji ponosi odpowiedzialność osobiście za naruszenie prawa osobistego.

Przykładem może być również sprawa rozpatrywana przez Trybunał Europejski w Strasburgu. Postępowanie dotyczyło publikacji przez gazetę norweską fragmentów opracowanego przez inspektora Ministra Rybołówstwa raportu opisującego przypadki naruszeń przez poławiaczy fok regulacji normujących zasady polowań. Jako że zarzuty okazały się bezpodstawne, sądy norweskie zobowiązały gazetę do zapłaty odszkodowania na rzecz pokrzywdzonych. Sąd w Strasburgu zajął w tej sprawie odmienne stanowisko. Uznał, iż prasa może opierać się na raportach publicznych bez potrzeby sprawdzania ich wiarygodności, pod warunkiem że zabiera głos w debacie poświęconej ważnym sprawom publicznym⁵⁵. Trybunał wyraźnie oddziela wypowiedzi, które przytaczają słowa innych osób, od formułowania własnych zarzutów. Zdaniem tego sądu dziennikarze nie powinni odpowiadać za cytowanie zarzutów zawartych w cudzych publikacjach prasowych. Należy mieć jednak na uwadze, czy autorowi zależało na wywołaniu dyskusji o ważnym problemie poruszającym opinię publiczną⁵⁶.

⁵² M. Chiarolla, *La diffamazione a mezzo stampa. Analisi critica della normativa tra diritto di cronaca, diffamazione, privacy*, Trento 2004, s. 43; Z. Zaremba: *Kontratyp relacji prasowej w prawie polskim*, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 13. W orzecnictwie polskim zob. m.in. wyrok SN z 11 X 2001 r., II CKN 559/99, OSN 2002, nr 6, poz. 82.

⁵³ Zob. K. Świącka, *Krytyka prasowa a prawo relacjonowania informacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” z dnia 2011, nr 11, s. 27 i nast.

⁵⁴ BGH wyrok, 30 I 1996, VI ZR 386/94, NJW 1996, s. 1131. Omówione w: K. Świącka, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 180 i nast.

⁵⁵ ETPC wyrok z dnia 20 V 1999 r., sprawa Bladat Tromsø i Stensaas przeciwko Norwegii, skarga nr 21980/93, ECHR 1999-III.

⁵⁶ Zob. wyrok ETPC z 25 czerwca 1992 r. Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii.

Uczciwość wykorzystania uzyskanych wiadomości wyłącza także manipulowanie materiałem w celu zasugerowania odbiorcy niezgodnego z rzeczywistością stanu rzeczy (wyłączając satyrę). Komisja Etyki TVP w jednej ze spraw stwierdziła, że do błędów warsztatowych należy zaliczyć sytuację, w której wersję emisji relacji o ważnych wydarzeniach opracowuje, według dyspozycji redaktora wydania, dziennikarz, który nie był na miejscu i posługuje się materiałem filmowym zrealizowanym przez stażystkę. Przygotowany materiał nie miał czytelnego tematu, mieszał informację z publicystyką, wprowadzał opinie publiczną w błąd⁵⁷.

Szczególne staranność, rzetelność, której wymaga się od dziennikarza, to coś więcej niż wierne przedstawienie informacji, które uzyskał przy zbieraniu materiału prasowego. To na dziennikarzu spoczywa odpowiedzialność za konsekwencje podanych publicznie informacji i powinien te informacje nie tylko sprawdzić, ale podjąć decyzję co do celowości ich upublicznienia.

Wnioski

Niniejsze konstatacje pozwalają zauważyć, iż w doktrynie zdobywa sobie uznanie pogląd, zgodnie z którym do sfery bezprawności należy zaliczyć zachowania się sprzeczne z zasadami uważnego postępowania – niedołożenie należytej staranności i rzetelności dziennikarskiej.

Główne cechy staranności dziennikarskiej, to m.in.: poszukiwanie prawdy, potwierdzanie prawdziwości zebranego materiału z kilku źródeł, realizacja rzetelności w postaci oddzielenia stanu faktycznego od komentarza, kontrydiktoryjność – czyli dopuszczenie do konfrontacji różnych wypowiedzi czy źródeł dokumentalnych, nie naruszanie chronionych prawem interesów, szczególnie dóbr osobistych.

dii, skarga nr 13778/88, A 239; wyrok ETPC z 17 grudnia 2004 r. w sprawie Pedersen i Badsgaard przeciwko Danii, skarga nr 49017/99, ECHR 2004-XI; wyrok ETPC z 29 marca 2001, Thoma przeciwko Luksemburgowi; skarga nr 38432/97, ECHR 2001-III.

W sytuacji powtarzania zarzutu przez kolejnego dziennikarza, odpowiedzialność, co do zasady, ponosi autor pierwotnej publikacji, jak i dziennikarz. dokonujący np. przedruku. Od tej zasady można zauważyć wyjątek: tak zwane prawo relacjonowania wiadomości przez prasę. Odnosi się to tylko do osób publicznych. Zob. K. Świącka, *Krytyka prasowa a prawo relacjonowania informacji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2011, nr 11, s. 26 i nast.

⁵⁷ Orzeczenie Komisji dotyczyło zarzutu Naczelnej Komisji Adwokackiej, że materiał emitowany w „Wiadomościach”, „wprowadził opinię w błąd”, a reporter przygotowujący materiał najprawdopodobniej w ogóle nie zapoznał się z przebiegiem Zjazdu. Zdaniem Komisji autor i wydawca materiału prasowego naruszyli standardy etyczne (Orzeczenie Komisji Etyki TVP SA z 8 marca 2004 r., KE/48/150/2004).

Zaniedbanie obowiązku należytej staranności i rzetelności zawodowej stanowić może podstawę do odpowiedzialności zawodowej lub cywilnej (a także karnej). Wprowadzenie tego wymogu, wypływającego z dziennikarskiego obowiązku poszukiwania prawdy, uzasadnione jest ochroną przedmiotu o szczególnym znaczeniu, jakim niewątpliwie są dobra osobiste.

Wypada jeszcze raz podkreślić, że prawdziwość przedstawionych faktów nie jest jedyną przesłanką wyłączającą bezprawność publikacji prasowej, w wyniku której doszło do naruszenia dóbr osobistych. Dodatkowo musi być spełniony np. warunek celu publikacji, mający na uwadze obowiązki informacyjne prasy wobec społeczeństwa (użyteczność społeczna informacji), rzetelność, zgodność z zasadami współżycia społecznego (przesłanki z dozwolonej krytyki prasowej z art. 41 pr.pras.) czy przesłanki wymagane z art. 14 ust. 6 pr.pras. w sytuacji wkroczenia w sferę prywatności, czy art. 81 pr.aut. dotyczący wizerunku.

Poza niniejszymi rozważaniami była kwestia sympatyzowania dziennikarzy z opcjami politycznymi. Jednak wyraźnie trzeba podkreślić, że również upolitycznienie mediów wpływa w znacznym stopniu na rzetelność dziennikarską⁵⁸. Aby obiektywizm i pluralizm był w mediach zachowany, winno się zlecać realizację programu dziennikarzom sympatyzującym z różnymi opcjami politycznymi. Idealnie by było, gdyby nie było widać żadnych sympatii politycznych. Jednak, jak potwierdzają sami zainteresowani, jest to ideał nie do spełnienia⁵⁹.

Ciągłej krytyce poddawane są media publiczne. Zapomina się (czy wręcz wypiera) o służebnej roli "misji publicznej". Tymczasem media publiczne, chcąc uzyskać jak największą oglądalność, coraz częściej zachowują się jak media komercyjne. W coraz większym stopniu jest pogoń za sensacją i ekspozycja "ostrego newsa". Powoduje to wiele negatywnych skutków, zarówno w samym społeczeństwie, jak i u dziennikarzy. U tych ostatnich zanika wrażliwość i poczucie odpowiedzialności za skutki swych przekazów, chcąc szokować, nie zastanawiają się nad korzyściami społecznymi danej informacji.

⁵⁸ Zob. szerzej: K. Święcka, J. S. Święcki, Wpływ partii politycznych na media, „Prawo Administracja Kościoł”, Lublin 2006, nr 1–2, s. 163 i nast.

⁵⁹ Zob. M. Kowalczyk, Rok Lisa, „Press” 2009, nr 1, s. 48.

PRINCIPLE OF PROFESSIONAL RELIABILITY OF JOURNALISM AND UNLAWFULNESS

Despite a difference in opinions held by the jurisdiction and the doctrine, the criterion of special care and reliability should be recognized as one of the circumstances resulting in finding a journalist's activity lawful or unlawful.

We could support the opinion according to which failure to maintain special care belongs to the sphere of unlawfulness (not guilt) since a valid legal system obliges a journalist to act with particularly special care. It is of most importance to create some rules of conduct, objective criteria, and more or less precise model of a journalist's profession. By far a point of reference is necessary which would serve as a comparative scale for those accused of violation so that they could be formally charged. An action will be found blameworthy if a required level of care has not been maintained. If a journalist observed the rules of special care while collecting, verifying and publishing information, even though their conduct violated personal interests of a person described in the publication, such conduct will not be considered unlawful. A model of careful and diligent action is formulated by legal provisions, decorum or deontological principles.

Journalists are required to be better prepared for their duties, which include not only proving subjective circumstances but also showing objective elements according to which someone's behavior was consistent with the state of special knowledge and life experience. Such a person is obliged to constantly broaden their knowledge and professional skills.

Journalists are obliged to perform all possible actions requiring specialist professional qualifications connected with seeking the truth reliably and conscientiously, with due criticism and care of details. Journalists may not disseminate false, unreliable or unverified information; otherwise their actions will be considered unlawful. A duty of reliability means the obligation to seek for the truth and rational argumentation while making a negative evaluation.

The above actions generally refer to the factual and legal state as well as the form of working. Remissness of due care and professional reliability may constitute the grounds for professional or civil liability (including criminal liability). The introduction of this requirement, which results from a journalist duty to seek for the truth, is justified by the protection of the object of special importance, which personal interests undeniably are.

The obligation to maintain special care generally takes effect in truthfulness of presented facts. If the news appeared to be false, there is a possibility of applying a circumstance excluding liability if a journalist proved that in that case he had verified the authenticity of the news which was published. Thus liability

is avoided and the proof of the news' authenticity is replaced by the duty of its thorough verification, i.e. maintenance of the rule of special care.

The resolution of the Supreme Court of 18th February 2005, which was criticized by the doctrine, abandoned a theory according to which an "objectively untrue" statement is unlawful. Nevertheless, this attitude is in line with the European Court of Human Rights' way of thinking.

Maintenance of special care and reliability while collecting and using press materials by journalists (Art. 12 par. 1 of the media law) excludes the feature of unlawfulness of a journalist action.

Moreover, it should be noticed that proving that charges are right is not always a necessary and independent prerequisite to exclude liability of a person violating personal interests (e.g. in the sphere of privacy).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Barbara Bajor ■

ISTOTA I ZAKRES OBOWIĄZKÓW INFORMACYJNYCH DOSTAWCY USŁUG PŁATNICZYCH

I. Zagadnienia wprowadzające

1. Podstawowym aktem prawnym UE, który reguluje problematykę usług płatniczych jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/64/WE z 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE (zwana dalej dyrektywą)¹. Wskazana dyrektywa stanowi akt prawny ujednolicający zarówno zasady świadczenia usług płatniczych na obszarze UE w oparciu o „paszport europejski”, jak również zasady podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje płatnicze². Postanowienia dyrektywy powinny zostać wdrożone do przepisów wewnętrznych państw członkowskich do dnia 1 listopada 2009³. Do polskiego systemu prawnego zostały implementowane ustawą o usługach płatniczych przyjętą 19 sierpnia 2011 roku (zwana dalej ustawą)⁴.

Dyrektywa (oraz ustawa) zawierają rozwiązania prawne, których celem jest ustanowienie na obszarze Unii ram prawnych dla jednolitego rynku usług

¹ Dz. Urz. L 319, s. 1, 5.12.2007,

² W punkcie 5 preambuły do dyrektywy stwierdza się: „te ramy prawne powinny zapewniać koordynację przepisów krajowych dotyczących wymogów ostrożnościowych, dostęp nowych dostawców usług płatniczych do rynku, wymogi informacyjne, a także odpowiednie prawa i obowiązki użytkowników usług płatniczych i dostawców usług płatniczych”.

³ Art. 94 dyrektywy.

⁴ Dz. U. Nr 199, poz. 1175.

płatniczych. W dyrektywie zostały ujęte, także postanowienia dotychczas zawarte m.in. w dyrektywie 97/5/WE PE i Rady z dnia 27 stycznia 1997r. w sprawie transgranicznych przelewów bankowych, rozporządzenia 2560/2001 PE i Rady z dnia 19 grudnia 2001 r. w sprawie płatności transgranicznych w euro oraz trzech zaleceń Komisji, które dotyczyły problematyki związanej z elektronicznymi usługami płatniczymi⁵.

Na wstępie należy podkreślić, że wskazana w tytule problematyka dotyczy relacji prawnych jakie powstają pomiędzy dostawcą usług płatniczych a każdym użytkownikiem tych usług płatniczych⁶. Tym niemniej dyrektywa (jak i ustawa) zezwala na zmodyfikowanie zakresu obowiązku informowania, w zależności od statusu użytkownika usługi płatniczej. Wskazany obowiązek informowania jest najszerszy wówczas, gdy użytkownikiem usługi płatniczej jest konsument. Pojęcie konsumenta zostało zdefiniowane w dyrektywie i oznacza „osobę fizyczną, która w ramach umów o usługę płatniczą objętą niniejszą dyrektywą, działa w celach innych niż jego działalność handlowa, gospodarcza lub zawodowa”. W ustawie nie zdefiniowano pojęcia konsumenta. W tej sytuacji należy odnieść się do definicji konsumenta zawartej w kodeksie cywilnym⁷. W obrocie profesjonalnym, a więc wówczas, gdy użytkownikiem usługi płatniczej nie jest konsument, strony umowy o usługi płatnicze, mogą zdecydować o odstąpieniu od

⁵ Wymienić należy zalecenie Komisji 87/598/EWG z dnia 8 grudnia 1987 r. w sprawie europejskiego kodeksu właściwego zachowania w zakresie elektronicznych instrumentów płatniczych (dotyczące relacji pomiędzy instytucjami finansowymi, handlowcami i dostawcami usług a konsumentami), zalecenie Komisji 88/590/EWG z dnia 17 listopada dotyczące systemów płatności, w szczególności relacji między posiadaczem a wydawcą karty oraz zalecenie Komisji 97/489/WE z dnia 30 lipca 1997 r. dotyczące transakcji dokonywanych przy użyciu elektronicznych instrumentów płatniczych, a w szczególności związku między wydawcą a posiadaczem.

⁶ Zgodnie z przyjętą terminologią w ustawie o usługach płatniczych użytkownikiem jest „osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, korzystająca z usług płatniczych w charakterze płatnika lub odbiorcy” (art. 2 pkt. 34 ustawy). Z kolei przez płatnika należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną oraz jednostkę organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, składającą zlecenie płatnicze (art. 2 pkt. 22 ustawy). Natomiast odbiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, będąca odbiorcą środków pieniężnych stanowiących przedmiot transakcji płatniczej (art. 2 pkt. 18 ustawy).

⁷ Art. 22 ¹ kc – za konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. „Definicja konsumenta przewidziana w art. 22 ¹ kc ma charakter uniwersalny... Powołany przepis określa pojęcie konsumenta nie tylko na użytek ustawy, w której jest zawarty, ale na użytek całego prawa cywilnego”, E. Łętowska, *Europejskie prawo umów konsumueckich*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 52.

wymogu przekazywania przez dostawcę, informacji w takim zakresie jaki jest przewidziany, gdy tym użytkownikiem jest konsument. W obrocie profesjonalnym węższy zakres obowiązku informowania, odmienny od tego wskazanego w dyrektywie, może być wynikiem porozumienia stron umowy. Tak więc, szeroko ujęty obowiązek dostawcy usług płatniczych, informowania użytkownika tych usług, jest w głównej mierze odniesiony do konsumenta usług płatniczych - osoby fizycznej, która podejmuje czynności prawne nie związane bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą czy zawodową. Warto jednak zwrócić uwagę, że dyrektywa zezwala, aby państwa członkowskie w przepisach krajowych wprowadziły obowiązek informowania, o takim samym zakresie, jak w przypadku relacji z konsumentem, gdy użytkownikiem usługi płatniczej jest mikroprzedsiębiorca.

Podkreślić należy również, że wyłączenie czy też tylko zmniejszenie zakresu obowiązków informacyjnych może nastąpić ze względu na rodzaj wykorzystywanego elektronicznego instrumentu płatniczego czy też wysokość kwot objętych transakcją⁸ i to niezależnie od statusu użytkownika czyli także, gdy jest nim konsument. Możliwość odstąpienia od obowiązku informowania lub ograniczenie obowiązku informowania występuje, ze względu na rodzaj użytego instrumentu płatniczego, wysokość kwoty będącej przedmiotem transakcji, przy kolejnym zastrzeżeniu, że transakcja dokonywana jest w całości na terytorium tylko jednego państwa członkowskiego UE⁹.

Problematyka dotycząca obowiązków informacyjnych dostawców usług płatniczych zostanie w głównej mierze przedstawiona poprzez analizę przyjętych w tym zakresie rozwiązań prawnych. Jej celem jest ustalenie zakresu i charakteru prawnego tych szczególnych obowiązków dostawców usług płatniczych. Analizie poddane zostaną rozwiązania prawne, które określają zakres obowiązków

⁸ Art. 53 dyrektywy wskazuje na możliwość odstąpienia od wymogów informacyjnych w przypadku wykorzystywania w ramach umowy ramowej instrumentów przeznaczonych do dokonywania płatności obejmujących niskie kwoty. Dotyczy to więc instrumentów płatniczych, które zgodnie z umową ramową pozwalają na indywidualne transakcje płatnicze na kwotę nieprzekraczającą 30 euro lub które mają limit wydatków w wysokości 150 euro albo służą do przechowywania środków w kwocie nieprzekraczającej w żadnym momencie 150 euro. Kwoty te mogą ulec podwyższeniu lub obniżeniu w przypadku krajowych transakcji płatniczych, w ujęciu przepisów krajowych, o ile do dokonania transakcji wykorzystywany jest przedpłacony instrument płatniczy.

⁹ Art. 19 ust. 1 wskazuje na kwoty transakcji, które upoważniają do ograniczenia obowiązku informowania (tak jak określono w art. 53 dyrektywy). W świetle art. 19 ustawy ust. 2 wskazane kwoty transakcji płatniczej, które upoważniają do ograniczenia obowiązków informacyjnych mogą zostać w umowie ramowej podwyższone o 100%, jeśli transakcja dokonywana jest w całości na terytorium RP. W przypadku przedpłaconych instrumentów płatniczych, o ile transakcja dokonywana jest w całości na terytorium RP, kwota ta wynosi równowartość w walucie polskiej 500 euro.

informacyjnych dostawców usług płatniczych na przykładzie dyrektywy, mając również odniesienie do przyjętej w sierpniu 2011 roku polskiej ustawy o usługach płatniczych. W ten też sposób możliwe będzie ustalenie istoty i zakresu tych szczególnych obowiązków dostawców usług płatniczych¹⁰.

2. Wskazując na ten szczególny rodzaj obowiązków, które zostały nałożone na dostawców usług płatniczych, należy przede wszystkim podkreślić, że zawarte w dyrektywie rozwiązania prawne stanowią kolejne, przyjmowane w celu realizacji konsumenckich programów wspólnotowych¹¹. Głównie jednak wpisują się one w ramy realizacji jednolitego rynku usług finansowych. Wskazana dyrektywa została bowiem przyjęta jako kolejny akt prawny Planu Działania w zakresie Usług Finansowych (FSAP)¹². Przygotowany przez Komisję w 1999 program działania w swoim głównym założeniu przyjmował zrealizowanie idei jednolitego wewnętrznego rynku usług finansowych, w tym m.in. utworzenie jednolitego rynku usług płatniczych przy zachowaniu wysokiego poziomu ochrony konsumenta tych usług. Zwrócić też należy uwagę na podjętą w 2000 roku inicjatywę europejskich banków. Przygotowany projekt Jednolitego Europejskiego Obszaru Płatniczego (SEPA), zaaprobowany przez Komisję w 2002 roku i włączony do strategii lizbońskiej, przewidywał podjęcie takich działań, które doprowadziłyby do ujednolicenia zasad świadczenia usług płatniczych na obszarze UE. I jak podnosi się „celem zmian ma byćstworzenie systemu, w którym każdy obywatel Unii może łatwo, szybko i tanio dokonać płatności w granicach własnego kraju, jak i w ramach transakcji transgranicznych”¹³. Za-proponowane działania miały zmierzać do zniesienia przeszkód w zrealizowaniu

¹⁰ W szczególności w relacjach z konsumentami, choć - jak zostało to już zasygnalizowane powyżej - obowiązek informowania w przypadku usług płatniczych nie powinien być traktowany jako szczególny wymóg przewidziany tylko w relacjach z konsumentami. Dotyczy zarówno obrotu konsumenckiego, jak i profesjonalnego, przy zastrzeżeniu, że w przypadku obrotu profesjonalnego dyrektywa upoważnia do ograniczenia lub nawet wyłączenia obowiązku informowania.

¹¹ Problematyka ochrony konsumenta podejmowana jest – jak podkreśla się w doktrynie – już od lat 70-tych, zob. E. Łętowska, *Europejskie prawo umów*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 21; J. Jabłońska-Bonca, E. Wieczorek, *Ochrona konsumenta w ustawodawstwie polskim i prawie Unii Europejskiej, Polska w Unii Europejskiej, Perspektywy. Warunki, szanse i zagrożenia*, pod red. C. Mika, Toruń 1997, s. 187.

¹² Włączonego następnie w 2000 roku do strategii lizbońskiej, zob. Communication de la Commission. Mise en oeuvre du cadre d' action pour les services financiers. Plan d' action, COM (1999) 232; J. Bąk, K. Gajewski, *Plan Działania w zakresie Usług Finansowych UE – cele i realizacja*, Prawo bankowe, styczeń 2006, s. 73; L. Oręziak, *Kierunki zmian w funkcjonowaniu rynku finansowego Unii Europejskiej*, Bank i Kredyt, lipiec 2003 r. s. 27.

¹³ *Prace nad dyrektywą w sprawie usług płatniczych*, „Prawo Bankowe”, Z prasy, 2006, nr 4, s. 123

jednolitego rynku usług finansowych¹⁴ i w miejsce zróżnicowanych systemów krajowych państw członkowskich UE, wprowadzić jeden - jednolity na obszarze całej UE. Tym bardziej, że prawidłowe funkcjonowanie jednolitego rynku usług płatniczych - jak podnoszą projektodawcy dyrektywy - ma zasadnicze znaczenie dla zakończenia realizacji jednolitego rynku wewnętrznego¹⁵.

Dyrektywa, ujednolicając zasady świadczenia usług płatniczych na jednolitym rynku usług płatniczych, zaliczana jest również do tych dyrektyw, które chronią - jak podkreśla się w doktrynie - „także” konsumenta¹⁶. W relacjach z profesjonalistą uważa się, że konsument jest podmiotem słabszym, przy tym jednak - jak zakłada się - podejmuje racjonalne i przemyślane decyzje. Przyjmuje się bowiem model konsumenta inteligentnego, który po otrzymaniu odpowiednich informacji na temat przedmiotu umowy jest w stanie podjąć odpowiednią, racjonalną decyzję. Dlatego też, w dyrektywach *stricto* konsumenckich, tak szeroko zostały ujęte obowiązki informacyjne nałożone na kontrahentów konsumentów, jak i w tych, które z racji zawartych postanowień prokonsumenckich, są adresowane „także” (choć nie wyłącznie) do konsumentów.

Występującemu po stronie dostawców usług płatniczych obowiązkowi dostarczania informacji odpowiada po stronie zlecających i korzystających z usług płatniczych - prawo do uzyskania tych informacji. W doktrynie prezentowany jest pogląd, w świetle którego obowiązki informacyjne, które ciążyą na przedsiębiorcach „są przejawem prawa podmiotowego konsumentów do informacji”, a „nie są prostym następstwem obowiązywania ogólnej zasady lojalności (uczciwości) kontraktowej”. Dlatego też „nie można ich sprowadzać wyłącznie do roli elementów poszczególnych stosunków prawnych”¹⁷.

Mając na uwadze powyższe przyczyny nakładania obowiązków informacyjnych na kontrahentów konsumentów, należy podkreślić kolejny aspekt tego zagadnienia. W szczególności zwraca uwagę rola i znaczenie informacji w kształtowaniu współczesnych stosunków, nie tylko prawnych. Coraz częściej wykorzystywane jest pojęcie „społeczeństwa informacyjnego” na określenie „nowej epoki”¹⁸. Społeczeństwa, którego rozwój oparty jest na wiedzy uzyskiwanej

¹⁴ M. Janicka, *Jednolity rynek finansowy Unii Europejskiej – początek kolejnego etapu* – „Zielona Księga”, „BiK”, wrzesień 2005 r., s. 42.

¹⁵ Sprawozdanie w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniającej dyrektywę 97/7/EWG, 200/12/WE i 2002/65/WE, COM (2005) 0603.

¹⁶ Podaję za E. Łętowską, *Europejskie prawo umów konsumenckich*, C.H. Beck, Warszawa, 2004, s. 19.

¹⁷ P. Mikłaszewski, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa, 2008, s. 15 i nast.

¹⁸ J. Papińska-Kacperek, *Nowa epoka – społeczeństwo informacyjne*, (w:) *Społeczeństwo*

dzięki otrzymywaniu informacji w wyniku coraz powszechniejszej możliwości wykorzystania nowoczesnych środków komunikacji na odległość, w tym w szczególności internetu. Informacja stanowi bowiem określone dobro i dzięki niej podmioty współczesnego społeczeństwa uzyskują odpowiednią wiedzę, i mogą (a zasadniczo powinny) świadomie kształtować swoją sytuację prawną. Wypełnienie obowiązków informacyjnych o przedmiocie i warunkach umowy - w każdym przypadku nawiązywania relacji prawnych powinno służyć realizacji zasadniczego celu - pozwoli na świadome kształtowanie sytuacji prawnej przez strony stosunku prawnego. Zwraca jednak uwagę to, że mimo tego, że dostęp do informacji jest w znacznym stopniu ułatwiony dzięki możliwościom, jakie związane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji na odległość, konsument nie zawsze jest „świadomy” jakich informacji ma poszukiwać. Tak więc obowiązek informowania go przez dostawcę usługi płatniczej wskazuje na konieczność „podzielenia się” wiedzą z podmiotem słabszym - nieprofesjonalistą, który z racji nieprofesjonalnego udziału w obrocie nie ma takiego dostępu do informacji lub wiedzy o konieczności ich uzyskania. Jeśli przyjmiemy, że informacja stanowi swoistego rodzaju dobro to obowiązek informowania stanowi wyraz zobowiązania do przeniesienia określonego dobra niemajątkowego.

Należy również podkreślić, że obowiązek informowania kontrahenta o zasadniczych cechach przedmiotu umowy, tradycyjnie zawsze stanowiło wyraz sumienności i lojalności kupieckiej. Znajduje to również wyraz w przyjętych ogólnych warunkach prawa umów (PECL), w których wymienia się m.in. dobrą wiarę czy uczciwość transakcji. Te podstawowe zasady europejskiego prawa umów¹⁹, w szczególności uczciwość transakcji, nie może być realizowana bez zapewnienia rzetelnej informacji na temat przedmiotu czy warunków umowy.

Możliwość uzyskania rzetelnych i jasnych informacji dotyczących przedmiotu i warunków umowy powinno stanowić podstawowy wyznacznik dobrych obyczajów na etapie przedkontraktowym w ramach prowadzonych negocjacji

czeństwo informacyjne, praca zbiorowa pod red. Joanny Papińskiej-Kacperek, Warszawa 2008, s. 13.

¹⁹ Zgodnie z art. 1.102 „strony mogą swobodnie zawierać umowę i kształtować jej treść, z zastrzeżeniem zasad dobrej wiary i uczciwego obrotu oraz postanowień bezwzględnie wiążących zawartych w niniejszych Zasadach”, Art. 1.201 pkt 1. „Każda ze stron powinna postępować zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu”. Z kolei w pkt. 2 „Strony nie mogą obowiązku takiego wyłączyć ani ograniczyć”, zob. *Europejskie prawo umów*, Materiały, tłumaczeni z jęz. angielskiego i francuskiego M.A. Zacharasiwicz, J. Bełdowski „KPP”, 2004, z. 3, s. 801; P. Meuknecht, *Tworzenie zasad europejskiego prawa kontraktów*, „PiP”, 2004, z. 2, s. 39; P. Machnikowski, *Zasady europejskiego prawa umów a przepisy kodeksu cywilnego o zawarciu umowy*, *Transformacje prawa prywatnego*, 2006, nr 3–4, s. 77; M. Boszko, *Plan działania Komisji europejskiej w zakresie Europejskiego prawa umów*, „Transformacje Prawa Prywatnego”, 2006, nr 1, s. 7.

i w momencie zawierania każdej umowy, niezależnie od statusu kontrahentów. Jak podkreśla się w doktrynie „powszechnie uważa się, że strony powinny zachowywać się względem siebie w sposób przyzwoity i lojalny”, a wśród typowych przykładów nagannego zachowania się stron, które prowadzą negocjacje wymienia się odmowę „ujawnienia informacji istotnych dla prowadzenia rokowań albo wykorzystanie uzyskanych wiadomości do własnych celów”²⁰. W przypadku natomiast regulacji prawnej dotyczącej umów konsumenckich - prawo do informacji jawi się jako szczególne uprawnienie konsumenta do uzyskania rzetelnych, przejrzystych informacji, sformułowanych w sposób jasny i zrozumiały, na temat warunków oraz przedmiotu umowy, tak aby podejmowana przez konsumenta decyzja stanowiła jego świadomy wybór. Zgodnie zresztą - jak podkreśla się w literaturze - z utrwaloną już tendencją w prawie prywatnym materialnym do ochrony „słabszej” strony stosunków cywilnoprawnych²¹, jaką jest konsument, czyli osoba fizyczna, która zawiera umowę z profesjonalistą, przedsiębiorcą. Choć jednocześnie zwraca się uwagę, że nadmiar tych informacji, a przy tym mała ich przejrzystość może wręcz przeciwnie, prowadzić do odmiennych rezultatów, niż zamierzony cel ochrony „strony słabszej”. Na ten aspekt należy również zwracać uwagę.

II. Dyrektywa 2007/64/WE w sprawie usług płatniczych - założenia i cel

1. Dyrektywa - jak zostało to już podniesione - zawiera zasady podejmowania i prowadzenia działalności przez nową kategorię instytucji finansowych - instytucje płatnicze, jak też „ustanawia również zasady dotyczące przejrzystości warunków i wymogów w zakresie informowania o usługach płatniczych, a także odpowiednie prawa i obowiązki użytkowników usług płatniczych oraz dostawców usług płatniczych..” (art. 1 ust. 2 dyrektywy)²².

²⁰ Z. Radwański, (w:) *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne - część ogólna*, t.2, pod red. Z. Radwańskiego, s. 351.

²¹ B. Gneta, *Kolizyjnoprawna ochrona konsumenta w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, (w:) *Studia i rozprawy Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Catusowi*, pod red. Andrzeja Janika, Szkoła Główna Handlowa, Warszawa, 2009 r.,

²² Odpowiednio w art. 1 ustawy o up przyjmuje się, że ustawa określa zasady świadczenia usług, w tym: 1) warunki świadczenia usług płatniczych, w szczególności dotyczące przejrzystości postanowień umownych i wymogów w zakresie informowania o usługach płatniczych, 2) prawa i obowiązki stron wynikające z umów o świadczenie usług płatniczych, a także zakres odpowiedzialności dostawców z tytułu wykonywania

Wspomniany powyżej plan FSAP przewidywał trzy podstawowe cele strategiczne. Po pierwsze „stworzenie jednolitego hurtowego rynku przepływu kapitału”. Następnie „stworzenie otwartego i bezpiecznego rynku detalicznego” oraz jako trzeci cel - „wprowadzenie nowoczesnych zasad ostrożnościowych i systemu nadzoru nad rynkiem finansowym”²³. Dyrektywa została więc przyjęta, aby doprowadzić do stworzenia „nowoczesnych i spójnych ram prawnych dla usług płatniczych... tak aby zapewnić równe szanse wszystkim systemom płatności w celu zachowania wyboru dostępnego konsumentom...”²⁴.

W preambule do dyrektywy podkreśla się, że dla realizacji koncepcji jednolitego rynku wewnętrznego, w celu umożliwienia swobodnego przepływu towarów, usług osób i kapitału ogromne znaczenie ma prawidłowe funkcjonowanie jednolitego rynku usług płatniczych. W ramach UE funkcjonowało²⁵ bowiem tyle systemów płatniczych, ile jest państw członkowskich UE. Jak wykazywały badania rynku usług finansowych przeprowadzane przez Komisję, przede wszystkim detaliczne usługi płatnicze (czy szerzej detaliczne usługi finansowe²⁶, a więc w tym również płatnicze) mimo podejmowanych działań w ramach realizacji jednolitego rynku usług finansowych stale mają wymiar lokalny, a nie transgraniczny, jak zakładano w ramach koncepcji realizacji jednolitego rynku wewnętrznego. Ponadto występowały znaczne różnice w zakresie kosztów transakcji realizowanych w wymiarze krajowym a tych realizowanych w wymiarze transgranicznym.

Główne przyczyny takiego stanu rzeczy upatrywano przede wszystkim w występujących różnicach pomiędzy przepisami krajowymi państw członkowskich. Tworzeniu jednolitego rynku usług płatniczych nie sprzyjały również występujące różnice związane z opłatami i kosztami świadczonych usług, w szczególności w wymiarze transgranicznym. Tak więc były to nie tylko bariery natury prawnej ale prawdopodobnie w głównej mierze finansowe. Przy czym taką barierę stanowiły również różnice kulturowe, czy językowe, a nawet zwykłe

usług płatniczych, 3) zasady prowadzenia działalności przez instytucje płatnicze i biura usług płatniczych, w tym za pośrednictwem agentów tych podmiotów oraz zasady sprawowania nadzoru nad tymi podmiotami.

²³ Opracowane przez A. Pilecką, *Financial Services Action Plan - stan realizacji i wpływ na kształt europejskiego rynku finansowego*, „BiK”, styczeń, 2005, s. 25.

²⁴ Zob. punkt 4 preambuły do dyrektywy.

²⁵ Użyty został czas przeszły, z uwagi na to, że termin wdrożenia postanowień dyrektywy do przepisów krajowych już upłynął z dniem 30 listopada 2009. Tak też się stało w większości państw członkowskich.

²⁶ Pojęcie usługi finansowej obejmuje swoim zakresem bankowe usługi bankowe, inwestycyjne usługi finansowe, ubezpieczeniowe usługi finansowe, jak też płatnicze usługi, zob. *Instytucje i usługi finansowe*, pod red. F. Grzegorzcyka i M. Szaraniec, Warszawa, 2010, s. 82.

przyzwyczajenie konsumentów usług płatniczych, którzy preferują korzystanie z lokalnych, znanych im dostawców usług płatniczych, nawet jeśli wykorzystują celem zlecenia usługi płatniczej elektroniczne środki komunikacji na odległość.

Wcześniej przyjęte akty prawne regulowały jedynie wybrane kwestie związane ze świadczeniem usług płatniczych²⁷. Z kolei wdrożenie postanowień dyrektywy pozwoli - jak się zakłada - z jednej strony na rozszerzenie kręgu podmiotów świadczących usługi płatnicze jak też na ujednolicenie zasad świadczenia usług płatniczych. Dotychczas bowiem jedynie instytucje kredytowe (banki) oraz instytucje pieniądza elektronicznego²⁸) uzyskiwały paszport europejski, co pozwalało na podejmowanie działalności na obszarze całej UE bez konieczności uzyskiwania dodatkowych zezwoleń, choć przy zróżnicowaniu samych systemów płatniczych.

W preambule do dyrektywy podkreśla się również, że wprowadzenie jednolitych standardów w zakresie zasad podejmowania i prowadzenia działalności przez dostawców usług płatniczych pozwoli na zrealizowanie kolejnego etapu tworzenia jednolitego rynku usług finansowych w ramach jednolitego rynku wewnętrznego. W tym też celu rozszerzony został krąg dostawców usług płatniczych, uzyskujących paszport europejski o kolejną kategorię - o instytucje płatnicze. Dyrektywa wprowadza bowiem nową kategorię instytucji finansowych.

²⁷ Zob. stwierdzenie w pkt. 2 preambuły do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 924/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie płatności transgranicznych, uchylające rozporządzenie (WE) nr 2560/2001, Dz. Urz. L 266/11 z 9.10.2009. Uchylone rozporządzenie nr 2560/2001 dotyczyło również płatności transgranicznych dokonywanych w euro. Jak podkreśla się w preambule do rozporządzenia 924/2009 „w sprawozdaniu Komisji z dnia 11 lutego 2008 r. w sprawie stosowania rozporządzenia (WE) nr 2560/2001 w sprawie płatności transgranicznych dokonywanych w euro potwierdzono, że dzięki stosowaniu tego rozporządzenia opłaty za płatności transgraniczne w euro zostały skutecznie zmniejszone do poziomu opłat za płatności krajowe, a wyniku rozporządzenia europejski sektor płatności został zachęcony do podjęcia wysiłków koniecznych do stworzenia ogólnospółnotowej infrastruktury w zakresie płatności”.

²⁸ Przyjęta w 2009 roku dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE (Dz. Urz. UE 2009 L 267/7 z 10.10.2009) zmieniła jednak status instytucji pieniądza elektronicznego. W ujęciu uchylonej dyrektywy traktowana była jako instytucja kredytowa, w świetle nowej dyrektywy stała się instytucją finansową. Na temat pojęcia instytucji kredytowej i finansowej zob. E. Fojcik-Mastalska, *Instytucja finansowa i instytucja kredytowa w projekcie nowelizacji prawa bankowego*, „Prawo Bankowe”, 2001, nr 5, s. 19; P. Zapadka, S. Niemierka, *Charakterystyka europejskiego systemu bankowego – zagadnienia instytucjonalno-prawne*, „Bank i Kredyt”, 2003, nr 11–12, s. 29; P. Zapadka, *Definicja legalna instytucji finansowej w polskim systemie prawnym – wybrane zagadnienia*, „Prawo Bankowe”, 2005, nr 9.

instytucje płatnicze, które o ile spełnią wymogi ustanowione dyrektywą uzyskają paszport europejski²⁹ na świadczenie usług płatniczych na całym obszarze UE (podobnie jak instytucje kredytowe czy instytucje pieniądza elektronicznego). Ta nowa kategoria instytucji finansowych pojawiła się również w polskim systemie prawnych wraz z przyjęciem ustawy.

2. W preambule do dyrektywy podkreśla się konieczność ustawowego określenia obowiązków dostawców usług płatniczych w zakresie informowania użytkowników tych usług, „którzy powinni uzyskiwać taki sam, wysoki poziom zrozumiałych informacji o usługach płatniczych, aby mieć możliwość świadomego wyboru i porównywania ofert na terytorium UE”. Jak podnosi się w doktrynie, w przypadku regulacji prawnych kształtujących sytuację prawną konsumenta zasadnicze znaczenie mają dyrektywy. W ich jednak przypadku „... zasadniczym celem jest nie tyle ochrona konsumenta..., ile usuwanie przeszkód w swobodnej cyrkulacji towarów”³⁰. Jak podkreśla się również - „ochrona przez informację jest mniej dotkliwa dla cyrkulacji towarów niż ochrona przez niesymetryczność regulacji treści umowy”³¹.

W przypadku usług płatniczych, informacje jakie winien uzyskać - przede wszystkim konsument usługi płatniczej - w szczególności na etapie przedkontraktowym powinny pozwolić mu na dokonanie świadomego wyboru zarówno usługodawcy, jak i rodzaju usługi, w warunkach pełnej swobody i - co należy podkreślić - na takich samych zasadach w każdym państwie UE. Przy kolejnym założeniu - co zostało już zasygnalizowane - że konsument jest osobą, która po uzyskaniu stosownych informacji i dzięki nim - działając jako osoba rozsądna i świadoma swoich wyborów - może podjąć odpowiednią i racjonalną decyzję.

Regulacje prawne, na mocy których na przedsiębiorców nałożony został szeroko ujęty obowiązek informowania swoich kontrahentów, w szczególności gdy można im przypisać status konsumenta, zawarte zostały w wielu aktach prawnych UE³². Przykładowo wskazać należy na te akty prawne, które określa się mianem dyrektyw konsumenckich, a które regulują problematykę zawierania umów poza lokalem przedsiębiorstwa, umów zawieranych na odległość czy

²⁹ Paszport europejski oznacza, że podmioty podejmujące działalność na podstawie zezwolenia odpowiednich władz państwa pochodzenia, mogą również podejmować działalność na terytorium innych państw UE bez konieczności uzyskiwania dodatkowego zezwolenia.

³⁰ E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 13.

³¹ E. Łętowska, *Prawo umów* s. 15.

³² Na ten temat zob. E. Rutkowska-Tomaszewska, *Naruszenie obowiązków informacyjnych banków w prawie umów konsumenckich*, Warszawa, 2009; P. Miklaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa, 2008.

odnoszących się do szczególnych rodzajów umów, jak umowa o kredyt konsumencki, umowa sprzedaży konsumenckiej, czy umowa o usługi turystyczne. O obowiązkach informacyjnych przedsiębiorców (nie tylko w odniesieniu do umów konsumenckich) mowa jest również w dyrektywie w sprawie handlu elektronicznego³³.

Przyjęta w 2007 roku dyrektywa stanowi więc kolejny unijny akt prawny, który można zaliczyć do kategorii prokonsumenckich. Przy zastrzeżeniu, że w tym jednak wypadku reżimem prawnym regulującym świadczenie usług płatniczych objęto zarówno stosunki nawiązywane przez dostawców usług płatniczych z konsumentami jak i z innymi użytkownikami, czyli wskazane obowiązki dotyczą również obrotu profesjonalnego. Omawiana dyrektywa ma bowiem charakter ujednolicający problematykę świadczenia usług płatniczych. Jest więc aktem prawnym o ogólnym charakterze³⁴.

3. W dyrektywie, jak i w ustawie wyróżniono trzy „etapy”³⁵ w procesie świadczenia usług, które wymagają od dostawcy usług płatniczych udostępnienia konsumentowi stosownych informacji. Będzie to etap przedkontraktowy - wówczas mowa jest o wstępnych informacjach ogólnych (według terminologii przyjętej w dyrektywie). Z kolei w ustawie mowa jest tylko o informacjach, które powinny być udostępnione lub dostarczone zanim dojdzie do zawarcia umowy (można je określić jako informacje przedkontraktowe)³⁶. Następnie wskazuje

³³ Dyrektywa 2003/31/WE PE i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego, Dz. Urz. WE, L 178/1 z 17.07. 2000 r. oraz wspomniane powyżej: dyrektywa 85/577/WE z 20 grudnia 1985 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do umów zawartych poza lokalem przedsiębiorstwa, Dz. Urz. WE, L 372 z 31 12 1985 r., dyrektywa 97/7/EWG z 20 maja 1997 r. w sprawie ochrony konsumentów w przypadku umów zawieranych na odległość, Dz. Urz. WE, L 144 z 4.06.1997 r.; dyrektywa PE i Rady nr 1999/44/WE z 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji; dyrektywa 2002/65/EC PE i Rady z 23 września 2002 r. o świadczeniu usług finansowych na odległość, Dz. Urz. WE L 271 z 9.10.2002, dyrektywa PE i Rady 2008/48/WE z 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę 87/102/EWG, Dz. Urz. UE, L 133 z 22 05 2008.

³⁴ Jednak w przypadku obrotu profesjonalnego - należy przypomnieć - istnieje możliwość, na podstawie porozumienia stron umowy o usługi płatnicze, odstąpienia od tych szczególnych wymagań dotyczących obowiązków informacyjnych.

³⁵ Przyjęta terminologia i wyróżnienie trzech „etapów w procesie świadczenia usług” nie stanowi klasyfikacji legalnej. Została przyjęta na użytek tego opracowania.

³⁶ To rozróżnienie „udostępnienie” lub „dostarczenie” występuje w dyrektywie, jak i ustawie. Jak zostanie to wykazane poniżej – w przypadku pojedynczej transakcji informacje przedkontraktowe winny być udostępnione w chwili złożenia propozycji zawarcia umowy lub pojedynczej transakcji. Z kolei w przypadku umowy ramowej informacje

się na informacje, które przekazywane są w momencie świadczenia usługi oraz informacje, które powinien dostawca usług płatniczych przekazać po spełnieniu świadczenia - w tym wypadku korzystającemu z usługi (odbiorcy usługi)³⁷.

Prezentacja zasad i szczegółowych rozwiązań jakie zawarte zostały w dyrektywie oraz w ustawie, dotyczących obowiązków informacyjnych dostawców usług płatniczych, powinna zostać jednak poprzedzona wskazaniem - przynajmniej w krótkim zarysie - na zakres podmiotowy i przedmiotowy dyrektywy i w konsekwencji ustawy. Wyjaśnienia wymagają bowiem pojęcia dostawcy usług płatniczych oraz instytucji płatniczej - które pojawiły się wraz z przyjęciem dyrektywy 2007/64/WE oraz samo pojęcie usługi płatniczej.

III Zakres podmiotowy i przedmiotowy dyrektywy 2007/64/WE (i ustawy o usługach płatniczych)

1. Wprowadzone przez dyrektywę pojęcie dostawcy usług płatniczych zostało doprecyzowane poprzez wskazanie zamkniętej ich listy. Wydaje się, że nie było jednak intencją ustawodawcy europejskiego wprowadzenie nowej kategorii instytucji finansowej³⁸ - „dostawcy usług płatniczych” - a jedynie poprzez ten zabieg określenie, które podmioty już świadczące usługi płatnicze oraz te, które w świetle dyrektywy będą mogły świadczyć usługi płatnicze uzyskają paszport europejski a więc możliwość świadczenia transgranicznie usług płatniczych (wyłącznie lub też wraz z innymi usługami finansowymi). Podobne rozwiązanie zostało przyjęte w ustawie. Przy czym lista dostawców usług płatniczych wskazuje przede wszystkim na instytucje finansowe, które już funkcjonują na rynku usług finansowych, a więc wśród dostawców usług płatniczych wymienia się banki, instytucje kredytowe, instytucje pieniądza elektronicznego, oddziały podmiotu świadczącego w innym niż RP państwie członkowskim pocztowe usługi płatnicze oraz na Poczte Polską Spółka Akcyjna w zakresie, w jakim odrębne przepisy upoważniają ją do świadczenia usług płatniczych. Następnie wskazuje się na EBC, NBP, centralne banki państw członkowskich - gdy nie działają

przedkontraktowe powinny być dostarczone „w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy ramowej.

³⁷ Przy czym - należy przypomnieć - ten szczególny reżim prawny nakładający na dostawców usług płatniczych obowiązki informacyjne może zostać wyłączony na zgodny wniosek stron umowy, o ile użytkownikiem usług płatniczych nie jest konsument.

³⁸ Przy czym użyte pojęcie instytucji finansowej nie odpowiada temu, jakie jest zdefiniowane w ustawie Prawo bankowe. Użyte pojęcie instytucji finansowych odpowiada doktrynalnemu, ogólnemu pojęciu na wskazanie tych podmiotów, które występują na rynku usług finansowych.

w charakterze władz monetarnych lub organów administracji publicznej. Lista dostawców usług płatniczych wskazuje również na organ administracji publicznej. Do dostawców usług płatniczych ustawa o up zalicza także Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo Kredytowe (oraz Krajową Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową) - czyli instytucje finansowe, które doktryna zalicza do kategorii tzw. parabanków. - a więc do kategorii instytucji finansowych nie mających statusu banku, ale na podstawie upoważnienia ustawowego dokonujących czynności, które określa się w doktrynie jako *stricto bankowe*³⁹. Szczególną jednak uwagę należy zwrócić na nową instytucję finansową⁴⁰ - dyrektywa ustanawia bowiem nową kategorię instytucji finansowych - instytucję płatniczą⁴¹. Przy czym w ustawie mowa jest zarówno o instytucji płatniczej jak i o biurze usług płatniczych. Dlatego mimo, że nie stanowi to głównej problematyki niniejszego opracowania zostanie przybliżone pojęcie instytucji płatniczej, w odniesieniu do funkcjonujących już na rynku usług finansowych, instytucji finansowych.

3.1. Pojęcie instytucji płatniczej,

Stosownie do postanowień dyrektywy podstawowym przedmiotem działalności instytucji płatniczych jest „świadczenie i wykonywanie” usług płatniczych na terytorium UE. W przypadku natomiast pozostałych wymienionych kategorii dostawców usług płatniczych, usługi płatnicze, nie stanowią zasadniczego czy wyłącznego przedmiotu ich działalności⁴². W przypadku instytucji kredytowych, banków, świadczenie usług płatniczych stanowi pochodną działalności podstawowej czyli działalności depozytowo-kredytowej. W przypadku instytucji pieniądza elektronicznego przedmiotem działalności jest - w świetle przepisów ustawy

³⁹ Pojęcie parabanku nie jest rozumiane jednoznacznie. Przyjmuje się, że parabankiem jest taki podmiot, który nie mając statusu banku wykonuje czynności zaliczane do kategorii czynności bankowych, w tym na podstawie upoważnienia ustawowego, np. SKOKi czy instytucje pieniądza elektronicznego), ale są to również te instytucje, które dokonują czynności bankowych sensu largo, a więc tych czynności, które stają się bankowymi, gdy dokonuje je bank (np. instytucje finansowe udzielające pożyczek).

⁴⁰ Na temat pojęcia instytucji finansowej zob. E. Fojcik-Mastalska, *Instytucje finansowe i instytucja kredytowa w projekcie nowelizacji prawa bankowego*, „Prawo bankowe”, 2001, nr 5, s. 19; L. Oręziak, *Rynek finansowy Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 15.

⁴¹ W. Srokosz, *Projektowana regulacja prawna nowej instytucji finansowej - instytucji płatniczej*, „Prawo Bankowe”, wrzesień 2006, s. 94.

⁴² W przypadku instytucji kredytowych, usługi płatnicze stanowią uzupełnienie podstawowej działalności tych instytucji – działalności depozytowo-kredytowej. Z kolei w przypadku instytucji pieniądza elektronicznego – świadczenie usług płatniczych stanowi konsekwencję podstawowej działalności – wydawania i administrowania pieniądzem elektronicznym.

o elektronicznych instrumentach płatniczych⁴³ - „prowadzenie działalności polegającej na wydawaniu do dyspozycji i wykupie pieniądza elektronicznego oraz rozliczanie transakcji dokonywanych przy użyciu instrumentów pieniądza elektronicznego” (art. 2 pkt. 5 ustawy o eip). W tym więc przypadku mamy do czynienia z jednym z przykładów elektronicznych usług płatniczych.

Instytucje płatnicze stanowiącą nową kategorię instytucji na rynku usług finansowych, których przedmiotem działalności może być wyłącznie - należy podkreślić - świadczenie usług płatniczych. W tym celu instytucje płatnicze będą mogły prowadzić rachunki płatnicze, na których będą gromadzone środki pieniężne konieczne dla przeprowadzenia transakcji płatniczej. W ten też sposób na rynku usług finansowych pojawi się nowa kategoria instytucji, które przejmą rynek usług płatniczych, stanowiąc konkurencję wobec działalności banków w sferze elektronicznych usług płatniczych. W ustawie pojawia się również pojęcie hybrydowej instytucji płatniczej oraz hybrydowego biura usług płatniczych⁴⁴.

Instytucje płatnicze, aby móc realizować zlecane im usługi płatnicze - np. polecenie zapłaty, polecenie przelewu - będą mogły prowadzić rachunki płatnicze, na które przekazywane będą środki pieniężne konieczne dla przeprowadzenia transakcji. W świetle definicji zawartej w ustawie rachunek płatniczy stanowi „rachunek prowadzony dla jednego lub większej liczby użytkowników służący do wykonywania transakcji płatniczych, przy czym, przez rachunek płatniczy rozumie się także rachunek bankowy oraz rachunek członka spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, jeżeli rachunki te służą do wykonywania transakcji płatniczych”. Należy również wskazać, że możliwość prowadzenia rachunku płatniczego przez instytucje płatnicze jest przewidziana w przypadku zawarcia tzw. umowy ramowej. Umowa taka powinna w swojej treści zawierać postanowienia określające zasady świadczenia w przyszłości pojedynczych transakcji oraz warunki otwarcia rachunku płatniczego. Instytucje płatnicze będą mogły również udzielać pożyczek służących wykonaniu transakcji płatniczej (kredyt płatniczy) - wyłącznie w celu świadczenia usług płatniczych. Taka pożyczka nie może jednak być udzielona na okres dłuższy niż 12 miesięcy, jak też musi pochodzić ze środków własnych instytucji płatniczej⁴⁵.

Mając na uwadze powyższe rozwiązanie, należy jednak zwrócić uwagę

⁴³ Ustawa o usługach płatniczych zmodyfikowała w znacznym zakresie ustawę o elektronicznych instrumentach płatniczych. Pozostawione jednak zostały w niej m.in. rozwiązania regulujące powstanie i funkcjonowanie instytucji pieniądza elektronicznego.

⁴⁴ W świetle ustawy o up są to instytucje, które oprócz usług płatniczych wykonują również inną działalność gospodarczą.

⁴⁵ Pożyczka nie może być udzielana ze środków pieniężnych otrzymanych lub przechowywanych w celu wykonania transakcji płatniczej.

na pewne niebezpieczeństwo. Zasadniczym założeniem jest, że środki pieniężne użytkownika, które będą przekazywane na rachunek płatniczy prowadzony przez instytucje płatniczą - nie mogą być traktowane jako depozyty⁴⁶ (środki pieniężne przekazywane na rachunek płatniczy prowadzony przez instytucje płatniczą są jedynie po to, aby można było zrealizować transakcje płatnicze, przewidziane w umowie ramowej). Pojawia się jednak zasadnicza wątpliwość czy jednak nie staną się w rzeczywistości quasi rachunkami bankowymi⁴⁷, choć bez tych gwarancji jakie są zapewnione wraz z prowadzeniem rachunku bankowego przez instytucje kredytowe⁴⁸ i uprawnieniami wynikającymi z zawartej umowy dla posiadacza rachunku bankowego. Środki pieniężne otrzymywane przez instytucje płatnicze i umieszczane na rachunkach płatniczych - tak jak stwierdza się w dyrektywie i potwierdza w ustawie - nie stanowią depozytów w rozumieniu dyrektywy 2006/48/WE⁴⁹ i nie mogą być tak traktowane. Działalność depozytowo-kredytowa jest bowiem zastrzeżona tylko dla tych podmiotów, które po spełnieniu określonych w dyrektywie 2006/48/WE (ustawie Prawo bankowe) wymogów uzyskają status instytucji kredytowych. I o ile monopol banków/instytucji kredytowych w zakresie działalności kredytowej jest podważany jako nieuzasadniony, ale przede wszystkim łatwy do ominięcia, poprzez wykorzystanie innych instytucji prawa cywilnego np. pożyczki, depozytu nieprawidłowego, tak w odniesieniu do działalności depozytowej już te wątpliwości są znacznie

⁴⁶ Zgodnie z art. 7 ustawy ust. 1 „Środki pieniężne otrzymywane przez instytucje płatnicze... nie stanowią depozytu ani innych podlegających zwrotowi środków w rozumieniu art. 726 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny”. Podkreśla się również, że instytucje płatnicze nie mogą prowadzić działalności polegającej na przyjmowaniu depozytów lub innych środków podlegających zwrotowi w rozumieniu ustawy Prawo bankowe. Środki te nie mogą być oprocentowane ani nie mogą przynosić żadnych innych pożytków.

⁴⁷ Pewne wątpliwości co do charakteru prawnego rachunku płatniczego pojawiają się w literaturze m.in. francuskiej, zob. Laetitia de Pellegars, *Applications de la DSP. Le compte de paiement*, Banque et Droit, nr 134, 2010, s. 14.

⁴⁸ Banki – instytucje kredytowe objęte są systemem gwarantowania depozytów. Jak wskazuje się w doktrynie ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, wprowadzając tę instytucję, która wspiera bankowy nadzór – podkreśla się, że „jej podstawowym celem jest ochrona wierzycieli deponentów z tytułu środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach bankowych podmiotów objętych ustawowym systemem gwarantowania”, L. Góral, (w:) *Polskie prawo bankowe*, L. Góral, M. Karlikowska, K. Koperkiewicz-Mordel, Warszawa, 2003, s. 223.

⁴⁹ Dyrektywa 2006/48/WE w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe, potwierdza monopol instytucji kredytowych (banków) na prowadzenie działalności depozytowo-kredytowej, Dz. Urz. L 177, s., 1 z 30.06.2006.

mniejsze lub wręcz podnosi się słuszność takiego rozwiązania⁵⁰. Zasadniczą więc kwestią jest czy nie dojdzie do zatarcia granicy pomiędzy rachunkiem bankowym (na którym deponowane są środki pieniężne posiadacza rachunku) a rachunkiem płatniczym prowadzonym przez instytucje płatnicze, na który również przekazywane są środki pieniężne użytkownika.

W konsekwencji wdrożenia postanowień dyrektywy na europejskim rynku usług finansowych pojawią się więc nowe instytucje finansowe, których działalność stanie się konkurencyjną dla działalności banków - instytucji kredytowych. Niewątpliwie dotychczas to banki w większości przypadków świadczyły usługi płatnicze, w tym elektroniczne usługi płatnicze z wykorzystaniem kart płatniczych i instrumentów pieniądza elektronicznego. W wyniku wdrożenia dyrektywy – taki stan rzeczy powinien ulec zmianie. Przynajmniej zostanie prawnie udostępniona taka możliwość. Przy czym wymogi jakim podlegają banki - instytucje kredytowe, nadzór ostrożnościowy jaki jest sprawowany nad działalnością banków powodował, że często podkreśla się, że są to instytucje zaufania publicznego. Dlatego też projektodawcy dyrektywy przewidują, że również instytucje płatnicze podlegać powinny nadzorowi odpowiedniego organu nadzoru finansowego (zgodnie z ustawą - będzie to KNF) a podjęcie działalności polegającej na świadczeniu usług płatniczych wymagać będzie uzyskania odpowiedniego zezwolenia, po spełnieniu określonych postanowieniami dyrektywy wymagań⁵¹. Świadczenie usług płatniczych - przy rozszerzonym kręgu podmiotów mogących prowadzić tego rodzaju działalność - stanie się więc działalnością reglamentowaną⁵².

W odniesieniu do formy prawnej instytucji płatniczej, dyrektywa nie wprowadza szczególnych wymogów. Z kolei z treści przepisów ustawy można

⁵⁰ Na temat oceny regulacji art. 5 ust. 1 ustawy Prawo bankowe – zob. S. Szuster, M. Wyrwiński. (w:) *Prawo bankowe*, komentarz, tom 1, pod red. F. Zolla, Zakamycze, 2005 s. 103 oraz wskazana tam literatura. A. Janiak stwierdza, że przyznanie bankom możliwości prowadzenia działalności depozytowej należy jednak uznać za w pełni uzasadnione. Przemawiają za tym względy bezpieczeństwa depozytów oraz potrzeba ochrony interesów deponentów”, *Przywileje bankowe w prawie polskim*, Zakamycze 2003, s. 75.

⁵¹ Wniosek o udzielenie zezwolenia na działalność w charakterze instytucji płatniczej wymaga m.in. przedstawienia programu działalności, posiadania odpowiedniego kapitału zakładowego, zapewnienia niezależnie od wymogu posiadania kapitału zakładowego posiadania funduszy własnych, których wysokość obliczana jest według jednej z metod określonych w dyrektywie – zob. art. 5 i 8 dyrektywy oraz odpowiednio art. 61 i 64 ustawy.

⁵² Przy czym działalność biur usług płatniczych jest w świetle ustawy o up działalności regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej – art. 118 ust. 1 Działalność biur usług płatniczych może być wykonywana wyłącznie na terytorium RP, po uzyskaniu wpisu do rejestru. Należy też podkreślić, że działalność biur usług płatniczych podlega nadzorowi sprawowanemu przez KNF.

wywnioskować, że musi to być osoba prawna, spółka akcyjna lub z ograniczoną odpowiedzialnością⁵³.

2. Pojęcie usługi płatniczej

Mając na uwadze rozwiązania zawarte w dyrektywie wskazać należy na listę usług płatniczych zawartą w załączniku do dyrektywy. W artykule 4 pkt. 3 dyrektywy wskazuje się bowiem, że „usługa płatnicza oznacza wszelką działalność gospodarczą wymienioną w załączniku”⁵⁴. Tak też przyjęto w ustawie. W art. 3 ustawy zawarto listę usług, które należy traktować jako usługi płatnicze w rozumieniu ustawy. Tak więc będą to m.in. transakcje dokonywane z użyciem elektronicznych instrumentów płatniczych, dokonywanie przekazów pieniężnych, wykonywanie na rachunek płatniczy dostawcy usługi płatniczej poleceń przelewu, w tym stałych zleceń, poleceń zapłaty, jak również wykonywanie transakcji, w przypadku których zgoda płatnika udzielana jest przy użyciu urządzenia telekomunikacyjnego lub elektronicznego a płatność przekazywana jest operatorowi systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operatora sieci, działającemu jako pośrednikowi pomiędzy użytkownikiem a odbiorcą świadczenia wzajemnego⁵⁵. Zwraca uwagę to, lista usług finansowych objętych pojęciem „usługi płatnicze” jest obszerna. Obejmuje usługi, które dotychczas były świadczone przez wybrane podmioty (np. emisja pieniądza elektronicznego), ale też te usługi – jak np. przekazy środków pieniężnych – które mogły być dokonywane dotychczas przez tzw. instytucje finansowe nie mające określonego ustawowo statusu ani nie podlegające nadzorowi KNF. Z kolei w artykule 6 ustawy zawarta została lista czynności, co do których przepisy ustawy nie mają zastosowania⁵⁶. Wśród nich wymienia się m.in. transakcje płatnicze dokonywane z wykorzystaniem czeków, weksli, znaków legitymacyjnych, czeków podróżnych, wymianę

⁵³ Art. 60 ust. 2 „Zezwolenie może być wydane osobie prawnej z siedzibą na terytorium RP, na jej wniosek”, art. 61 wskazuje, że do wniosku dołącza się m.in.: statut, akt założycielski albo umowę spółki (pkt. 2).

⁵⁴ Przy czym w art. 3 dyrektywy zawarto listę transakcji, co do których jej postanowienia nie mają zastosowania. I tak będą to m.in. transakcje płatnicze dokonywane gotówkowo, następnie transakcje oparte na dokumentach papierowych, takich jak чеки, weksle czy vouchery, czy też transakcje wymiany walutowej, w przypadku gdy środki nie są przechowywane na rachunku płatniczym. W dyrektywie zawarto również definicję transakcji płatniczej i stosownie do art. 3 pkt. 5 – „transakcja płatnicza oznacza działanie zainicjowane przez płatnika lub odbiorcę, polegające na lokowaniu, transferze lub wycofaniu środków, niezależnie od rodzaju pierwotnych zobowiązań między płatnikiem a odbiorcą”.

⁵⁵ W ten sposób przesądza się, że telefon komórkowy może być użyty jako elektroniczny instrument płatniczy.

⁵⁶ Lista opracowana na podstawie art. 3 dyrektywy.

walutową z gotówki na gotówkę bez pośrednictwa rachunku płatniczego, transakcję płatnicze dokonywane wyłącznie w gotówce bezpośrednio między płatnikiem a odbiorcą.

IV. Informacja jako przedmiot obowiązków dostawców usług płatniczych w świetle dyrektywy i ustawy o usługach płatniczych

1. Charakter prawny obowiązków informacyjnych dostawców usług płatniczej,

Jak już zostało to podniesione, w dyrektywie i odpowiednio w ustawie, wyróżnia się trzy grupy informacji. Po pierwsze, są to „wstępne informacje ogólne”, które powinien uzyskać użytkownik usługi płatniczej zanim umowa stanie się dla niego wiążąca. W tym wypadku można określić je jako przedkontraktowe obowiązki informacyjne. Następnie są to informacje, które przekazywane są płatnikowi⁵⁷ po otrzymaniu zlecenia płatniczego. Z kolei po dokonaniu transakcji są to informacje, które przekazywane są odbiorcy przez dostawcę usług płatniczych odbiorcy.

Informacja jako przedmiot zobowiązania przedsiębiorcy może przybierać postać świadczenia głównego lub tak jak ma to miejsce w przypadku usług finansowych - świadczenia ubocznego, uzupełniającego zobowiązanie główne. Trzeba jednak podkreślić, że najbardziej rozbudowany co do zakresu treści określony został obowiązek przekazywania informacji przedkontraktowych (wstępnych, ogólnych - według terminologii dyrektywy) - zanim dojdzie do zawarcia umowy. Mając na uwadze tradycyjne pojmowanie istoty obowiązków informacyjnych przedkontraktowych, których przekazanie przyszłemu kontrahentowi, powinno nastąpić jako wyraz dobrych obyczajów kupieckich, w przypadku omawianej dyrektywy, podobnie jak w innych tzw. dyrektywach konsumenckich, przedkontraktowym obowiązkiem informacyjnym - co należy podkreślić - nadano wiążący charakter prawny. Zobowiązanie do udzielenia tych informacji znajduje swoją podstawę w normie prawnej, która określa w sposób kazuistyczny zakres informacji, które powinien uzyskać kontrahent dostawcy usług płatniczych - zanim umowa stanie się wiążąca. Tak więc niedochowanie tego obowiązku nie stanowi

⁵⁷ Zgodnie z art. 4 pkt. 7 dyrektywy, płatnik oznacza osobę fizyczną lub prawną, która jest właścicielem rachunku płatniczego i składa zlecenie płatnicze z tego rachunku płatniczego, lub w przypadku, gdy rachunek płatniczy nie istnieje – osoba fizyczna lub prawna, która składa zlecenie płatnicze”. Ustawa o up przyjmuje, że płatnikiem jest osoba fizyczna, osoba prawna orz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, składająca zlecenie płatnicze.

jedynie naruszenia dobrych obyczajów i uczciwości kupieckiej na etapie przedkontraktowym. Obowiązki dostawcy usług płatniczych odpowiada konsumentowi prawo do żądania tych informacji w oparciu o normę prawną. Naruszenie tego obowiązku skutkuje powstaniem – określonych w dyrektywie – sankcji prawnych⁵⁸.

Jak zostało to już podkreślone w przypadku usług płatniczych, obowiązki informacyjne dostawcy usług płatniczych przybierają postać świadczenia ubocznego, związanego z przedmiotem zobowiązania zasadniczego - akcesoryjnego. Przy czym - należy podkreślić - niespełnienie świadczenia ubocznego może nie mieć wpływu na prawidłowe wykonanie przez dostawcę usług płatniczych, świadczenia głównego. Tym niemniej może rodzić określone skutki prawne, z powodu nie wywiązania się z obowiązku dostarczenia stosownych informacji, nawet jeśli doszło do należytego wykonania świadczenia zasadniczego. Należy więc przede wszystkim ustalić skutki prawne niewypełnienia obowiązku informowania mimo należytego spełnienia świadczenia głównego.

Powstaje też zasadnicze pytanie o podstawy odpowiedzialności i o zakres odpowiedzialności, podmiotu zobowiązanego do udzielenie informacji. Aby można było ustalić powyższe trzeba ustalić istotę i charakter prawny obowiązków informacyjnych. Jak zostało to już wskazane w przypadku usług płatniczych, obowiązki informacyjne dostawców usług płatniczych stanowią wynikające z normy prawnej zobowiązanie do przekazania określonych informacji na różnych „etapach” świadczenia usługi płatniczej. Zakres obowiązku informowania uzależniony jest od „etapu” wykonania zasadniczego zobowiązania dostawcy - czyli świadczenia usługi płatniczej. Przy zastrzeżeniu, że obowiązek ten, powstaje już, zanim dojdzie do sprecyzowania zobowiązania głównego.

Należy podkreślić, że podstawą obowiązku przekazania informacji jest norma prawna a nie zobowiązanie o charakterze względnym - umowa. Tak więc, zobowiązanie do informowania nie powstaje bowiem taka była wola stron umowy, ale taka była wola ustawodawcy. W tym jednak wypadku, aby powstał zindywidualizowany obowiązek informowania musi dojść do zawarcia umowy. Konkretyzacja obowiązku dostawcy usług płatniczych nastąpi wówczas, gdy dojdzie do zawarcia umowy. Wówczas kontrahent dostawcy usługi płatniczej - użytkownik uzyska roszczenie, na mocy którego będzie mógł żądać przekazania mu określonych ustawowo informacji. Trzeba jednak w szczególności podkreślić, że obowiązek informowania powstaje już na etapie przedkontraktowym. W tym wypadku obowiązek dostarczenia informacji wstępnych ogólnych (według

⁵⁸ E. Wójtowicz, *Problem sankcji za uchybienie przedkontraktowym obowiązkom informacyjnym w umowach konsumenckich w prawie polskim na tle ostatnich tendencji w prawie unijnym*, „Rejent”, 2010, nr 10, s. 94.

terminologii dyrektywy), stanowiąc ustawowe zobowiązanie dostawcy usług płatniczych, powinien zostać spełniony zanim dojdzie do zawarcia umowy. Określone ustawowo informacje powinny być przekazane (lub tylko udostępnione w przypadku pojedynczych transakcji) w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy. Potencjalny użytkownik może oczekiwać, że przed zawarciem umowy uzyska te informacje. Jednak - należy to również podkreślić - wypełnienie obowiązku informacyjnego w zakresie informacji wstępnych (przedkontraktowych) po stronie dostawcy, nie rodzi obowiązku zawarcia umowy, po stronie potencjalnego użytkownika usługi płatniczej. Z kolei naruszenie obowiązku przekazania informacji przed zawarciem umowy, może rodzić ustawowo określone konsekwencje wobec dostawcy usług płatniczych, mimo zawarcia umowy i należytego wykonania świadczenia głównego.

Wobec powyższego powstaje zasadnicza kwestia czy naruszenie obowiązku informacyjnego może być uznane za niewykonanie zobowiązania dostawcy i prowadzić do odpowiedzialności kontraktowej. Czy też w przypadku naruszenia obowiązków informacyjnych przedkontraktowych dostawca ponosi odpowiedzialność w oparciu o przepisy o czynach niedozwolonych. Zwrócić jednak należy uwagę, że niedopełnienie obowiązku informacyjnego stanowi naruszenie reguł postępowania, które zostały określone w przepisach ustawy i do naruszenia którego dojdzie przed zawarciem umowy (w przypadku informacji przedkontraktowych), chociaż konsekwencje prawne powstaną tylko wówczas, gdy umowa zostanie zawarta⁵⁹. Wówczas dojdzie do naruszenia ustawowego obowiązku informowania. Czy wobec powyższego, w wypadku naruszenia obowiązku informowania, przez dostawcę usług płatniczych można w dalszym ciągu mówić o cywilnoprawnych podstawach odpowiedzialności⁶⁰. Dochodzi bowiem do naruszenia obowiązku mającego swoją podstawę w normie prawnej, ale warunkiem koniecznym powstania tej odpowiedzialności, jest zawarcie umowy.

Przyjmuje się że, wyrządzenie szkody nagannym działaniem w związku z czynnościami, które podejmowane były w procesie zawierania umowy, do zawarcia, której nie doszło z winy jednej ze stron, może kreować odpowiedzialność

⁵⁹ Założyć należy również to, że profesjonalista nie mógł wiedzieć o ustawowym obowiązku informowania konsumenta przewidzianym w ustawie o usługach płatniczych.

⁶⁰ Na tę kwestię – na trudność w ustaleniu charakteru prawnego tego rodzaju obowiązków, jak też sankcji w razie niewykonania tych obowiązków zwraca uwagę M. Krajewski, *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań - część ogólna*, tom 5, pod red. E. Łętowskiej, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 706; zob. również E. Łętowska, *Prawo europejskie inspiracją dla dogmatyki prawa cywilnego*, „SP”, 2001, nr 3–4, s. 195.

z tytułu culpa in contrahendo⁶¹. Nielojalne zachowanie się stron w procesie negocjacji - jak podkreśla się w doktrynie - oceniane powinno być na podstawie ogólnych zasad odpowiedzialności deliktowej⁶². Przy czym odpowiedzialność z tego tytułu powstaje, gdy nie dojdzie do zawarcia umowy, ale również - choć jest to dyskusyjne - gdy dojdzie do zawarcia umowy. Jak uważa się - nie można wykluczyć przypadków, gdy wina w kontraktowaniu może również polegać „na naruszeniu odpowiednich zobowiązań określonych w umowie”⁶³. Można też zastanowić się czy w przypadku pozostałych informacji, które powinien dostawca dostarczyć już po zawarciu umowy ramowej (przed i po zrealizowaniu pojedynczych transakcji) dojdzie do zmiany podstawy odpowiedzialności (nie są to bowiem obowiązki informacyjne przedkontraktowe).

Zwrócić należy też uwagę, że w doktrynie wskazuje się na koncepcję, zgodnie z którą przyjmuje się „podwójną deliktowo-kontraktową naturę” ubocznych obowiązków - do których można zaliczyć obowiązek informowania. Tego rodzaju uboczne obowiązki, mające ułatwić spełnienie świadczenia głównego, pomagają doprowadzić do „zaspokojenia interesu wierzyciela”. Jak podnosi się w doktrynie „kategoria obowiązków ubocznych (Nebenleistungspflichten) pojawiła się w doktrynie niemieckiej, oznaczając wszystkie obowiązki, które służą przygotowaniu, przeprowadzeniu i zabezpieczeniu świadczenia, w szczególności obowiązki informacyjne”⁶⁴.

Przyjęcie powyższej koncepcji mogłoby rozwiązać wątpliwości, przynajmniej co do oceny podstawy odpowiedzialności dostawcy usług płatniczych w przypadku uchybienia obowiązkom informacyjnym. Tym bardziej, że nie wyklucza się zbiegu roszczeń z tytułu niewykonania zobowiązania i odpowiedzialności deliktowej⁶⁵.

Kolejną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, to problem ustalenia skutków prawnych niedochowania obowiązków informacyjnych. W tym zakresie dyrektywy konsumenckie przewidują już różne rozwiązania. W takim wypadku można przyznać konsumentom określone uprawnienia np. prawo odstąpienia od umowy bez żadnych konsekwencji finansowych w dłuższym terminie niż ten jaki jest przewidziany dla każdego stosunku nawiązanego z konsumentem

⁶¹ Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, tom 2, pod red. Z. Radwańskiego, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 352; P. Granecki, *Culpa in contrahendo*, „PPH”, 2001, nr 3, s. 9.

⁶² Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, tom 2, jw.

⁶³ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 128

⁶⁴ F. Zoll, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, tom 6, pod red. A. Olejniczaka, Supplement, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 136.

⁶⁵ Art. 443 kc; zob. na temat zbiegu roszczeń, M. Safjan, *Kodeks cywilny*, Komentarz, tom I, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 1997, s. 885.

(takie rozwiązanie zostało przewidziane np. dla umów zawieranych na odległość, czy poza lokalem przedsiębiorstwa).

W omawianej dyrektywie, mając na uwadze konsekwencje niedochowania obowiązków informacyjnych, przyjęto rozwiązanie, w świetle którego rodzaj i zakres konsekwencji prawnych określą przepisy wewnętrzne każdego państwa członkowskiego. Dyrektywa przewiduje bowiem, że państwa członkowskie ustanawiają przepisy dotyczące sankcji mających zastosowanie w przypadku naruszenia przepisów krajowych przyjętych zgodnie z niniejszą dyrektywą⁶⁶.

W ustawie przyjęto następujące rozwiązanie. W przypadku, gdy dostawca usług płatniczych nie wywiąże się z obowiązku udostępnienia określonych w przepisach informacji, wówczas „użytkownik jest zwolniony z obowiązku uiszczenia opłat”⁶⁷. W tym wypadku stosuje się rozwiązanie, które ma zastosowanie w przypadku pomniejszenia kwoty transakcji o należne opłaty, co stanowi również praktykę niedozwoloną przy dwóch jednak odstępstwach⁶⁸. Ustawa nakazuje wówczas zwrócenie pobranych opłat, które pomniejszyły wysokość kwoty będącej przedmiotem transakcji. Tak więc nie wywiązanie się z obowiązku przekazania informacji może prowadzić do powstania po stronie użytkownika usługi płatniczej, roszczenia o zwrot uiszczonych opłat (ale tylko wówczas, gdy dojdzie do zawarcia umowy i wykonania zasadniczego zobowiązania). Zakres odszkodowania z powodu niewywiązania się z obowiązku informowania przez dostawcę, odpowiada wysokości uiszczonych przez użytkownika opłat (które zostały pobrane w związku z wykonaniem zobowiązania głównego - usługi płatniczej). Wysokość opłat ustalana jest przez dostawcę usług płatniczych. Tak więc dostawca niewywiązując się z obowiązku informowania, może przewidzieć wysokość odszkodowania.

Można rozważyć czy przewidziane w ustawie rozwiązanie, pozwalające ustalić wysokość odszkodowania, nie odpowiada istocie prawnej kary umownej, na wypadek niewykonania przez dostawcę zobowiązania przekazania określonych informacji (której wysokość ustalana jest przez dostawcę). Ta koncepcja również budzi wiele wątpliwości. Choć w tym wypadku realizowana być mogła jedna z funkcji kary umownej - stymulująca do prawidłowego wykonania zobowiązania⁶⁹.

⁶⁶ Art. 81 ust. 1 dyrektywy.

⁶⁷ Art. 22 ust. 4 ustawy.

⁶⁸ Dopuszczalne są jedynie potrącenia tych opłat, które zostały przewidziane w umowie zawartej pomiędzy odbiorcą i jego dostawcą, jak również te, które wynikają z zobowiązań podatkowych. Wówczas jednak dostawca powinien podać w informacji o transakcji płatniczej – informację wskazującą na pełną kwotę transakcji płatniczej oraz na wysokość pobranych opłat – art. 52 ust. 2 ustawy.

⁶⁹ P. Drapała, wskazując na funkcje kary umownej, zwraca uwagę na stymulacyj-

Należy też podkreślić, że - stosownie do postanowień dyrektywy (i ustawy) - na dostawcy usług płatniczych spoczywa obowiązek przeprowadzenia dowodu, że spełnił swoje obowiązki informacyjne. Tak więc, to nie użytkownik jako dochodzący zwrotu pobranych opłat z tytułu nie udostępnienia mu informacji, ma wykazać, że nie został poinformowany, ale dostawca usług płatniczych, że należycie wypełnił swój obowiązek. Co stanowi odwrócenie podstawowej zasady, stosownie do której to na poszkodowanym, dochodzącym odszkodowania spoczywa dowód wykazania niewykonania świadczenia przez dłużnika⁷⁰.

2. Zakres obowiązków informacyjnych dostawcy usług płatniczych

W pierwszej kolejności mowa jest o wstępnych informacjach ogólnych (określanych powyżej również jako informacje przedkontraktowe)⁷¹. Następnie dyrektywa wskazuje na informacje, które winny zostać udostępnione płatnikowi po otrzymaniu zlecenia płatniczego przez dostawcę usług płatniczych. Z kolei po dokonaniu transakcji dyrektywa, nakłada na dostawcę usług płatniczych odbiorcy transakcji płatniczej obowiązek przekazania odbiorcy określonych informacji. Zwrócić należy również uwagę na wymagania jakie stawia dyrektywa w odniesieniu do sposobu przekazywania informacji, który z kolei jest uzależniony od sposobu zlecenia transakcji płatniczej.

W ustawie (stosownie do postanowień dyrektywy) dokonano również rozróżnienia na pojedyncze transakcje płatnicze oraz na te, które dokonywane są w ramach umowy ramowej. Przy założeniu, że o ile określone informacje zostały przekazane użytkownikowi przy okazji zawarcia umowy ramowej, nie jest konieczne ponowne ich przekazywanie w przypadku zlecenia pojedynczych transakcji płatniczych.

Mając na uwadze rozwiązania przyjęte w dyrektywie oraz ustawie trzeba zwrócić uwagę na zakres obowiązków informacyjnych dostawców usług płatniczych w przypadku pojedynczych transakcji, a następnie na zakres tych obowiązków w przypadku transakcji dokonywanych w ramach zawartej umowy ramowej - przy uwzględnieniu również „etapu” transakcji płatniczej. Przy czym zasadniczy trzon informacji powinien być dostarczony przed zawarciem umowy.

ne oddziaływanie zastrzeżenia kary umownej na prawidłowe wykonanie zobowiązania, *System Prawa Prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, tom 5, pod red. E Łętowskiej, CH. Beck, Warszawa, 2006, s. 956.

⁷⁰ Z. Radwański, M. Zieliński, *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, tom 1, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 413.

⁷¹ W dyrektywie zostały one enumeratywnie wymienione w art. 37 w przypadku pojedynczej transakcji lub w art. 42 w przypadku transakcji realizowanych w ramach umowy ramowej, natomiast w ustawie są to przepisy zawarte w artykułach – dla pojedynczej transakcji w art. 23 oraz w przypadku umowy ramowej przede wszystkim w art. 27.

Podkreślić również należy, że dostawca usług płatniczych nie może pobierać żadnych opłat z tytułu dostarczania informacji, chyba że ich zakres przekroczy ten ustawowo określony lub też na wniosek użytkownika będą one przekazywane z większą częstotliwością niż przewidują rozwiązania dyrektywy (analogicznie przyjmuje ustawa).

2.1. Wstępne informacje ogólne

Wstępne informacje ogólne - zgodnie z założeniami dyrektywy - udostępniane są przez dostawcę usług płatniczych przed zawarciem umowy - dyrektywa wskazuje bowiem, że zanim umowa o pojedynczą transakcję lub oferta dotycząca pojedynczej transakcji stanie się wiążąca, dostawca usług płatniczych powinien udostępnić użytkownikowi - w łatwo dostępny sposób - informacje i warunki pozwalające na prawidłowe wykonanie zlecenia. W przypadku pojedynczej transakcji płatniczej dyrektywa wskazuje na cztery zasadnicze grupy informacji jakie winien udostępnić dostawca usług płatniczych - w ramach tzw. wstępnych informacji ogólnych. Do nich zalicza się przede wszystkim informacje o należnych dostawcy opłatach (wraz z wyszczególnieniem kwot wszelkich opłat), następnie dostawca powinien wskazać na kurs walutowy, który ma zostać zastosowany do transakcji płatniczej. Istotną informacją jest ta, która wskazuje na maksymalny czas wykonania świadczonej usługi. Użytkownikowi powinny także zostać wskazane informacje lub unikatowy identyfikator, który pozwoli mu na prawidłowe zlecenie i doprowadzenie do wykonania usługi płatniczej.

Innego rodzaju informacje - dotyczące m.in. dostawcy usług płatniczych, samej usługi płatniczej, sposobu komunikowania się, środków ochronnych i naprawczych czy też określających zasady wprowadzania zmian i możliwości wypowiedzenia umowy ramowej, powinny być dostarczane obligatoryjnie, gdy dochodzi do zawarcia umowy ramowej, a jedynie fakultatywnie, gdy następuje to w przypadku pojedynczej transakcji. W tym drugim bowiem przypadku powinny zostać dostarczone - zgodnie z postanowieniami dyrektywy - „w łatwo dostępny sposób” i o ile zażąda tego użytkownik usług płatniczych. Natomiast w przypadku umowy ramowej wskazane informacje powinny być dostarczone użytkownikowi. W przypadku umów ramowych zakres informacji został znacznie rozszerzony mając na uwadze to, że w wyniku zawarcia umowy ramowej dochodzi do zawiązania stosunku prawnego o trwalszym charakterze niż ma to miejsce przy pojedynczej transakcji. Dlatego też przyjęto, że w okresie obowiązywania umowy ramowej, użytkownik ma prawo żądać w każdym czasie udostępnienia mu informacji oraz postanowień umowy w postaci papierowej lub na innym trwałym nośniku informacji.

Zwrócić również należy uwagę, że w przypadku każdej pojedynczej transakcji. dokonywanej w ramach wcześniej zawartej umowy ramowej, na wniosek

płatnika, dostawca jest zobowiązany do przekazania mu informacji dotyczących maksymalnego terminu jej wykonania oraz wysokości należnych opłat.

Spornym może w praktyce stać się interpretacja sformułowania „w łatwo dostępny sposób”, podobnie jak kolejny wymóg sformułowania tych informacji „w sposób łatwo zrozumiały oraz w przejrzystej i zrozumiałej formie”. W odniesieniu do formy, w jakiej winny być dostarczone informacje - jak doprecyzowuje ustawodawca unijny - mogą one być dostarczone w formie pisemnej lub na trwałym nośniku informacji, co jednak nastąpi wówczas, gdy z takim żądaniem wystąpi użytkownik. Przy kolejnym zastrzeżeniu, w odniesieniu do umów zawieranych z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji - gdy składającym ofertę jest użytkownik usługi płatniczej - co w przypadku korzystania z elektronicznych środków komunikacji na odległość będzie w takich przypadkach miało miejsce - informacje powinny zostać przekazane użytkownikowi niezwłocznie po wykonaniu transakcji (przy czym nie jest jasne czy tylko na wyraźny wniosek użytkownika czy jest to wymóg ustawowy). Wymóg dostarczenia wstępnych informacji może być również spełniony poprzez dostarczenie kopii projektu umowy o pojedynczą usługę płatniczą lub projektu zlecenia płatniczego.

W ustawie przyjęto również, że w przypadku pojedynczych transakcji, występuje jedynie wymóg udostępniania stosownych informacji. Informacje, które określone zostały w art. 23 ust. 1⁷², dostawca jest zobowiązany udostępnić użytkownikowi w chwili złożenia propozycji zawarcia umowy lub oferty pojedynczej transakcji płatniczej. Natomiast obowiązek dostarczenia tych informacji powstanie, gdy z takim żądaniem wystąpi użytkownik. Tak więc na „etapie” przedwstępnym, w przypadku pojedynczej transakcji, wystarczy, aby dostawca usług płatniczych zapewnił łatwy dostęp do tych informacji - bez obowiązku ich dostarczania. Jednak gdy zawierana jest umowa ramowa - występuje obowiązek dostarczenia użytkownikowi informacji w postaci papierowej lub na innym trwałym nośniku informacji (art. 26 ustawy), w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy⁷³.

⁷² Informacje te obejmują: 1) wyszczególnienie informacji, które muszą być dostarczone przez użytkownika, aby zlecenie płatnicze mogło zostać prawidłowo wykonane, albo informacje, że wystarczające jest podanie unikatowego identyfikatora, 2) informacje o maksymalnym czasie wykonania świadczonej usługi płatniczej, 3) informacje o wszelkich opłatach należnych dostawcy od użytkownika, w tym w szczególności kwot tych opłat, 4) informację o kursie walutowym, w tym o referencyjnym kursie walutowym, który będzie stosowany do transakcji płatniczej.

⁷³ Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy „informacje... dostawca jest obowiązany dostarczyć użytkownikowi w odpowiednim czasie przed zawarciem umowy ramowej”. Artykuł 27 określa zakres tych informacji – będą to informacje pozwalające na zidentyfikowanie dostawcy usług płatniczych, dotyczące korzystania z usługi płatniczej, opłat, stóp procento-

Kolejnym wymogiem jaki stawia dyrektywa (i ustawa) - niezależnie od konieczności zachowania „jasności i przejrzystości tych informacji” jest obowiązek dostarczenia tych informacji w języku urzędowym państwa członka UE, w którym usługa płatnicza jest oferowana (lub też w języku uzgodnionym przez strony). Wymóg „jasności i przejrzystości” informacji często jest powtarzany w tzw. dyrektywach konsumenckich, choć trudno przekłada się na konkretne rozwiązania. Przyjęcie bowiem normy prawnej wskazującej na obowiązek zachowanie jasności i przejrzystości w sformułowaniu warunków umowy może być kontrowersyjne i wiązać się z licznymi sporami interpretacyjnymi.

2.2. Informacje jakie udostępnia dostawca usług płatniczych po uzyskaniu zlecenia płatniczego.

„Po otrzymaniu zlecenia płatniczego” wskazuje się na kolejny katalog informacji, które powinien dostarczyć dostawca usług płatniczych „płatnikowi”. Informacje, które powinien udostępnić dostawca (również „w sposób łatwo zrozumiały oraz w przejrzystej i czytelnej formie, w języku urzędowym państwa członkowskiego, w którym usługa płatnicza jest oferowana”) dotyczą w głównej mierze transakcji, w tym są to również te informacje, które umożliwią zidentyfikowanie transakcji, wskażą na kwotę transakcji, na kwotę wszelkich opłat należnych od płatnika oraz na kurs walutowy o ile konieczne było jego zastosowanie, jak też wskażą na datę otrzymania zlecenia. W przypadku umowy ramowej wskazane powyżej informacje mogą być na żądanie użytkownika - zgodnie z przyjętym postanowieniem w umowie ramowej - być dostarczane okresowo, co najmniej raz w miesiącu, w taki sposób, aby płatnik miał możliwość przechowywać i odtwarzać te informacje (art. 31 ust. 2 ustawy).

3.2.1. Informacje jakie dostawca usług płatniczych udostępnia odbiorcy usługi płatniczej

Zgodnie z art. 39 dyrektywy (i 32 ustawy) po wykonaniu transakcji płatniczej (zarówno pojedynczej, jak i tej dokonywanej w ramach umowy ramowej) dostawca usług płatniczych - w tym jednak wypadku - dostawca usług płatniczych odbiorcy przekazuje mu następujące informacje. Przede wszystkim są to informacje, które pozwolą na zidentyfikowanie zarówno transakcji płatniczej, jak i płatnika, następnie wskażą na kwotę transakcji płatniczej w walucie, w której środki pieniężne są mu udostępnione, kwotę opłat należnych od odbiorcy oraz ewentualnie informacje o kursie walutowym, o ile zachodziła koniecz-

wych i kursów walutowych, dotyczące sposobu komunikowania się, środków ochronnych i naprawczych, dotyczące zmian i wypowiedzenia umowy ramowej czy procedur rozstrzygania sporów.

ność przeliczania walut. Strony umowy ramowej mogą również przewidzieć obowiązek okresowego, co najmniej raz w miesiącu dostarczania lub tylko udostępniania odbiorcy wskazanych powyżej informacji.

Podsumowując wskazane powyżej uwagi co do zakresu obowiązków informacyjnych dostawcy usług płatniczych można przyjąć, że przyjęte rozwiązania prawne niewątpliwie zmierzają do zapewnienia użytkownikowi usługi płatniczej, pełnej informacji na temat świadczonych usług płatniczych. Są one na tyle szczegółowe, że użytkownik tych usług płatniczych powinien uzyskać, a przynajmniej mieć możliwość uzyskania dostatecznej wiedzy o zlecanych przez siebie transakcjach. Powstaje jednak pewna wątpliwość czy z jednej strony nadmiar tych informacji nie przesłoni celu dla którego zostały ustanowione obowiązki informacyjne dostawców usług płatniczych, czy jest to jednak konieczne, aby konsument usług płatniczych mógł być uznany za w pełni poinformowanego.

THE NATURE AND SCOPE OF THE INFORMATION DUTIES OF PAYMENT SERVICE PROVIDERS

Problem concerning the duties, of payment service providers to provide information have been regulated mainly by Directives 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC. The provisions of the Directive have been implemented into the Polish legal system in the Act on Payment Services, adopted on 18 August 2011 (Dz. U Nr 199, poz. 1175). These acts contain the legal solutions creating the legal framework for the single market for payment services. The adoption of the Directive took place in the implementation of the concept of a single market in financial services, but at the same time the Directive aims at protection consumer rights. The provisions of the Directive and Act on Payment Services define both the principle of establishment of new payment services providers to the market, as well as rules concerning transparency of conditions and information requirements for payment services, and the respective rights and obligations of payment service users and payment service providers. The Directive and the Act on Payment Services impose on payment services providers far-reaching duties to inform users. These Acts specify the obligations on payment service providers as regards the provision of information to the payment service users who should receive the same high level of clear information about payment services in order to make well-informed choices and

be able to shop around within the UE. Payment service providers are obliged to, in an easily accessible manner, make available or provide to the payment service user, pre-contractual information and conditions (prior general information). Immediately after execution of the payment transaction, the payment service provider shall provide or make available to the payee the information about transaction. Then immediately after the execution of the payment transaction, the payment service provider shall provide or make available to the payee, the information about transaction. The obligation of payment service provider to make available or provide the information, has its legal basis in the legal standard and corresponds to user's right to obtain such information based on the legal norm. It is therefore important to consider the legal essence of duties to provide information, as well as the scope of information requirements

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Łukasz M. Wyszomirski ■

UGODA ADMINISTRACYJNA I POSTANOWIENIE O ZATWIERDZENIU/ /ODMOWIE ZATWIERDZENIA UGODY

I. Celem artykułu jest omówienie dwóch instytucji prawa administracyjnego proceduralnego: ugody administracyjnej i postanowienia o zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia ugody. Przedmiotem badania będą konstrukcje prawne obu tych instytucji i relacje pomiędzy nimi. W doktrynie prawa administracyjnego relacja ugody administracyjnej i postanowienia o zatwierdzeniu ugody nie jest jednolicie interpretowana. Przeważający pogląd uznaje dwuczłonową koncepcję budowy ugody administracyjnej, na którą składa się porozumienie stron oraz postanowienie o zatwierdzeniu ugody; dopiero oba te elementy łącznie uznawane są za ugodę administracyjną¹.

Odmienny pogląd² głosi, że właściwą ugodą jest postanowienie o zatwierdzeniu ugody wywołujące skutki materialnoprawne. W świetle tej koncepcji zbędne jest wymienianie ugody jako osobnej prawnej formy działania administracji. Właściwą prawną formą działania administracji jest postanowienie o zatwierdzeniu ugody, które wydane zostaje w szczególnym trybie i wywołuje skutki materialnoprawne na równi z decyzją administracyjną.

¹ Pogląd ten jest przeważający w doktrynie: por. M. Chmaj (red.), *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 259; M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2007 s. 276; M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2008, s. 171; A. Wiktorowska, *Uгода administracyjna w KPA*, „OMT” 1980, nr 8-9 itd.

² Wedle wiedzy autora ów pogląd nie był dotychczas reprezentowany w piśmiennictwie, aczkolwiek jest możliwy i dopuszczalny.

Trzecim możliwym rozwiązaniem problemu jest zdefiniowanie porozumienia stron jako właściwej ugody³ oraz wyraźne wyodrębnienie postanowienia o zatwierdzeniu ugody od samej zawartej ugody. Opowiadam się właśnie za tym trzecim, nowatorskim poglądem uznając ugodę administracyjną i postanowienie o zatwierdzeniu ugody za dwie osobne- choć ściśle powiązane- prawne formy działania administracji.

Należy zaznaczyć, że ustalenie konstrukcji ugody administracyjnej ma znaczenie przede wszystkim procesowe. W ujęciu materialnoprawnym staje się zupełnie zbędne. W niniejszym artykule analizowane będą przede wszystkim te stosunki administracyjnoprawne, które J. Starościak nazwał stosunkami prawa administracyjnego o charakterze przejściowym⁴, a dokładniej stosunki administracyjnoprawne proceduralne, tj. występujące tylko w trakcie postępowania administracyjnego do momentu jego zakończenia⁵. Ugoda administracyjna i postanowienie o zatwierdzeniu ugody potraktowane zostaną nie jako instytucje szeroko pojętego prawa administracyjnego, lecz jako instytucje procesowe. Poniżej zostanie przedstawiony tryb zawarcia ugody oraz sama idea konstrukcji ugody administracyjnej w Kodeksie postępowania administracyjnego⁶ (KPA).

Zagadnienie ugody administracyjnej jest istotne i aktualne. Dynamicznie rozwijające się materialne prawo administracyjne stwarza coraz więcej sytuacji, gdy w postępowaniu organ administracji musi rozstrzygać spór pomiędzy stronami⁷. Ugoda administracyjna zdefiniowana w KPA jest gotowym narzędziem pozwalającym rozwiązywać takie spory zgodnie z wolą stron. Niestety, przepisy o ugodzie są rzadko stosowane⁸, być może ze względu na ich zawilość.

³ Zwolennikami tego poglądu są W. Chróścielewski i J. P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2009, s. 151; autorzy podkreślają, że w świetle KPA ugodą jest tylko zawarte przed organem administracji porozumienie stron regulujące ich wzajemne prawa i obowiązki. Tym niemniej ugoda zawarta, a nie zatwierdzona nie wchodzi do obrotu prawnego i jako taka nie jest instytucją samoistną, lecz silnie związaną z postanowieniem o zatwierdzeniu ugody.

⁴ J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1975, s. 20.

⁵ Por. J. Jendrośka, *Ogólne postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Wrocław 2007, s. 44.

⁶ Dz.U. 1960 Nr 30, poz. 168 ze zm.

⁷ Np. w prawie energetycznym w sprawach dotyczących obrotu paliwami i energią: por. J. Harczuk, *Ugoda w postępowaniu administracyjnym*, „MoP” 2002/16, w prawie konkurencji w postępowaniach w sprawie ochrony zbiorowych interesów konsumentów (art. 102 ustawy z 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331 ze zm.).

⁸ Wskazują na to m.in. K. Zalasieńska, (w:) M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011 (dalej: *Komentarz*) s. 651; Z. Kmiecik, *Mediacja i koncyliacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 106.

Podobnie rzadko są przedmiotem badania naukowego, głównie omawiane są w podręcznikach i komentarzach. Tym bardziej zasługują na opracowanie i nowe spojrzenie.

II. Dopuszczalność zawarcia ugody administracyjnej. Art. 114 KPA reguluje przesłanki zawarcia ugody administracyjnej⁹. Są to: a) toczące się w sprawie postępowanie administracyjne przed organem administracji publicznej b) sporny charakter sprawy c) przyczynienie się ugody do przyśpieszenia lub uproszczenia postępowania d) brak przepisu szczególnego wyłączającego możliwość zawarcia ugody. Lecz nie są to jedyne przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody: pozostałe dwie znajdują się w art. 115 (czas zawarcia) i 116 KPA (zgodne oświadczenie woli stron).

Ad a) Ugodę można zawrzeć tylko w trakcie toczącego się postępowania administracyjnego przed organem administracji publicznej w sprawie załatwianej w formie decyzji administracyjnej. Treść art. 114 nie przesądza w jakiej formie ma być załatwiana sprawa, by dopuszczalne było zawarcie ugody, jednakże orzecznictwo NSA wyraźnie stoi na stanowisku, że „zgodnie z art. 114, 121 i 123 KPA ugoda może być zawarta wyłącznie w sprawie, która podlega załatwieniu w drodze decyzji administracyjnej”¹⁰. NSA powołał się na art. 121 KPA stanowiący, że zatwierdzona ugoda wywiera takie same skutki jak decyzja administracyjna, jak również na art. 123 KPA stanowiący, że postanowienia nie mają charakteru rozstrzygającego w sprawie. Jednakże dopuszczalność zawarcia ugody wyłącznie w sprawach załatwianych w drodze wydania decyzji administracyjnej wynika również z art. 1 KPA określającego zakres zastosowania kodeksu do spraw rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej, a więc wprowadzającego domniemanie, że sprawę należy rozstrzygnąć wydając decyzję. Każdy z dwóch elementów tej przesłanki (toczące się postępowanie i sprawa załatwiana w formie decyzji) ma charakter obiektywny.

Zgodnie z postanowieniem NSA¹¹ ugoda w sprawie opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste gruntów¹² i wynikających z niej sporów ma charakter cywilnoprawny i nie jest ugodą administracyjną. Wynika to z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego (sprawa sygn. K 3/92), który podkreślił cywilnoprawny

⁹ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008 (dalej: *Komentarz*), ss. 436–438.

¹⁰ Wyrok NSA z 27 04 1983 sygn. SA 297/83 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹¹ Postanowienie NSA z dnia 10 03 1997 sygn. I SA 1333/97 z głosami R. Mikosza („OSP” 1998, z. 9 poz. 159 s. 450) i R. Sawuły, („Samorząd Terytorialny” 1998 nr 1–2 s. 144).

¹² Aktualnie art. 79 ust. 3 Ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 o gospodarce nieruchomościami Dz. U. 1997 Nr 115 poz. 741 ze zm.

charakter spraw i sporów z zakresu oddawania nieruchomości w użytkowanie wieczyste. NSA stwierdził, że: „Zarówno orzeczenie, jak i ugoda zawarta przed kolegium mają moc prawną wyroku sądu powszechnego lub ugody zawartej przed takim sądem i podlegają egzekucji sądowej”¹³, zaś jako czynności z zakresu prawa cywilnego nie są czynnościami prawnoadministracyjnymi, więc ugoda w rozumieniu art. 79 ust. 3 UGN nie jest ugodą administracyjną w rozumieniu art. 114-122 KPA.

W innym wyroku (IV SA 2054/97) NSA podkreśla, że „Skoro objęta ugoda sfera tematyczna nie podlega kompetencji organów administracji, gdyż dotyczy np. postępowania wieczysto-księgowego, ważności umów notarialnych, to żadną miarą nie może być przedmiotem ugody w postępowaniu administracyjnym, może natomiast być przedmiotem ugody w postępowaniu cywilnosądowym” - ugodę administracyjną można zawierać tylko w postępowaniu przed organem administracji właściwym do rozpoznania sprawy i tylko w tym zakresie, w jakim sprawa jest zawisła przed tymże organem stosownie do jego kompetencji. Gdy w sprawie pojawia się np. kwestia prejudycjalna o charakterze spornym, lecz będąca poza właściwością rzeczową organu administracji prowadzącego postępowanie, to spór między stronami w tym zakresie musi rozstrzygnąć inny właściwy organ. Nie jest dopuszczalne zawarcie przez strony ugody administracyjnej w postępowaniu administracyjnym co do sprawy spornych nie należących do właściwości organu administracji, gdyż nie mogą one być przedmiotem postępowania administracyjnego przed tymże organem.

Podobnie NSA¹⁴ i WSA w Lublinie¹⁵ stwierdziły, że ugoda zawarta przed geodetą na podstawie art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne jest ugodą o charakterze cywilnoprawnym, więc nie jest ugodą w rozumieniu KPA.

Ad b) Sprawa powinna mieć charakter sporny. Przesłanka ta ma charakter kluczowy¹⁶. By powstał spór w postępowaniu administracyjnym muszą brać udział przynajmniej dwie strony o sprzecznych interesach prawnych lub obowiązkach. Spór występuje między stronami, nigdy między stroną a organem administracji, który w sprawie jest arbitrem. Jak podkreślił NSA: „Nie jest dopuszczalne zawarcie ugody pomiędzy stroną a podmiotem na prawach strony, gdyż jego

¹³ Postanowienie NSA z dnia 10.03.1997 sygn. I SA 1333/97 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁴ Wyrok z dnia 16 01 2007 sygn. I OSK 376/2006 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁵ Wyrok z 17 04 2008 sygn. III SA/Lu 312/07 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁶ Por. A. Wiktorowska, *Zasada ugodowego załatwiania spraw spornych w KPA*, „Studia Iuridica” 1990, nr 18, s. 225.

udział w postępowaniu ma charakter jedynie procesowy”¹⁷. Interesy prawne lub obowiązki muszą mieć charakter materialnoprawny, a nie procesowy. Dlatego nie mogą zawierać ugody podmioty na prawach strony, których interes prawny ma charakter czysto proceduralny¹⁸. Ta przesłanka ściśle wiąże się z art. 13 KPA, czyli z zasadą ugodowego załatwiania spraw spornych. Przesłanka ta ma charakter obiektywny. Sporność sprawy wynika wprost z przepisów prawa materialnego¹⁹. Podobnie utrzymuje NSA: „Jeżeli z okoliczności sprawy wynika, że strony są gotowe zawrzeć ugodę administracyjną zgodną z przepisami prawa budowlanego co do lokalizacji obiektu budowlanego, organ administracji, który nie wykorzysta tej możliwości i rozstrzyga sprawę bez uwzględnienia interesów obu stron zainteresowanych narusza art. 13 oraz art. 114 i nast. KPA”²⁰. Sąd wyraźnie twierdzi, że sprawa lokalizacji obiektu budowlanego ma charakter sporny. Wynika to jednak wprost z regulacji przepisów prawa budowlanego, a nie oceny czy uznania organu administracji.

Ad c) Zawarcie ugody dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy przyczyni się to do uproszczenia lub przyspieszenia postępowania. Zagadnienie uproszczenia postępowania należy rozpatrywać w kontekście zasad procesowych wyrażonych w art. 7 i 12 KPA: zasady prawdy materialnej, zasady ciężaru dowodu, zasady szybkości i prostoty postępowania. Zasada prawdy materialnej wespół z zasadą ciężaru dowodu stanowią, że w każdym postępowaniu, także w trybie załatwiania sprawy w drodze ugody, na organie administracji spoczywa ciężar wyjaśnienia sprawy, ustalenia stanu faktycznego i załatwienia sprawy zgodnie z interesem społecznym i słusznym interesem obywateli. Zasada szybkości i prostoty natomiast stanowi, że organ administracji powinien załatwić sprawę możliwie szybko, posługując się najprostszymi wystarczającymi środkami. Obie te zasady procesowe się dopełniają. Polski model postępowania administracyjnego nie przewiduje szerokich możliwości dla upraszczania postępowania. Dyrektywa art. 12 KPA i tak nakazuje jak najszybsze i najprostsze załatwienie sprawy, natomiast art. 7 nakłada na organ kategoryczny obowiązek dokładnego zbadania sprawy, dogłębnego wyjaśnienia stanu faktycznego.

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 21.12.1999 sygn. IV SA 2054/97 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl,

¹⁸ Zgodnie wypowiadają się przedstawiciele doktryny, przede wszystkim B. Adamiak (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 555. Natomiast A. Wróbel podkreśla, że ugodę zawrzeć można tylko wówczas, gdy w postępowaniu bierze udział więcej niż jedna strona, por. M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2000 (dalej: *Komentarz*), s. 657.

¹⁹ Por. W. Dawidowicz *Ugoda w postępowaniu administracyjnym „PiP”* 1980, nr 3.

²⁰ Wyrok NSA z 5 03 1984 sygn. I SA 1946/83 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

Odmienny pogląd prezentuje P. Przybysz, który uważa, że zawarcie ugody nie musi być poprzedzone przeprowadzeniem postępowania dowodowego²¹. Autor niniejszego artykułu uznaje to stanowisko za nietrafne, gdyż już samo zbadanie, czy zachodzą przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody, wymaga przeprowadzenia w pewnym stopniu postępowania dowodowego. Uproszczenie postępowania nie może się odbić niekorzystnie na zasadzie prawdy materialnej²². Przed zawarciem ugody organ i tak musi przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, a potem w trybie kontroli ugody zestawzić ją z dokonanymi ustaleniami faktycznymi i ocenić, czy jest zgodna z prawem, interesem społecznym i słusznym interesem stron. O uproszczeniu postępowania można więc mówić wyłącznie w kontekście oceny przez organ roszczeń i interesów stron, które są w sporze. Uproszczenie polega na tym, że organ nie musi sam ważyć żądań stron, lecz one same porozumieją się co do swoich interesów. Na organie wciąż spoczywać będzie obowiązek sprawdzenia, czy ustalenia stron są zgodne z ich słusznym interesem. Uproszczenie postępowania trzeba uznać za pozorne.

Przyśpieszenie postępowania, jak trafnie zauważa Barbara Adamiak²³, polega przede wszystkim na tym, że szybsze jest ostateczne załatwienie sprawy. Pełne uzgodnienie interesów stron i usunięcie przez to wszelkich potencjalnych powodów do niezadowolenia powoduje, że strony nie sięgają po środki zaskarżenia, nie składają zażaleń na postanowienie o zatwierdzeniu ugody, nie składają skarg do sądów administracyjnych. B. Adamiak podkreśla również, że ocena, czy załatwienie sprawy w trybie ugody przyczyni się do przyśpieszenia postępowania zależy wyłącznie od uznania organu: organ załatwiając sprawę musi mieć na uwadze przede wszystkim zgodność rozstrzygnięcia z prawem, interesem społecznym i słusznym interesem obywateli (art. 7 KPA). Nie wystarczy samo uzgodnienie interesów stron, które mogą nie uwzględnić w swych porozumieniach całości materiału dowodowego, szczególnie przy bardziej złożonych sprawach. Dlatego też przy sprawach o dużym skomplikowaniu rzadko kiedy załatwienie sprawy w formie ugody przyśpiesza postępowanie.

Ad d) Przesłanką dopuszczalności ugody jest brak przepisu prawa wyłączającego możliwość jej zawarcia. Najczęściej przywoływanym przykładem przepisu szczególnego wyłączającego dopuszczalność zawarcia ugody jest art. 118

²¹ P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2006 (dalej: *Komentarz*), s. 261.

²² WSA w Warszawie stwierdził w wyroku z 29 04 2008 sygn. I S.A./Wa 1766/07, publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl, że „zasada szybkości postępowania nie może prowadzić do naruszenia prawa, a w szczególności zasad dotyczących uprawnień stron postępowania administracyjnego”; podobnie WSA w Gliwicach w orzeczeniu z 7 08 2008 sygn. II S.A./GL 417/08; publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

²³ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 437.

ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 o gospodarce nieruchomościami stanowiący, że w postępowaniu wywłaszczeniowym nie stosuje się przepisów o ugodzie administracyjnej. Zakaz ten dotyczy zawierania ugody w danym trybie; w tym wypadku w postępowaniu wywłaszczeniowym. Istnieją też zakazy zawierania ugody o charakterze przedmiotowym, czyli wyodrębnione sprawy, które nie mogą być załatwiane w drodze ugody- chodzi np. o art. 30 ust. 1 ustawy Prawo wodne²⁴ stanowiący, że uгода nie może dotyczyć wprowadzania ścieków do wód lub do ziemi. Organ administracji, który z urzędu działa na podstawie przepisów prawa (art. 6 KPA) ma obowiązek sprawdzić, czy żaden przepis nie sprzeciwia się zawarciu ugody w danej sprawie.

Art. 115 KPA określa ramy czasowe, w których dopuszczalne jest zawarcie ugody administracyjnej. Zawarcie ugody może nastąpić przed organem administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w pierwszej instancji lub postępowanie odwoławcze, do czasu wydania przez organ decyzji w sprawie. Tak więc ugodę można zawrzeć od momentu wszczęcia postępowania w I instancji do czasu wydania decyzji przez właściwy organ administracji, jak również od momentu wniesienia odwołania do czasu wydania decyzji przez organ odwoławczy. Nie jest możliwe zawarcie ugody w okresie pomiędzy wydaniem decyzji przez organ I instancji a wniesieniem odwołania, gdyż w tym czasie postępowanie administracyjne nie toczy się przed organem administracji.

P. Przybysz precyzuje²⁵, że *„sam fakt wniesienia odwołania od decyzji również nie uprawnia strony do zawarcia ugody”*, a momentem, od którego można zawrzeć ugodę w postępowaniu odwoławczym jest moment doręczenia organowi odwoławczemu odwołania strony. Z tym poglądem nie można się nie zgodzić, gdyż jest zgodny z art. 61 § 3 KPA.

Nie oznacza to bynajmniej, że okres pomiędzy doręceniem stronom decyzji a doręceniem organowi odwołania nie jest częścią procesu administracyjnego. Czasu pomiędzy wydaniem decyzji przez organ I instancji a doręceniem złożonego przez stronę odwołania lub bezskutecznym upływie terminu do wniesienia odwołania jest prawnie kwalifikowany przez przepisy prawa administracyjnego proceduralnego. Sam upływ czasu jest faktem procesowym, o charakterze zdarzenia procesowego, a więc integralną częścią procesu administracyjnego. Jednakże w tymże okresie sprawa nie jest zawisła przed żadnym organem administracji, więc niedopuszczalne jest zawarcie ugody.

²⁴ Ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. 2001 Nr 115 poz. 1229 ze zm. – dalej: PrW). W tym przepisie uregulowany jest specyficzny rodzaj ugody zatwierdzany w drodze decyzji administracyjnej. Tym niemniej skoro art. 30 ust. 1 PrW zawiera przepisy szczególne, niemożliwe jest zawarcie ugody administracyjnej unormowanej w KPA.

²⁵ P. Przybysz, *Komentarz*, s. 262.

Osobną kwestią jest dopuszczalność zawarcia ugody po weryfikacji decyzji w postępowaniach nadzwyczajnych. Przepis prawa w żadnym razie nie przesądza, czy jest to dopuszczalne, czy też nie. Treść art. 115 KPA każe sądzić, że zawarcie ugody w trybie nadzwyczajnym nie jest możliwe. Przepis ten stanowi, że ugodę zawrzeć można albo w postępowaniu przed pierwszą instancją, albo w postępowaniu odwoławczym. Wskazanie wprost postępowania w I instancji i postępowania odwoławczego wyłącza możliwość zawarcia ugody w innych trybach niż wymienione w art. 115 KPA²⁶. Odmienny, nietrafny pogląd głosi, że zawarcie ugody możliwe jest wszędzie tam, gdzie otwiera się ponowna możliwość merytorycznego rozpatrzenia sprawy²⁷. Dokonywanie takiej rozszerzającej wykładni art. 115 KPA nie wydaje się jednak uprawnione. Choć z zasady ugodowego załatwiania spraw rzeczywiście da się wywieść normę stanowiącą, że zawsze, gdy sprawa jest merytorycznie rozpatrywana i spełnione są pozostałe przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody, zawarcie ugody jest możliwe, to treść art. 115 KPA wyraźnie wskazuje na zamiar ustawodawcy ograniczenia możliwości zawarcia ugody przez strony tylko do postępowania zwykłego, z wyłączeniem trybów postępowania nadzwyczajnego.

A. Wróbel podnosi wątpliwość²⁸ „czy strony mogą zawrzeć ugodę tylko wówczas, jeżeli wyczerpuje ona przedmiot postępowania, czy też dopuszczalne jest załatwienie sprawy w części w drodze ugody, a w pozostałej części w drodze decyzji.” W piśmiennictwie panuje zgoda, że „ugoda może dotyczyć całości sprawy lub jej części. W tym drugim przypadku co do pozostałych kwestii podejmowana jest decyzja częściowa, zawierająca rozstrzygnięcie uwzględniające fakt istnienia zatwierdzonej ugody”²⁹. Podobnie uważa W. Dawidowicz³⁰. Z cytowanym poglądem należy się w pełni zgodzić.

W żadnym razie nie jest jednak możliwe zawarcie ugody w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Przepisy prawa nie przewidują takiej możliwości, gdyż podważałoby to samą ideę polskiego modelu sądownictwa administracyj-

²⁶ Pogląd ten podzielają J. Jendrośka, J. Borkowski, (w:) J. Borkowski, J. Jendrośka, R. Orzechowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz* Warszawa 1989 (dalej: *Komentarz*), s. 214, A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 659, a w ograniczonym zakresie – dopuszczając możliwość zawarcia ugody tylko w trybie wznowienia postępowania, także Cz. Martysz, (w:) G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Kraków 2005 (dalej: *Komentarz*), tom II, s. 122.

²⁷ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 556; K. Zalasieńska [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Komentarz*, s. 657.

²⁸ A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 657.

²⁹ J. Jendrośka, (w:) J. Borkowski (red.), *Komentarz*, s. 214.

³⁰ W. Dawidowicz, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1983, s. 115.

nego. Po pierwsze: inny jest przedmiot sprawy przed sądem administracyjnym. Sąd nie rozstrzyga sprawy merytorycznie, lecz bada, czy decyzja administracyjna była zgodna z prawem. Po drugie: inne są strony postępowania administracyjnego ogólnego i sądowoadministracyjnego³¹. Stronami w postępowaniu sądowoadministracyjnym są organ administracji i skarżąca decyzję strona. Nie ma miejsca na zawarcie ugody, którą zawierają strony postępowania administracyjnego między sobą przed organem administracji, a nigdy z samym organem.

Ostatnią przesłanką dopuszczalności zawarcia ugody jest zgodne oświadczenie woli stron o zamiarze zawarcia ugody (art. 116 §1 KPA). Niżej to zagadnienie zostanie szerzej omówione.

III. Tryb zawarcia ugody. Zawarcie ugody administracyjnej to seria czynności prawnoprocesowych. Procedura zawarcia ugody jest częścią procesu administracyjnego. Proces administracyjny zaś jest bytem dynamicznym składającym się z wielu elementów, które określić można mianem faktów procesowych. Fakty procesowe powodują nawiązanie, ustanie lub zmianę stosunków prawnoprocesowych. Jak wspomniano wyżej, teoria prawa administracyjnego uznaje stosunki administracyjno-procesowe za stosunki o charakterze przejściowym, gdyż prowadzą one do rozstrzygnięcia sprawy i zakończenia postępowania. Wszelkie sytuacje prawnoprocesowe mają charakter nietrwały³². Jest to zrozumiałe, gdyż celem prawa proceduralnego jest urzeczywistnienie norm prawa materialnego, stąd tylko stosunki materialnoprawne noszą znamię trwałości.

Należy wprowadzić kilka zasadniczych podziałów³³ faktów procesowych. Fakty procesowe dzieli się na zdarzenia procesowe i czynności procesowe. Zdarzeniem procesowym jest określony przepisami fakt, nie będący zachowaniem człowieka, z którym przepisy prawa wiążą określone skutki prawnoprocesowe. Odmiennie czynność procesowa: jest to zachowanie się człowieka określone przepisami proceduralnymi, z którym przepisy prawa wiążą określone skutki prawne.

Dzieląc czynności procesowe według kryterium treści i charakteru wyróżnić można czynności faktyczne, spostrzeżenia procesowe i oświadczenia procesowe.

³¹ Por. M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne*, s. 174.

³² Por. J. Jendrośka, *Ogólne postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne* Wrocław 2007, s. 44.

³³ Poniższe podziały opieram w dużej mierze na teorii prawa karnego procesowego – por. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 49 i nast. W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, tom II, Bydgoszcz 2001, s. 11 i nast. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 383 i nast. Zagadnieniom tym poświęcona jest ponadto monografia Z. Kmiecik, *Oświadczenia procesowe stron w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Lublin 2008.

Czynności faktyczne to zachowanie wywołujące zmianę w świecie zewnętrznym. Przykładem może być doręczenie pism procesowych, ogłaszanie, wydalenie osób zachowujących się niewłaściwie z rozprawy administracyjnej, udostępnianie akt. Spostrzeżenia procesowe zdefiniować można jako prawnie kwalifikowane przyjmowanie do świadomości poszczególnych faktów i zjawisk w toku postępowania. Do spostrzeżeń procesowych zaliczyć można przyjmowanie zeznań świadków lub stron, wniosków dowodowych, dokonywanie oględzin. Warto nadmienić, że czynność procesowa dla jednej strony będąca spostrzeżeniem procesowym, dla drugiej może być np. czynnością faktyczną: przykładem jest udostępnianie akt-strona zapoznająca się z aktami sprawy dokonuje spostrzeżenia procesowego, natomiast organ udostępniając akta dokonuje czynności faktycznej. Najważniejszą kategorią są oświadczenia procesowe, polegające na uzewnętrznianiu, w formie prawem przewidzianej, treści intelektualnych lub aktów woli. Oświadczenia procesowe dzieli się na oświadczenia wiedzy i oświadczenia woli.

Oświadczenia wiedzy to uzewnętrznienie określonych treści świadomości, mają charakter wypowiedzi oznajmiających. Oświadczeniami wiedzy są zaświadczenia, zeznania składane przez świadków, tezy wniosków dowodowych. Oświadczenia woli są uzewnętrznieniem woli i żądań; mają charakter wypowiedzi performatywnych³⁴. Oświadczenia woli podzielić można na postulujące i imperatywne.

Postulującym oświadczeniem woli jest każde oświadczenie woli składane przez podmiot, który nie pozostaje w stosunku nadrzędności do adresata wypowiedzi. Takimi oświadczeniami są prawie wszystkie składane przez strony postępowania wnioski, podania, skargi etc. Oświadczenia postulujące nie mają charakteru władczego, nie przesądzają w sposób wiążący o prawach i obowiązkach uczestników postępowania, ani tych materialnoprawnych, ani proceduralnych. Czasem oświadczenie postulatywne bywa wiążące dla organu administracji, przed którym toczy się postępowanie- tak jest w przypadku art. 61 §2 KPA, gdy brak zgody strony na wszczęcie postępowania przez organ z urzędu w sprawie, w której przepis prawa wymaga złożenia wniosku przez stronę obliguje organ do umorzenia postępowania. Podobnie co do zasady jest w przypadku cofnięcia odwołania: art. 137 KPA zawiera jednak znaczące ograniczenie tej możliwości ze względu na praworządność i interes społeczny.

Oświadczenia imperatywne wynikają z nadrzędności procesowej, mają charakter władczy, jednostronny i wiążący. Takie oświadczenia składają wyłącznie organy procesowe. Przybierają postać poleceń bądź decyzji procesowych. Po-

³⁴ Por. J. L. Austin *Mówienie i poznawanie*, tłum. B. Chwedeńczuk; Warszawa 1993; por. też J. Jadacki, *Spór o granice języka*, Warszawa 2002, ss. 117–122, gdzie teoria performatywów jest przystępnie wyłożona.

lecenia wydaje organ nadrzędny swoim organom podległym lub swym pracownikom. Decyzje procesowe wydawane są jako rozstrzygnięcia określonych kwestii prawnych w postępowaniu, które wiążą uczestników postępowania i do nich są adresowane. Właśnie oświadczeniami imperatywnymi- decyzjami procesowymi są decyzje administracyjne i postanowienia, w tym także postanowienie o zatwierdzeniu (lub odmowie zatwierdzenia) ugody.

Cały ten aparat pojęciowy i dokonane powyżej rozróżnienia są konieczne, gdy chce się dokładnie i bez pomieszania pojęć omówić jakąkolwiek kwestię z zakresu administracyjnego prawa procesowego.

a) Zgodny zamiar zawarcia ugody. Procedura zawarcia ugody zaczyna się od zgodnego oświadczenia stron o zamiarze zawarcia ugody (art. 116 §1 KPA). Strony składają swe zgodne oświadczenia przed organem administracji. Organ administracji, zgodnie z art. 13 §2 KPA, ma obowiązek podejmować czynności skłaniające strony do zawarcia ugody, a więc poinformować strony o możliwości załatwienia sprawy w drodze ugody oraz przedstawić wszelkie płynące stąd korzyści. Zawarcie ugody, a nawet próba porozumienia się stron w celu zawarcia ugody, zależą całkowicie od woli stron. „*Wymaganie istnienia woli stron jest (...) istotą tej instytucji*”³⁵. Bez zgodnej woli stron wyrażonej w specjalnym oświadczeniu przed organem administracji sprawa zostanie załatwiona poprzez wydanie decyzji administracyjnej.

Przepisy nie precyzują, jaką formę powinno przybrać oświadczenie woli stron. Zgodnie z zasadą pisemności (art. 14 KPA) powinno to nastąpić bądź w formie pisemnej bądź ustnie- wówczas czynność powinna być utrwalona w formie pisemnej do protokołu podpisanego przez strony³⁶. Przepisy milczą też w sprawie terminu składania przez strony oświadczenia woli lub oświadczeń- czy musi to być jedno oświadczenie składane w tym samym momencie przez wszystkie strony czy też jedna strona najpierw może złożyć takie oświadczenie we własnym imieniu, a pozostałe strony wyrażą swą zgodę później. Pewną wskazówką jest wyrażenie „zgodne oświadczenie”. Sugeruje ono, że musi być to jedno, pojedyncze, a zatem wspólne dla wszystkich stron oświadczenie. Jako że jest niemożliwe złożenie przez strony jednego i tego samego oświadczenia w różnych terminach należy stwierdzić, że wszystkie strony składają w jednym momencie wspólne oświadczenie. Należy sądzić, że oświadczenie składają strony i pełnomocnicy stron, jeśli zostali przez strony umocowani, a także przedstawiciele stron.

³⁵ A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 661.

³⁶ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 438.

„Zawarcie ugody pozostawione jest dyspozycyjności stron”³⁷, czego wyrazem jest także art. 116 §2 KPA: każda ze stron może, po uprzednim złożeniu przez strony zgodnych oświadczeń woli o zamiarze zawarcia ugody, w dowolnym momencie przerwać próby zawarcia porozumienia, jednostronnie odstąpić od zamiaru zawarcia ugody. Po zawiadomieniu organu o odstąpieniu przez którąkolwiek ze stron od zamiaru zawarcia ugody, organ ma obowiązek rozstrzygnąć sprawę w drodze decyzji. Strony mogą też wyrazić wolę odstąpienia od zamiaru zawarcia ugody poprzez bezczynność, czyli niedotrzymanie terminu do zawarcia ugody. Skutek jest taki sam: rozstrzygnięcie sprawy w drodze decyzji administracyjnej³⁸. Oświadczenie stron jest postulatywnym oświadczeniem woli.

b) Odroczenie wydania decyzji i wyznaczenie terminu do zawarcia ugody. Po złożeniu przez strony zgodnego oświadczenia o zamiarze zawarcia ugody organ administracji ma obowiązek odroczyć wydanie decyzji i wyznaczyć stronom termin do zawarcia ugody. Charakter prawny odroczenia jest niejasny, gdyż nie jest to ani przedłużenie postępowania wyjaśniającego, ani też odroczenie nie jest tożsame z zawieszeniem postępowania. Jego istota polega na tym, że w czasie odroczenia nie może być wydana decyzja administracyjna³⁹. Organ jest związany oświadczeniem stron tylko wówczas, gdy wcześniej wystąpiły kumulatywnie wszystkie przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody. Jeśli choć jedna z przesłanek nie jest spełniona, organ nie odraża wydania decyzji, nie wyznacza stronom terminu, lecz rozstrzyga sprawę w drodze decyzji. Gdy zostaną spełnione wszystkie przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody i strony złożą zgodne oświadczenie o zamiarze jej zawarcia, a organ odmówi zawarcia ugody i rozstrzygnie sprawę decyzją strony mogą złożyć odwołanie i zawrzeć ugodę w postępowaniu odwoławczym. W razie prawnie nieuzasadnionej odmowy organu odwoławczego strony mogą występować o stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej z powodu rażącego naruszenia prawa proceduralnego (art. 156 §1 pkt 2 KPA) lub złożyć skargę do sądu administracyjnego występując o uchylenie takiej decyzji⁴⁰. Decyzja administracyjna wydana na skutek nieuzasadnionej odmowy zawarcia ugody obciążona jest poważną wadą prawną i nie zasługuje na pozostawienie w obrocie prawnym.

³⁷ B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 438.

³⁸ Por. M. Wierzbowski, (red.), *Prawo administracyjne*, s. 174.

³⁹ Por. A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 661.

⁴⁰ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, ss. 437-438.

Długość terminu wyznaczonego przez organ stronom nie jest określona przepisami. Zależy od uznania organu. Jest to tzw. termin wyznaczony⁴¹. Organ powinien jednak kierować się dwoma zasadami: szybkości postępowania (art. 12 KPA) oraz ugodowego załatwiania spraw (art. 13 KPA), a więc wyznaczyć taki termin, który nie przedłużając nadmiernie postępowania umożliwiłby stronom wypracowanie porozumienia. Termin ten, na wniosek stron, organ administracji może przedłużyć lub skrócić. Niedotrzymanie przez strony terminu, tj. niezawarcie przez strony porozumienia w określonym przez organ czasie powoduje podjęcie postępowania i rozstrzygnięcie sprawy poprzez wydanie decyzji administracyjnej. Zarówno niedotrzymanie przez strony terminu jak i cofnięcie przez jedną ze stron oświadczenia o zamiarze zawarcia ugody powoduje, że strony tracą prawo do jej zawarcia. W przypadku niedotrzymania terminu mogą jednak wnosić o jego przywrócenie w trybie art. 58 KPA⁴².

Trafny jest pogląd B. Adamiak, że „Organ administracji publicznej orzeka o odroczeniu wydania decyzji i wyznaczeniu stronom terminu do zawarcia ugody w drodze postanowienia (art. 116 §1 w zw. z art. 123 §1). Na postanowienie to nie przysługuje zażalenie.”⁴³ Choć przepisy rozdziału 8 KPA nie przewidują wprost wydania postanowienia, to wynika to z ogólnej koncepcji postanowienia (art. 123 KPA) jako decyzji procesowej rozstrzygającej kwestie proceduralne pojawiające się w toku postępowania. Podstawą prawną wydania postanowienia nie jest przepis prawa materialnego, gdyż wydanie postanowienia jest „aktem stosowania norm procesowych”⁴⁴. Zażalenie na takie postanowienie nie przysługuje, gdyż nie przewiduje tego przepis prawa (art. 141 §1 KPA)⁴⁵. Jednakże brak też przepisu wyłączającego składanie zażaleń na przedmiotowe postanowienia w związku z czym należy sądzić, że są zaskarżalne razem z postanowieniem o zatwierdzeniu (odmowie zatwierdzenia) ugody. Jest to zgodne z normą art. 142 KPA i ogólnym odesłaniem przepisów dotyczących postanowienia o zatwierdzeniu ugody do przepisów o decyzji administracyjnej (art. 122 KPA). Ponadto odwołać się można przez analogię do art. 126 i 144 KPA czyli ogólnego odesłania przepisów o postanowieniach i zażaleniach do przepisów o decyzjach i odwołaniach.

⁴¹ Por. M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, ss. 174, 74–86; A. Wiktorowska, *Uгода administracyjna w KPA*, „OMT” 1980/8–9.

⁴² Pogląd ten wyraża B. Adamiak, [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 439; A. Wiktorowska, *Uгода administracyjna w KPA OMT 1980/8-9* i K. Zalasieńska, (w:) M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Komentarz*, s. 659. Należy się zgodzić z tym stanowiskiem: termin ten jest przywracany, gdyż nie ma żadnego przepisu, który wyłączałby jego przywracalność.

⁴³ B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 439.

⁴⁴ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 62.

⁴⁵ Por. Z. Janowicz, *Komentarz*, s. 117.

Postanowienie o odroczeniu wydania decyzji i wyznaczeniu stronom terminu do zawarcia ugody jest zarazem jedynym w KPA postanowieniem zaskarżalnym razem z zażaleniem na inne postanowienie.

c) Zawarcie ugody. Ugodę zawierają strony porozumiewając się tj. składając sobie nawzajem zgodne oświadczenia woli. Tych oświadczeń woli nie kwalifikuje się ani jako postulatywnych ani jako imperatywnych, gdyż mają one charakter materialnoprawny. Podział na oświadczenia postulatywne i imperatywne zachowuje ważność tylko w sferze prawa procesowego. Strony postępowania administracyjnego zawierające ugodę są równorzędnymi podmiotami umawiającymi się co do istoty sprawy, regulującymi między sobą materię swych wzajemnych interesów prawnych i obowiązków. Oświadczenia woli stron zawierających ugodę mają ten sam charakter, co w prawie cywilnym oświadczenia woli stron zawierających umowę. Jednakże nie należy stosować zbyt daleko posuniętych analogii do oświadczeń woli w rozumieniu cywilistycznym, gdyż ugoda administracyjna pozostaje czynnością procesową⁴⁶.

KPA narzuca takiemu porozumieniu określoną formę, treść, a nawet sposób sporządzenia. Przede wszystkim ugoda ma zawsze formę pisemną. Polskie prawo nie uznaje ugody ustnej- ustne może być porozumienie stron; ustnie też strony mogą ogłosić swe zgodne oświadczenia woli (co do treści ugody) przed organem administracji. Sama ugoda musi być sporządzona na piśmie, gdyż w każdym innym przypadku jest bezwzględnie nieważna. Jest to wyjątek od wyjątku (a więc powrót do zasady ogólnej) przewidzianego w art. 14 §2 KPA, będącego koncesją na rzecz zasady ustności. Ugodę sporządza upoważniony do tego pracownik organu administracji publicznej. Wynika to wyraźnie z przepisu art. 117 §1 KPA stanowiącego, że ugoda powinna zawierać „*podpis pracownika organu administracji publicznej upoważnionego do sporządzenia ugody*”. Należy skrytykować lakoniczność kodeksu i dążenie do umieszczenia jak najszerzej treści w jednym przepisie, co negatywnie odbiło się na jasności przekazu. Kwestia tak istotna, jak to, jak i przez kogo sporządzana jest ugoda powinna być unormowana w osobnej jednostce redakcyjnej.

d) Treść ugody i sporządzenie ugody. Ugoda powinna zawierać:

- a) *oznaczenie organu, przed którym została zawarta - (...),*
- b) *datę sporządzenia - a więc wskazanie dnia, miesiąca i roku jej sporządzenia,*

⁴⁶ Por. A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 664.

- c) *oznaczenie stron, które zawarły ugodę - oznaczenie jej adresatów, a więc stron postępowania,*
- d) *przedmiot i treść ugody - przedmiotem ugody jest sprawa z zakresu administracji publicznej, winna zatem określać, czego konkretnie dotyczy, zaś treścią ugody są konkretne uprawnienia lub obowiązki uzyskane przez strony lub jedną ze stron,*
- e) *wzmiankę o odczytaniu ugody oraz o przyjęciu jej przez strony - jako dowód braku jakichkolwiek zastrzeżeń co do treści ugody ze strony uczestników postępowania, (...),*
- f) *podpisy stron - uгода musi być podpisana przez organ administracji lub pracownika tego organu upoważnionego do sporządzenia ugody, co wynika z ogólnej zasady, że zawarcie ugody może nastąpić tylko przed organem administracji publicznej właściwym w danej sprawie administracyjnej, a samo sporządzenie ugody na piśmie należy do obowiązków organu administracyjnego,*
- g) *podpis organu lub upoważnionego pracownika do sporządzenia ugody (...).*⁴⁷

Ugodę zawiera się przed organem administracji, właściwym do załatwienia sprawy⁴⁸. Choć strony mogą swobodnie negocjować warunki porozumienia bez udziału organu administracji i same stanowić o swoich uprawnieniach i obowiązkach, to zgodne oświadczenia woli co do spraw spornych muszą złożyć przed organem. Wówczas organ przejmuje inicjatywę i poprzez swego upoważnionego do dokonania tej czynności pracownika sporządza ugodę. Sporządzenie ugody jest zabiegiem czysto technicznym; pracownik organu nie ma kompetencji by cokolwiek zmieniać czy dodawać. Jedynym jego zadaniem jest spisanie postanowień stron i ubranie ich w formę prawem przewidzianą⁴⁹. W świetle podziału czynności procesowych sporządzenie ugody jest czynnością faktyczną. Uгода sporządzona przez pracownika organu nie zawiera wszystkich elementów konstytuujących ugodę administracyjną: nie może bowiem zawierać ani podpisów stron ani podpisu pracownika, ani też wzmianki o odczytaniu i przyjęciu (chyba, że wzmianka jest antycypowana). Czynność faktyczna polegająca na sporządzeniu ugody wywołuje skutki procesowe: pozwala na odczytanie tak sporządzonej ugody, przyjęcie jej przez strony oraz podpisanie przez strony i pracownika.

Pogląd W. Dawidowicza jakoby organ administracji sam ustalał treść ugody zaś „według ustawodawcy strony mają dowiedzieć się o treści ugody od <upo-

⁴⁷ Pogląd SKO w Warszawie przytoczony i uznany za trafny przez WSA w Warszawie w wyroku z 22 05 2009 sygn. I SA/Wa 309/09 publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴⁸ B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 439.

⁴⁹ Por. A. Wróbel, (w:) M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Komentarz*, s. 666.

ważnionego pracownika> i muszą ugodę przyjąć, gdyż przepis ten nie mówi nic o prawie stron do zgłoszenia zastrzeżeń czy odmowie podpisu”⁵⁰ jest, według autora, nietrafny. Pracownik organu spisuje ugodę pod dyktando stron. W efekcie czuwa jedynie, by forma sporządzonej ugody odpowiadała przepisom prawa. Jest także odpowiedzialny za późniejsze procedowanie tj. odczytanie ugody, ewentualne umieszczenie wzmianki o jej odczytaniu i przyjęciu oraz dba o to, by strony (jeśli przyjęły ugodę) złożyły podpisy. Sam jest obowiązany do podpisania ugody. Z przepisów KPA wynika, że pracownik nie ma żadnych uprawnień kontrolnych w stosunku do postanowień stron: obowiązany jest zamieszczać każde postanowienie, także te niezgodne z prawem. Ma wyłącznie uprawnienie, a jednocześnie obowiązek, udzielania niezbędnych informacji i wyjaśnień, a więc może występować jedynie w charakterze doradcy stron. Pracownik organu sporządzając ugodę może jednak podyktowaną przez strony treść wyrazić innymi słowami, ponadto dodaje prawem przewidziane konieczne elementy ugody (datę, oznaczenie stron etc.).

e) Odczytanie ugody. Odczytanie ugody jest przejawem kontrolnych uprawnień stron w stosunku do organu administracji; służy temu, by strony upewniły się, że ostateczna treść ugody odpowiada ich woli, że jest jednoznaczna z zawartym przez nie porozumieniem. Pozwala także na wyeliminowanie potencjalnych błędów pracownika sporządzającego ugodę np. przy oznaczeniu stron (od razu przychodzi na myśl możliwe przekręcanie nazwisk, nieścisły lub nieaktualny adres itp.). Odczytanie ugody wobec wszystkich stron przez pracownika organu administracji ma też podkreślić doniosłość tego wydarzenia wobec każdej ze stron które same na siebie przejęły ciężar merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Jest też ostatnim momentem zastanowienia i refleksji przed przyjęciem ugody i złożeniem podpisu- do momentu złożenia podpisu każda ze stron może wycofać się z zamiaru zawarcia ugody. Wynika to z zasady prymatu decyzji administracyjnej jak również z zasady dyspozycyjności ugody wobec stron.

f) Podpisanie ugody. W. Dawidowicz dostrzegł obowiązek złożenia przez strony podpisów, tymczasem z przepisów wynika coś zupełnie przeciwnego: otóż art. 117 §1 KPA stanowi, że podpisy stron są niezbędnym i koniecznym elementem ugody, natomiast nigdzie nie stanowi, że strony mają obowiązek taki podpis złożyć. Konkluzja jest jasna: strony nie muszą niczego podpisywać, zaś uгода bez podpisu choćby jednej ze stron nie istnieje.

⁵⁰ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 68.

g) Utrwalenie faktu zawarcia ugody. Fakt zawarcia ugody musi być utrwalony przez organ administracji publicznej w aktach sprawy. Obowiązek ten na organ administracji nakłada art. 117 §2 KPA. Formą przewidzianą dla utrwalenia faktu zawarcia ugody jest protokół podpisany przez osobę upoważnioną do sporządzenia ugody. Warto zauważyć, że protokół sporządzić może dowolna osoba- przepis określa jedynie, kto musi protokół podpisać. Należy sądzić, że ta sama osoba sporządza ugodę i podpisuje protokół z faktu zawarcia ugody. Błędny wydaje się pogląd, że obie czynności mogą wykonać różne osoby, z których każda dysponuje równorzędnym upoważnieniem do sporządzenia ugody. W. Dawidowicz przy tej okazji trafnie zauważa, że protokół podpisany tylko przez osobę upoważnioną do sporządzenia ugody nie jest protokołem, lecz adnotacją (zgodnie a art. 72 KPA adnotację podpisuje tylko pracownik, który dokonał czynności, podczas gdy protokół podpisują co do zasady wszyscy biorący udział w czynności urzędowej, jak stanowi art. 68 §2 KPA). Pojawia się jednak pytanie, czy regulacja, że protokół podpisuje ta sama osoba, która sporządziła ugodę (jak powyżej ustalono) jest równoznaczna z nakazem, by tylko ona podpisywała protokół, by nie mógł go podpisać nikt inny. Sądzę, że takiej równoznaczności nie ma. Art. 117 §2 KPA jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów KPA regulujących instytucję protokołu. Używając w tym przepisie nazwy „protokół” KPA świadomie narzucił stosowanie do protokołu, z faktu zawarcia ugody przepisów ogólnych dotyczących protokołu z uwzględnieniem zastrzeżenia, że protokół z faktu zawarcia ugody podpisuje osoba upoważniona do sporządzenia ugody. Art. 117 §2 KPA i art. 119 §3 KPA wyrażają zasadę szczególnej troski o właściwe udokumentowanie zawarcia ugody. Spoglądając na przepisy KPA dotyczące protokołów łatwo można zauważyć, że nie normują one dokładnie, kto sporządza protokół (musi to być pracownik organu) ani tego, kto w szczególności go podpisuje (wszyscy biorący udział w czynności, są równo traktowani, na nikim nie spoczywa szczególna odpowiedzialność za treść protokołu). Art. 117 §2 KPA uzupełnia przepis art. 68 §2 KPA czyniąc osobę, która sporządziła ugodę szczególnie odpowiedzialną za treść protokołu- właśnie ten, a nie inny, pracownik organu powinien się podpisać, jest wyszczególniony spośród innych osób jako ktoś, na kim ciąży specjalna troska o dokładność oraz rzetelność protokołu. Inni biorący udział w czynności urzędowej także powinni, w moim mniemaniu, protokół podpisać. Art. 117 §2 wprowadza jedynie wyższy poziom odpowie-

działności za treść protokołu dla osoby, która sporządziła ugodę dając tym samym wyraz szczególnej wagi, jaką ustawodawca przykłada do udokumentowania ugody.

Utrwalenie faktu zawarcia ugody w żadnym razie nie jest „*zbędnym ogniwem w procedurze zawierania ugody*”⁵¹. Jako skomplikowana czynność procesowa, w której bierze udział wiele podmiotów, musi być należycie udokumentowana. Także dlatego, że wszelkie uchybienia proceduralne skutkować mogą wadliwością, a nawet nieważnością ugody. Właściwe utrwalenie faktu zawarcia ugody i dokonywanych czynności pozwala łatwiej zidentyfikować uchybienia.

Z art. 119 §3 KPA wynika, że oryginał ugody włącza się do akt sprawy.

h) Charakter prawny i skutki zawarcia ugody. Zawarcie ugody to skomplikowana czynność procesowa o złożonej budowie. Łączy w sobie elementy oświadczeń woli o charakterze materialnym, oświadczenia woli o charakterze procesowym, czy wreszcie czynności faktyczne. Oświadczenia woli w aspekcie materialnym składają strony sobie nawzajem by porozumieć się co do treści i przedmiotu ugody, zgodne oświadczenie woli stron zawierających ugodę przedstawiane jest organowi razem z postulatywnym oświadczeniem woli stron co do zamiaru zawarcia ugody. To oświadczenie postulatywne jest dorozumiane: strony składały je wcześniej (art. 116 KPA) bezpośrednio, lecz zgodnie z zasadą dyspozycyjności mogą one w każdej chwili takie oświadczenie cofnąć. Zatem brak wycofania tegoż oświadczenia, wytrwanie w zamiarze, jest również oświadczeniem woli co do zamiaru zawarcia, a ściślej- sporządzenia ugody. Czynnościami faktycznymi są czynności upoważnionego pracownika organu administracji: sporządzenie ugody, odczytanie, umieszczenie wzmianki o odczytaniu i przyjęciu ugody, zebranie podpisów stron, złożenie swego podpisu. Dopiero dokonanie wszystkich tych czynności w ściśle określonej kolejności konstytuuje ugodę administracyjną.

Zawarcie ugody wywołuje skutki prawno-procesowe: nakłada na organ obowiązek skontrolowania ugody i wydania postanowienia o zatwierdzeniu lub o odmowie zatwierdzenia ugody. Skutkiem procesowym zawarcia ugody jest obowiązek działania organu administracji. Innym skutkiem jest przerwanie biegu terminów ustawowych, co trafnie zauważyła J. Jendrośka⁵².

⁵¹ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 330; podobnie K. Zalańska, (w:) M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Komentarz*, s. 661.

⁵² J. Jendrośka, *Ogólne postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, Wrocław 2007, s. 94.

IV. Zatwierdzenie ugody. Art. 118 §1 KPA wyraźnie stanowi, że „ugoda wymaga zatwierdzenia przez organ administracji publicznej, przed którym została zawarta”. Ugoda niezatwierdzona nie wywołuje żadnych skutków materialno-prawnych. Skutki zawarcia ugody są wyłącznie proceduralne, a sprowadzają się do ciążącym na organie obowiązku działania: 1) uzyskania stanowiska innego organu, jeśli wymaga tego rozstrzygnięcie sprawy 2) skontrolowania ugody pod względem zgodności ze stanowiskiem innego organu, jeśli było wymagane; pod względem zgodności z prawem, zgodności z interesem społecznym i słusznym interesem stron 3) wydania postanowienia o zatwierdzeniu lub o odmowie zatwierdzenia ugody. J. Jendrośka uważa, że prawnoproceduralnym skutkiem podpisania ugody jest przerwanie biegu ustawowych terminów w danej sprawie⁵³. Inny pogląd J. Jendrośki głoszący, iż „ugoda niezatwierdzona nie wywołuje żadnych skutków prawnych i nie wchodzi do obrotu prawnego”⁵⁴ wydaje się nietrafny w tym zakresie, w jakim odnosi się do wszystkich skutków prawnych. Wszak skutki prawno-proceduralne także są skutkami prawnymi, a takie skutki ugoda wywołuje z pewnością.

Obowiązek uzyskania stanowiska innego organu, jeśli wymaga tego rozstrzygnięcie sprawy, wynika zawsze z określonego przepisu prawa materialnego określającego warunki wydania decyzji; zazwyczaj prawo materialne przewiduje konieczność uzgadniania planowanych rozstrzygnięć poprzez zasięganie opinii, uzyskanie zgody lub uzyskanie stanowiska w innej formie. W doktrynie mówi się o współdziałaniu organów przy wydaniu decyzji. Na gruncie procesowym współdziałanie organów reguluje art. 106 KPA⁵⁵, który na mocy art. 118 §2 KPA stosuje się także do ugody administracyjnej. Nie wdając się w szczegółowe rozważania na temat art. 106 KPA wystarczy stwierdzić, że zajęcie stanowiska przez inny organ jest koniecznym warunkiem wydania decyzji. „To zajęcie stanowiska może nastąpić w formie wyrażenia opinii, zgody itp., których treść nie jest wiążąca dla organu zasięganego opinii, ale wiążące jest samo zasięgnięcie opinii”⁵⁶. Zasięgnięcie opinii jest procesowym obowiązkiem działania organu. Zaniechanie zwracania się do innych organów o zajęcie stanowiska lub wydanie decyzji w przypadku nieuzyskania stanowiska wspomnianych organów opiniujących jest przesłanką uchylenia decyzji administracyjnej w trybie wznowienia postępowania (art. 145 §1 pkt 6 KPA)⁵⁷.

⁵³ Patrz przypis 52.

⁵⁴ J. Jendrośka, (w:) J. Borkowski (red.), *Komentarz*, Warszawa 1989, s. 216.

⁵⁵ Por. J. Borkowski, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, ss. 395–402.

⁵⁶ M. Wierzbowski (red.), *Postępowania administracyjne*, s. 161.

⁵⁷ Por. Wyrok NSA z 29.12.1986 II SA 1035/86 w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

Organ opiniujący zajmuje stanowisko w formie postanowienia, na które przysługuje stronom zażalenie. W przypadku niezajęcia przez organ opiniujący stanowiska w terminie przewidzianym w art. 106 §3 KPA mają zastosowanie przepisy o milczeniu administracji (art. 36-38 KPA).

Uzyskanie wymaganego prawem stanowiska innego organu musi nastąpić przez zawarcie, tj. sporządzeniem ugody. Tylko w takim wypadku możliwe jest skontrolowanie zawartej, sporządzonej ugody ze stanowiskiem organu opiniującego. Kontrola postanowień ugody z punktu widzenia stanowiska organu opiniującego uzyskanego *ex post* byłaby niezgodna z zasadą ekonomii procesowej.

Organ właściwy do załatwienia sprawy, co do zasady, ma obowiązek zatwierdzenia ugody⁵⁸. Wynika to z art. 118 §3 KPA, który wymienia zamknięty katalog przesłanek odmowy zatwierdzenia ugody. Przesłanki te mają charakter wyjątków. A *contrario* trzeba stwierdzić, że we wszystkich innych przypadkach niż wymienionych w art. 118 §3 KPA organ administracji obowiązany jest ugodę zatwierdzić. Wynika to także z art. 13 KPA.

Zgodnie z art. 118 § 3 KPA organ odmawia zatwierdzenia ugody wtedy i tylko wtedy, gdy 1) ugoda została zawarta z naruszeniem prawa 2) ugoda nie uwzględnia stanowiska organu opiniującego 3) ugoda narusza interes społeczny 4) ugoda narusza słuszny interes stron.

Ad. 1) Naruszenie prawa należy rozumieć dwojako: jako naruszenie przepisów prawa materialnego lub proceduralnego. Naruszenie prawa proceduralnego może polegać na uchybieniu przepisom regulującym tryb zawarcia ugody, formę ugody, treść ugody oraz obowiązkowe elementy struktury ugody. Obrazą prawa proceduralnego występuje wtedy, gdy którakolwiek z czynności procesowych składających się na ugodę jest wadliwa, jak również wtedy, gdy występuje sam fakt niespełnienia jednej z przesłanek zawarcia ugody. Przed wydaniem postanowienia o zatwierdzeniu ugody lub o odmowie zatwierdzenia ugody organ administracji musi ponownie zbadać, czy spełnione są kumulatywnie przesłanki dopuszczalności zawarcia ugody. Naruszenie prawa materialnego może polegać zarówno na uchybieniu przepisom prawa materialnego przez przedmiot i treść ugody, a więc postanowienia stron, jak i na naruszeniu przesłanek dopuszczalności ugody o charakterze materialnoprawnym. Ugoda zawarta *wbrew* przepisowi szczególnemu wyłączającemu możliwość zawarcia ugody narusza zarówno prawo materialne, jak proceduralne: uchybia przepisowi prawa materialnego sprzeciwiającemu się zawarciu ugody oraz przepisowi art. 114 KPA określającego warunki dopuszczalności zawarcia ugody.

⁵⁸ Por. B. Majchrzak, *W kwestii zatwierdzenia (odmowy zatwierdzenia) ugody w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 2, s. 139.

Ad. 2) Nieuwzględnienie przez treść ugody stanowiska organu opiniującego, gdy wyrażenie stanowiska przez ten organ jest wymagane przez prawo, nakazuje organowi administracji odmówić jej zatwierdzenia. Jest dyskusyjne, czy stanowisko innego organu zawsze jest wiążące dla stron zawierających ugodę, czy tylko wiąże strony w tym zakresie, w jakim przepis prawa materialnego ustanawia moc wiążącą stanowiska organu współdziałającego (pogląd B. Adamiak⁵⁹, przeważający w doktrynie), czy też jest tylko opinią mającą znaczenie środka dowodowego i może być nieuwzględnione o tyle, o ile w postępowaniu dowiedziono, że jest nietrafne (tak uważa W. Dawidowicz⁶⁰). Rzeczywiście przepisy prawa materialnego w różnym zakresie wiążą organ właściwy do rozstrzygnięcia sprawy stanowiskiem organu współdziałającego. Może to być wiążąca zgoda lub uzgodnienie, a może być tylko niewiążąca opinia. Stanowisko organu współdziałającego bezwzględnie obowiązuje strony, a jego nieuwzględnienie jest równorzędnym w stosunku do naruszenia prawa kryterium odmowy zatwierdzenia ugody. Chociaż strony bezwzględnie mają obowiązek uwzględnienia stanowiska organu współdziałającego, to sam zakres obowiązku uwzględnienia (zakres związania stron stanowiskiem organu współdziałającego), wyznaczany jest przez przepisy prawa materialnego. Stanowisko organu nie wiąże zawsze tak samo, jak też nie jest tylko środkiem dowodowym. Opowiadam się więc za poglądem B. Adamiak.

Ad 3) i 4) Naruszenie interesu społecznego nie jest przesłanką nadzwyczajną. Wynika tak samo z art. 118 jak i z art. 7 KPA. Podobnie jest ze słusznym interesem strony, tożsamym ze słusznym interesem obywateli w art. 7 KPA. O ile klauzula interesu społecznego jest uzasadniona, to nie ma uzasadnienia dla umieszczenia klauzuli słusznego interesu strony jako kryterium kontroli ugody i przesłanki odmowy jej zatwierdzenia. Powinna ona zostać wykreślona. Istotą ugody jest porozumienie stron, które same zgodnie z własnym przekonaniem kształtują swe prawa i obowiązki. W związku z tym dyspozycyjności stron powinno się pozostawić ocenę ich słusznego interesu (jako wyjątek nawet od art. 7 KPA); jeśli ktoś uważa się za pokrzywdzonego ustaleniami innych stron może nie zawierać ugody, lecz zdać się na osąd organu administracji, który rozstrzygnie sprawę w drodze decyzji. Wyjątkowość trybu ugody powinna przejawiać się właśnie w tym, że strony same osądzą, co jest dla nich korzystne.

Zatwierdzenie ugody lub odmowa jej zatwierdzenia następuje w formie postanowienia, na które przysługuje zażalenie (art. 119 §1 KPA). Postanowienie powinno być wydane w ciągu 7 dni od dnia sporządzenia ugody. W razie przekroczenia przez organ tego terminu stronom służą środki właściwe w przypadku

⁵⁹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 442.

⁶⁰ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 69.

bezczynności organu. Stronom łącznie z postanowieniem zatwierdzającym doręcza się odpis ugody. Wynika stąd, że oryginał ugody pozostaje w aktach sprawy⁶¹. Art. 119 §2 KPA stanowi, że jeśli ugodę zawarto w toku postępowania odwoławczego, to z dniem, w którym stało się ostateczne postanowienie o zatwierdzeniu ugody traci moc decyzja organu pierwszej instancji, o czym wzmiankę zamieszcza się w postanowieniu o zatwierdzeniu ugody.

Istnieje kontrowersja, czy zaskarżona decyzja organu I instancji w dniu, kiedy ostateczne staje się postanowienie o zatwierdzeniu ugody wydane w II instancji, traci moc *ex lege* (za tym stanowiskiem opowiada się m.in. B. Adamiak⁶²), czy też należy wydać decyzję uchylającą decyzję wydaną w I instancji (W. Dawidowicz⁶³). W. Dawidowicz twierdzi, że art. 119 §2 KPA w żaden sposób nie wpływa na formy, w jakich organ odwoławczy odnosi się do decyzji organu I instancji. Jest to pogląd nietrafny. Art. 119 §2 KPA dokładnie określa hipotezę i dyspozycję normy prawnej. W hipotezie mieszczą się dwa się fakty procesowe: imperatywne oświadczenie woli organu, czyli wydanie postanowienia o zatwierdzeniu ugody i zdarzenie procesowe, a więc upływ czasu do dnia, w którym postanowienie o zatwierdzeniu ugody stało się ostateczne. Dyspozycja zaś jest równie wyraźna: decyzja organu pierwszej instancji traci moc. B. Adamiak twierdzi⁶⁴, że za poglądem W. Dawidowicza przemawiają względy słuszności, jako że decyzja o uchyleniu decyzji I instancji usuwałaby wszelkie wątpliwości co do jej obowiązywania w obrocie prawnym. Z tym stwierdzeniem nie sposób się zgodzić, gdyż żadnych wątpliwości być nie może: wyłącza je zarówno wprost przepis ustawy, jak też wzmianka o utracie mocy przez decyzję I instancji zamieszczana w doręczanym stronom postanowieniach o zatwierdzeniu ugody. Niewątpliwie decyzja I instancji nie musi być osobno uchylana przez organ odwoławczy, gdyż traci moc *ex lege*.

Postanowienie o zatwierdzeniu ugody, jak się podkreśla w doktrynie⁶⁵ i orzecznictwie⁶⁶, kończy sprawę w danej instancji, ma moc decyzji administracyjnej. W związku z tym stwierdzenie jego nieważności i weryfikacja w trybie nadzwyczajnym następują w formie właściwej dla decyzji administracyjnej⁶⁷.

⁶¹ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 443.

⁶² Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 443. Por. też B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, s. 253.

⁶³ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, s. 70.

⁶⁴ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 444.

⁶⁵ Por. M. Wierzbowski (red.), *Postępowania administracyjne*, s. 175.

⁶⁶ Np. Postanowienie WSA w Olsztynie z 23 03 2009 sygn. II SAB/OI 57/08, publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁶⁷ Wyrok NSA z dnia 15 09 1995 sygn. IV SA 285/95, publ. w bazie orzeczenia.nsa.gov.pl.

Ugoda wchodzi do obrotu prawnego z dniem, w którym postanowienie o zatwierdzeniu ugody zostało doręczone przynajmniej jednej stronie. Orzecznictwo odnoszące się do skutków prawnych doręczenia decyzji administracyjnej przynajmniej jednej stronie ma zastosowanie⁶⁸.

V. Skutki prawne zatwierdzonej ugody. Zatwierdzona ugoda staje się wykonalna w dniu, w którym postanowienie o jej zatwierdzeniu staje się ostateczne. Wtedy stają się wykonalne uprawnienia i obowiązki wynikające z treści ugody. Wniesienie zażalenia na postanowienie o zatwierdzeniu ugody wstrzymuje z mocy prawa jej wykonalność. Wykonalność ugody pociąga za sobą możliwość przymusowej realizacji jej postanowień w trybie postępowania egzekucyjnego. Organ administracji, przed którym została zawarta ugoda ma obowiązek potwierdzić jej wykonalność na egzemplarzu ugody. Przepis ten ma charakter gwarancyjny. By egzekwować postanowienia ugody nie wystarcza, by postanowienie o jej zatwierdzeniu stało się ostateczne. Art. 120 §2 KPA wprowadza kolejną przesłankę formalną wykonalności ugody w postaci urzędowego potwierdzenia jej wykonalności na egzemplarzu tj. odpisie ugody⁶⁹.

Zgodnie z art. 121 KPA zatwierdzona ugoda wywołuje takie same skutki jak decyzja administracyjna. Tak więc kończy postępowanie w danej instancji (skutek procesowy) jak i reguluje prawa i obowiązki materialnoprawne stron (skutek materialnoprawny).

Art. 122 KPA nakazuje stosować do ugody administracyjnej oraz do postanowienia o jej zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia przepisy dotyczące decyzji administracyjnej. W zakresie nienormowanym w rozdziale 8. KPA stosuje się wszystkie przepisy regulujące przebieg postępowania ogólnego. Natomiast przepisy o weryfikacji decyzji w postępowaniu nadzwyczajnym mają zastosowanie tylko do postanowienia o zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia ugody.

VI. Konstrukcja ugody w KPA. Chcąc opisać konstrukcję ugody w KPA trzeba znaleźć odpowiedź na trzy pytania: czym jest ugoda administracyjna? Co składa się na ugodę administracyjną? Jak to się ma do katalogu prawnych form działania administracji?

Ugoda administracyjna jest czynnością procesową o charakterze złożonym. Zdaniem autora składają się na nią dwie czynności: zawarcie ugody, czyli zgodne oświadczenia woli (o charakterze materialnoprawnym) stron oraz sporządzenie ugody, czyli procesowa czynność faktyczna, dokonywana przez

⁶⁸ Np. wyrok NSA z 22 06 2007 sygn. II OSK 239/07, publ. w bazie orzeczenia. nsa.gov.pl.

⁶⁹ Por. B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz*, s. 444.

pracownika organu administracji. Obie czynności zostały powyżej dokładnie omówione. Złożenie tych dwóch czynności, czyli zawarcie i sporządzenie ugody konstytuują pełną, skończoną ugodę administracyjną. Należy uznać, że postanowienie o zatwierdzeniu ugody nie jest częścią ugody. Jest ono odrębną czynnością procesową o całkowicie innej naturze. Zawarta i sporządzona ugoda nie wywołuje skutków materialnoprawnych, lecz wywołuje skutki procesowe. Jest samoistną i dokonaną czynnością procesową, mającą pełną doniosłość prawną. Jako że organ administracji (poprzez upoważnionego pracownika) ma obowiązek sporządzenia ugody, odczytania jej, zebrania podpisów stron oraz złożenia podpisu pracownika, przeto sporządzenie ugody jest prawną formą działania administracji, procesową czynnością faktyczną. Sporządzenie protokołu można tu pominąć: jest czynnością poboczną i nie konstytuuje ugody.

Należy wskazać, że zupełnie osobną prawną formą działania administracji jest postanowienie o zatwierdzeniu lub odmowie zatwierdzenia ugody. To czynność procesowa: imperatywne oświadczenie woli organu administracji, akt administracyjny. Dopiero zatwierdzona w drodze postanowienia ugoda wywiera skutki materialnoprawne. Z drugiej strony tylko zawarcie ugody administracyjnej (jako zdarzenie procesowe) umożliwia organowi administracji wydanie postanowienia o jej zatwierdzeniu lub o odmowie zatwierdzenia.

Zdaniem autora ugoda administracyjna nie jest pod względem procesowym, wbrew popularnym w piśmiennictwie poglądom⁷⁰, jednolitą prawną formą działania administracji. Należy oddzielić samą ugodę, będącą skutkiem czynności organu i stron, od postanowienia o zatwierdzeniu ugody będącego czynnością wyłącznie organu. Z tego punktu widzenia definiowanie ugody jako „*pisemne porozumienie zawarte między stronami postępowania administracyjnego przed organem I lub II instancji, przed którym toczy się postępowanie administracyjne, i zatwierdzone przez ten organ po skontrolowaniu jego prawidłowości*”⁷¹ jest nieuzasadnione. Przepisy KPA nie dają podstaw dla stwierdzenia, jakoby ugodą było porozumienie zawarte i zatwierdzone. Przeciwnie: KPA mówi osobno o zawieraniu ugody i jej zatwierdzaniu. Ugoda niezatwierdzona wciąż pozostaje ugodą. Poza tym uczestnictwo organu administracyjnego przy tak pojętej ugodzie pojmowane jest w doktrynie nadzwyczaj wąsko: „*jest to więc uczestnictwo przez kontrolę prawidłowości porozumienia stron i akceptację tego porozumienia*”⁷². Budzi to wątpliwości, gdyż organ administracji aktywnie uczestniczy przy sporządzaniu ugody: czynności faktyczne organu wspólnie ze zgodnymi oświadczeniami woli stron współkonstytuują ugodę. O dwuczłonowej budowie ugody można mówić

⁷⁰ Por. M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, ss. 274–276.

⁷¹ Ibidem, s. 274.

⁷² Ibidem, s. 276.

wyłącznie w kontekście jej zawarcia i sporządzenia- zgodności oświadczeń woli stron i czynności faktycznej organu. Te argumenty przemawiają za odrzuceniem poglądu, wedle którego *„ugoda administracyjna ma budowę dwuczłonową; w jej skład wchodzi, jako równorzędne elementy składowe, porozumienie stron w kwestiach spornych oraz zatwierdzenie tego porozumienia przez organ administracji”*⁷³.

Jednakże należy podkreślić, że w ujęciu prawnomaterialnym teoria dwuczłonowej budowy ugody administracyjnej składającej się z porozumienia i postanowienia o jej zatwierdzeniu ma swój głęboki sens. Ugoda niezatwierdzona nie wchodzi do obrotu prawnego, nie wywołuje skutków materialnoprawnych tj. nie rodzi skutków w postaci nawiązania, ustania lub zmiany stosunku administracyjnoprawnego o charakterze materialnoprawnym. Ujęcie materialnoprawne, uznające pierwszeństwo stosunków administracyjnoprawnych o charakterze trwałym (w rozumieniu J. Starościaka) domaga się ugody jako jednej prawnej formy działania administracji. W tej pracy jednak przyjęto, że wartością pozwalającą głębiej zrozumieć system prawa administracyjnego jest rozróżnienie prawa materialnego i proceduralnego, stosunków administracyjnoprawnych trwałych i przejściowych, procesowych i materialnych. Specyfika postępowania administracyjnego ujmowanego procesualnie domaga się jego odrębnego zbadania uwzględniającego wyjątkowość stosunków procesowych.

VII. Uwagi de lege ferenda. Analiza przepisów KPA dotyczących ugody administracyjnej pozwala wysoko ocenić regulację tej materii. Poziom legislacji, zwięzłość, mądre usystematyzowanie i wzajemne powiązanie przepisów rozdziału 8 KPA między sobą, jak też z pozostałymi przepisami kodeksu nie uzasadniają wprowadzania generalnych zmian w tych regulacjach. Jednakże potrzebne wydają się dwie poprawki, które przyczyniłyby się do większej przejrzystości przepisów.

Po pierwsze, jak wspomniano już w tej pracy, regulacja dotycząca tego, kto właściwie sporządza ugodę może budzić wątpliwości. Dobrze byłoby w osobnej jednostce redakcyjnej (paragraf lub choćby osobne zdanie) rozwiązać te wątpliwości ustanawiając normę, że to upoważniony pracownik organu administracji sporządza ugodę.

Po drugie: konieczna wydaje się zmiana art. 118 §3 KPA czyli kryteriów odmowy zatwierdzenia ugody, poprzez wykreślenie stamtąd zgodności ze słusznym interesem stron. Nowy art. 118 §3 byłby wówczas przepisem szczególnym w stosunku do art. 7 KPA z tej racji, że wyłączałby jakąkolwiek kontrolę organu administracji nad interesem stron czy obywateli. Specyfika ugody polegająca na

⁷³ Ibidem, s. 276.

tym, że strony same mogą decydować o swoich prawach i obowiązkach, same określać swój interes i stopień, w jakim uznają go za słuszny czyni dodatkową troskę organu o zabezpieczenie interesu stron zarówno zbędną, jak i nawet szkodliwą, gdyż ogranicza strony w ich swobodzie umawiania się. Organ administracji nie wchodząc w sferę interesów stron powinien wyłącznie dbać o to, by ugoda była zgodna z wolą ustawodawcy (zgodność z prawem) i interesem ogólnym (interes społeczny).

Niewątpliwie potrzebny jest również pewien zwrot w doktrynie prawa administracyjnego. Rewizji domaga się katalog prawnych form działania administracji. Należałoby wprowadzić tam zasadniczy podział na formy działania procesowe i pozaprocesowe, czyli takie, które mają miejsce w toku procesu administracyjnego i takie, które mają miejsce poza tym procesem. Przy tym należy zaznaczyć, że wiele instytucji prawnych miałyby charakter mieszany, lecz wyraźne rozróżnienie elementu procesowego i nieprocesowego jest niezwykle doniosłe. Przede wszystkim ze względu na kolosalną różnicę pomiędzy naturą norm i stosunków prawnoprocesowych, a materialnoprawnych- różnicę znaną i podkreślaną w teorii prawa administracyjnego (choćby przez J. Starościaka). Na gruncie takich podziałów głębsze przemyślenie statusu ugody administracyjnej i jej konstrukcji wydaje się istotne i potrzebne.

ADMINISTRATIVE SETTLEMENT AND RESOLUTION ON APPROVAL/REFUSAL OF APPROVAL OF SETTLEMENT

The purpose of this article is to present the institution of administrative procedural law, the administrative settlement, regulated under Chapter 8 of the Administrative Procedure Code (APC). The conditions of admissibility of the settlement, the mode of its preparation, inspection and approval have been discussed. In context of the introduced classification of procedural facts, there have been made a detailed procedural analysis of procedural actions of the parties and administration authority in the procedure of conclusion, preparation and approval of the settlement. In relation to the views of doctrine and jurisprudence the author examines the normative construction of settlement in the APC. The view prevailing in the doctrine considers administrative settlement as an agreement concluded by the parties and approved by the administration authority (so-called binary construction of administrative settlement). Recognizing this view as erroneous the author shows that, from the procedural point of view, the settlement is constituted solely by the agreement concluded by the parties, prepared by the administration authority and signed by an authorized officer of the administration authority and by the parties. Defined in such way, the administrative settlement is a non-imperial legal form of action of administration- the actual action consisting of preparing the settlement and signing it by an authorized officer. Unapproved administrative settlement has the procedural effects such as the obligation of inspection and obligation to issue a resolution on its approval (refusal of approval). Approval (refusal of approval) of the administrative settlement, in the form of resolution, is a separate legal form of action of administration, the unilateral imperial declaration of will, the administrative act.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Waldemar Trojan ■

FUNKCJA DOSKONALĄCA (PRAKSEOLOGICZNA) ZASAD PRAWNYCH ZAWARTYCH W K.P.A. W ZAKRESIE WYDAWANIA DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ

Zasady ogólne (podstawowe) postępowania administracyjnego zawarte są w rozdziale 2 działu I k.p.a.¹. Nazwy ich zostały określone przez doktrynę. Zalicza się do nich między innymi zasady: 1) legalności, 2) praworządności, 3) prawdy obiektywnej (materialnej), 4) uwzględniania interesu społecznego i słusznego interesu obywateli, 5) budzenia zaufania obywateli do organów administracji publicznej, 6) obowiązku organu udzielania obywatelowi informacji faktycznej i prawnej, 7) czynnego udziału strony w postępowaniu, 8) przekonania, 9) szybkości postępowania, 10) ugodowego załatwienia sprawy, 11) pisemności (dokument papierowy i elektroniczny), 12) dwuinstancyjności, 13) zaskarżalności decyzji do sądu².

Wszystkie wymienione zasady postępowania administracyjnego w mniejszym lub większym stopniu mają wpływ na procedurę wydawania decyzji administracyjnej w tzw. postępowaniu jurysdykcyjnym (orzekającym)³. Ponieważ są wspólne dla całości postępowania administracyjnego, stosuje się je

¹ Kodeks postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r. – tekst jednolity z dnia 9 października 2000 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 1071 z późniejszymi zmianami) – dalej określany jako k.p.a.

² Art. od 6 do 16 k.p.a.

³ M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w Kodeksie postępowania administracyjnego*, (w:) *Księga pamiątkowa ku czci K. Stefki*, Warszawa – Wrocław 1967, s. 433.

w stosunku do wszystkich przepisów kodeksu, we wszystkich stadiach postępowania⁴.

Lege non distinguente należy przyjąć, iż zasady ogólne postępowania administracyjnego, które zostały wyżej przedstawione, są zasadami prawnymi (normy prawne). To oznacza, iż wiążą one przede wszystkim organy administrujące w każdym stadium (przebiegu) procedury wydawania decyzji administracyjnej.

Jak podaje się w literaturze, zasady prawne (zasady postępowania administracyjnego) posiadają szczególną pozycję w stosunku do innych norm systemu prawnego, gdyż:

- różnią się od pozostałych reguł prawnych między innymi tym, że zajmują pozycję „wyższą” w hierarchicznej strukturze prawa proceduralnego,
- są traktowane jako zbiór reguł (prawnych) wyodrębnionych w jedną funkcjonalną całość⁵.

Zasady prawne wyjmuje się niejako przed nawias całej procedury administracyjnej zawartej w k.p.a.

W starszych opracowaniach dotyczących problematyki procedury administracyjnej można spotkać się z poglądem, iż k.p.a. jako jeden z celów (ratio legis) stawiało sobie podniesienie sprawności działania organów administrujących przy załatwianiu indywidualnych spraw obywateli⁶.

Natomiast orzecznictwu sądów administracyjnych (wówczas tylko NSA) przypisywało się cel, który ma prowadzić między innymi do udoskonalania funkcjonowania organów administrujących⁷.

Współcześnie J. Borkowski stwierdza, iż w tworzeniu efektywnych standardów działania administracji publicznej w sprawach o charakterze indywidualnym ma przede wszystkim odgrywać rolę orzecznictwo sądów administracyjnych czy organów kontroli państwowej, które zajmują się oceną tej działalności w całym kontekście funkcjonowania administracji⁸.

⁴ B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, C.H. Beck 2011, s. 34.

⁵ A. Wróbel, (w:) K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne, egzekucyjne i sądownoadministracyjne*, Zakamycze 2005, s. 39.

⁶ R. Orzechowski, *Nowelizacja kodeksu postępowania administracyjnego. Założenia i zakres*, Warszawa 1985, s. 6.

⁷ M. Wyrzykowski, *Sądownictwo administracyjne w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1983, ss. 26–27.

⁸ J. Borkowski, (w:) *System prawa administracyjnego, Prawo procesowe administracyjne*, tom 9, Warszawa 2010, ss. 25–26.

A. Wiktorowska, odnosząc się do prawnych form działania administracji, przytacza za niemieckimi autorami, iż jednym z warunków skutecznej administracji jest to, by była ona efektywna, tzn. aby jej działalność odnosiła się nie tylko do legalności, ale również obejmowała sprawność i skuteczność w trzech wymiarach (czasowym, finansowym, jakościowym)⁹.

Natomiast Z. Kmiecik przedstawiając ogólne zasady prawne i postępowania administracyjnego również podnosi kwestię usprawnienia działalności administracji poprzez wyposażenie jej w dostatecznie pojemne i elastyczne procedury działania¹⁰. Autor przedstawiając pojęcie ogólnych zasad postępowania administracyjnego w różnych ujęciach ich funkcjonalnego wykorzystania dokonuje następującej ich typologii:

- 1) zasady prawne w znaczeniu (sensie) normatywnym,
- 2) zasady prawne jako wzorce zachowań,
- 3) zasady prawne jako wzorce regulacji,
- 4) zasady prawne jako postulaty¹¹.

W ten sposób zasady procedury administracyjnej traktuje również Europejski Kodeks Dobrych Praktyk Administracyjnych, gdzie pojęcie „dobra administracja” jest utożsamiane z pojęciem „dobre zarządzanie”¹².

Jednak jak dotychczas, odnosząc się do katalogu ogólnych zasad prawnych zawartych w art. 6-16 k.p.a., doktryna przypisuje im tylko funkcje¹³, które problematyki doskonalenia¹⁴ (prakseologii¹⁵) nie dotyczą.

⁹ A. Wiktorowska, (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24–27 września 2006 r., pod red. J. Zimmermanna, Wolters Kluwer 2007, s. 360.

¹⁰ Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 25.

¹¹ Ibidem, ss. 35–36.

¹² J. Świątkiewicz, *Europejski Kodeks Dobrej Administracji* – materiał przetłumaczony, opracowany i rozpowszechniany przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, wydanie V, styczeń 2005.

¹³ Określenie używane w naukach ścisłych „funkcja – wzajemny związek albo zależność dwóch lub więcej wielkości” zob. *Słownik języka polskiego PWN*, t. I, Warszawa 1978, s. 619. W znaczeniu prezentowanym w tekście, tj. odnośnie procedury administracyjnej, nie chodzi o związek przyczynowo-skutkowy lub logiczny, ale o związek o charakterze powinnościowym, tzn. oczekiwanie wystąpienia pewnych skutków, które są pożądane z punktu widzenia tej regulacji prawnej.

¹⁴ Określenie „doskonalic” – oznacza „ulepszać, poprawiać”. W znaczeniu prezentowanym w tekście, tj. „doskonalic technikę wykonywania” administracji, „doskonalic się” w stosowaniu prawa, „doskonalszy – odznaczający się najwyższą jakością, mający wszelkie zalety, wolny od jakichkolwiek błędów, usterek, wad”, zob.: *Słownik języka polskiego PWN*, t. I, Warszawa 1978, s. 435.

¹⁵ Nurt filozoficzny zwany początkowo metodologią ogólną, którego twórcą był

W literaturze wymienia się następujące funkcje zasad prawnych zawartych w kodeksie: 1) opisową – wyrażającą się określaniem w sposób ogólny podstawowych cech i założeń postępowania administracyjnego, 2) interpretacyjną – odnoszącą się do organów stosujących prawo w sposób zbieżny z zasadami ogólnymi, 3) ochronną – która również dotyczy organów i tworzy dla nich sankcje za naruszenie tych zasad¹⁶.

Inni autorzy przedstawiają następujące funkcje ogólnych zasad prawnych, które mają służyć: 1) ujednoliceniu praktyki stosowania prawa administracyjnego – jako reguły postępowania służące do ujednolicenia wykładni przepisów prawa materialnego oraz procesowego, 2) sterowaniu działaniom podejmowanym w ramach uznania administracyjnego – związana głównie z zasadami uwzględniania z urzędu interesu społecznego i słusznego interesu obywateli, prawdy obiektywnej i sądowej kontroli decyzji administracyjnych, 3) pełnieniu roli dyrektyw interpretacyjnych - dotyczy np. interpretacji wyrażen nieostrych, wyznaczenia granic uznania administracyjnego, konkretnych przepisów, jak i do

T. Kotarbiński: „prakseologia – teoria sprawnego działania, dziedzina badań naukowych dotyczących wszelkiego celowego działania ludzkiego”, zob.: *Słownik języka polskiego* PWN, t. II, Warszawa 1978, s. 907. Są dwa różne działy problematyki prakseologicznej: 1) ogólna teoria działania, 2) kwalifikacja działań pod względem ich walorów praktycznych.

Ad 1) Ogólna teoria działania, której zadaniem jest przede wszystkim propozycja pojęć, niezbędnych do opisu zachowań celowych. Domaga się wyjaśnienia pojęć czynu. Następnie relacja sprawstwa zachodzącego między dziełem a jego autorem. A dalej: tworzywo, cel, metoda, plan.

Ad 2) Kwalifikacja działań pod względem ich walorów praktycznych. Jest to swoista dla prakseologii problematyka. Co się bowiem tyczy ogólnej teorii działania, to jest ona także podstawą dla innych dziedzin nauki. Np. pojęcie sprawstwa ma zasadnicze znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności prawnej, pojęcie celu odgrywa istotną rolę w teorii zarządzania czy psychologii.

Kotarbiński określał prakseologię jako dyscyplinę nauki, która sprowadza się przede wszystkim do poszukiwania, uzasadniania i systematyzowania ogólnych wskazań i ostróg dotyczących jak największej sprawności działań celowo przedsięwziętych. Na sprawność zaś składają się skuteczność i gospodarność, obie podlegają stopniowaniu. Skuteczność mianowicie może być mniejsza lub większa, w zależności czy cel został osiągnięty, czy też zdołano w pewnym stopniu przybliżyć się do celu. Gospodarność (inaczej ekonomiczność) – antyteza marnotrawstwa – też urzeczywistnia się w większej lub mniejszej mierze i to do obu swych aspektów: produktywności i oszczędności, z których pierwsza jest tym dalej posunięta, im bogatszy uzyskało się plon osiągnięć przy danym zużyciu zasobów, druga w tym większym bywa spełniona stopniem, im mniej zdoła się zużyć zasobów dla uzyskania danego wyniku. T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Warszawa 1955, s. 494–495.

¹⁶ P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2009, ss. 36–37.

poszczególnych instytucji prawnych, 4) zapewnieniu elastyczności podejmowanych na podstawie przepisów działań - zasady ogólne można traktować jako dopełnienie obowiązujących norm prawnych, zapewniające niezbędną elastyczność działań administracji publicznej, 5) wypełnianiu luk w prawie administracyjnym - zasady ogólne mogą służyć do wypełniania luk istniejących w prawie administracyjnym w takim zakresie, w jakim dopuszczalność analogii w tej gałęzi prawa możemy dopuścić, 7) wyznaczaniu kierunku pracom legislacyjnym - jako pewien trzon regulacji procesowych. W związku z tym rozwiązania przyjmowane w aktach powszechnie obowiązujących, w szczególności w ustawach powinny być zgodne z zasadami ogólnymi¹⁷.

Jeszcze inni komentatorzy wskazują na następujące funkcje zasad zawartych w k.p.a.: 1) porządkowania systemu procesowego - polega na zapewnieniu spójności prawa, zarówno w procesie jego tworzenia, jak i w procesie stosowania prawa, 2) kształtowania modelu procesu - przejawia się przede wszystkim w tym, że zasady ogólne determinują kształt poszczególnych instytucji procesowych, 3) interpretacyjną - polega przede wszystkim na traktowaniu zasad jako wskazówek przy wykładni przepisów prawa i wykorzystywaniu ich zwłaszcza w razie konieczności dokonania wyboru między różnymi wariantami wykładni oraz uzupełniania luk w systemie prawa procesowego, 4) poznawczą - przejawia się m.in. w tym, że pozwalają one na lepsze zrozumienie podstawowych założeń, na jakich oparte jest postępowanie administracyjne¹⁸.

Pomijana jest natomiast w doktrynie wspomniana funkcja doskonaląca (prakseologiczna) zasad postępowania administracyjnego, którą z powodzeniem można wyprowadzić z poszczególnych norm prawnych zawartych w k.p.a.

Wydaje się, iż dostrzeżenie funkcji doskonalącej w odniesieniu do procedury administracyjnej jest bardziej istotne niż w stosunku do prawa procesowego sądowego (karnego, cywilnego). Wynika to z samego przedmiotu i celu ogólnego postępowania administracyjnego określonego w art. 1 pkt 1, 2 k.p.a.

Sprawność działania administracji ma znaczenie przede wszystkim dla podmiotu występującego w stosunku do niej z określonym żądaniem - najczęściej chodzi właśnie o załatwienie sprawy przez wydanie decyzji administracyjnej. Jednakże sprawność działania administracji ma również istotne znaczenie dla państwa. Należy bowiem pamiętać, że ocena funkcjonowania aparatu państwa, efektywności i sprawności jego działania, jest istotnym i ważnym czynnikiem formułowanych społecznych ocen funkcjonowania państwa. Sprawność działa-

¹⁷ Cz. Marzysz, (w:) G. Łaszyc, Cz. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, tom I, Zakamycze 2005, ss. 111–113.

¹⁸ G. Rząsa, (w:) M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, C.H. Beck 2011, ss. 60.

nia ma także wpływ na faktyczne możliwości realizacji zadań państwa w różnych sferach. Przykładowo można wskazać, że przeciągające się w czasie załatwianie spraw podatkowych - z oczywistych względów - może prowadzić do opóźnienia zapewnienia wpływów finansowych do budżetu państwa¹⁹.

W mojej ocenie funkcja doskonaląca (prakseologiczna) polega na tym, że ogólne postępowanie administracyjne, na podstawie doświadczeń w funkcjonowaniu aparatu administracyjnego, tak powinno kształtować procedurę administracyjną, aby mogła ona w sposób prawidłowy i najbardziej efektywny osiągnąć wyznaczone jej cele.

Zasadniczym celem, in principio ogólnego postępowania administracyjnego, jest realizacja prawa administracyjnego materialnego, które przejawia się w ustanowieniu i/lub zniesieniu uprawnień i/lub obowiązków²⁰, poprzez rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy indywidualnej w drodze decyzji administracyjnej.

Przy czym to rozpoznanie i rozstrzygnięcie powinno być prawidłowe i efektywne, tzn. powinno z jednej strony odpowiadać wymaganiom przepisów prawa administracyjnego (ustrojowego, materialnego, procesowego), a z drugiej strony powinno spełniać wymagania skuteczności i ekonomiczności.

De facto są to wymagania komplementarne, które towarzyszą każdej działalności orzeczniczej zmierzającej do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia. Należy postawić tezę, iż oba rodzaje wymagań (prawidłowość i efektywność) nie mogą funkcjonować oddzielnie, czy też w oderwaniu od siebie. Z tą różnicą, iż wymaganie prawidłowości (legalności) jest w całości zależne od norm prawnych powszechnie obowiązujących, a wymaganie efektywności może być zdeterminowane jeszcze innymi wyznacznikami (kryteriami). Jednak i one powinny mieć swoje podstawy w normach procesowych prawa administracyjnego.

W związku z tym procedura wydawania decyzji administracyjnej, która kreuje indywidualną normę prawną, nastawiona być musi na spełnienie powyższych wymagań, tj. prawidłowości (legalności) i efektywności (skuteczności oraz ekonomiczności).

Podobne stanowisko prezentuje B. Admiak przedstawiając funkcję instrumentalną prawa procesowego, tzn. podnosi postulat kształtowania postępowania administracyjnego w taki sposób, aby gwarantować jednostce prawo do szybkiego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy. Zdaniem autorki, które w pełni należy zaakceptować, ogólne postępowanie administracyjne służy nie tylko do uporządkowania całego skomplikowanego ciągu czynności procesowych, ale również

¹⁹ R. Hauser, (w:) B. Gruszczyński, M. Niezgódka-Medek, R. Hauser, A. Kabat, S. Babiarczyk, B. Dauter, *Ordynacja podatkowa, Komentarz*, LexisNexis 2011, ss. 533.

²⁰ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, ss. 7–8.

kształtuje ten ciąg czynności właśnie instrumentalnie, jako celowe i skuteczne narzędzie do osiągnięcia celu postępowania przez rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy. Dlatego prawo procesowe wprowadza regulacje, takie jak:

- dopuszczalność dowodów, które mają znaczenie prawne dla sprawy, co ma służyć zabezpieczeniu przed przewlekłością postępowania,
- formę rozprawy, która służy nie tylko jawności, ale też koncentracji w jednym miejscu i czasie wszystkich stron i uczestników postępowania,
- reguły skuteczności doręczeń²¹.

Oczywiście wydawanie decyzji administracyjnej nie powinno i nie może ograniczać się tylko do wymagań skuteczności w zakresie kryterium czasu (szybkości) rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy. Jednak jest to jedno z ważniejszych kryteriów, które stanowi wystarczający argument na rzecz *de lege lata* dostrzeżenia funkcji doskonalącej (prakseologicznej) ogólnych zasad zawartych w k.p.a. Z powodzeniem można tę funkcję wyprowadzić z art. 12 § 1, 2 k.p.a., - jest to zasada szybkości postępowania administracyjnego: dążenie do tego, by skrócić czas trwania procesu wydawania decyzji administracyjnej, tzn. w miarę możliwości załatwianie sprawy w terminach krótszych niż wyznaczone w przepisach prawa, co dobrze wpisuje się w funkcję doskonalącą zasad prawnych zawartych w k.p.a.

W literaturze przedmiotu, w związku z powyższym kryterium czasu (szybkości), prezentuje się różne przykłady metod postępowania, które mają prowadzić do dyscyplinowania podmiotów administracji przy załatwianiu spraw w drodze decyzji administracyjnej, tzn.:

- dewolucję kompetencji polegającą na przeniesieniu sprawy do organu wyższego stopnia, który będzie działał jako organ wyższej instancji w stosunku do organu, który nie załatwił sprawy w instancji niższej,
- sygnalizację polegającą na obowiązkowym zawiadamianiu organu wyższego stopnia (najczęściej będącego także organem nadzoru) o każdym przypadku niezakończenia sprawy w terminie,
- uznawanie milczenia albo bezczynności administracji za równoznaczne z wydaniem decyzji pozytywnej, niekiedy w innych systemach prawnych – negatywnej²².

²¹ B. Adamiak, (w:) *System prawa administracyjnego, Prawo procesowe administracyjne*, Tom 9, Warszawa 2010, s. 22.

²² R. Hauser, (w:) B. Gruszczyński, M. Niezgódka-Medek, R. Hauser, A. Kabat, S. Babiarczy, B. Dauter, *Ordynacja podatkowa, Komentarz*, LexisNexis 2011, s. 533, za B. Adamiak, J. Borkowski, *Polskie postępowanie administracyjne*, Warszawa 1996, s. 116, też: B. Graczyk, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1953, s. 100.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym zasadność formułowania funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad postępowania administracyjnego w zakresie kryterium czasu (szybkości) jest wspomniane wyżej prawo do dobrej administracji. Prawo do dobrej administracji, które traktowane jest jako zasada prawna, zostało zawarte w europejskim prawie wspólnotowym²³. Jej stosowanie nie dotyczy tylko instytucji, organów i agencji UE, ale rozciąga się również na organy krajowe, które stosują prawo wspólnotowe przy wydawaniu decyzji administracyjnej²⁴. Z zasady tej wynika między innymi to, że każdy ma prawo do bezstronnego i rzetelnego załatwienia swojej sprawy w rozsądnym terminie. Zasada do dobrej administracji bezpośrednio nawiązuje do zasad postępowania administracyjnego, a nawet, jak podaje się w literaturze, ma ona zastosowanie do całego systemu prawa polskiego²⁵. To nie jedyny przykład gdzie europejskie prawo wspólnotowe wywiera wpływ na interpretację prawa krajowego. Tytułem przykładu dwa zagadnienia bezpośrednio związane z funkcją doskonalącą (prakseologiczną): po pierwsze, podstawowe znaczenie przypisuje się stosowania tego prawa europejskiego (materialnego) na płaszczyźnie wewnętrznej państw członkowskich²⁶, po drugie, to tym państwom członkowskim przypisuje się obowiązek, aby jednostka w sposób efektywny²⁷ mogła dochodzić przed właściwymi organami krajowymi swych praw wynikających z prawa wspólnotowego²⁸.

²³ Art. 41, Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (nr 2007/C303/01) z dnia 14.12.2007 r., (Dz. Urz. UE.C 2007 Nr 303, s. 1).

²⁴ S. Biernat, *Wydawanie decyzji administracyjnych a prawo wspólnotowe*, (w:) *Procedura administracyjna wobec wyzwań współczesności. Profesorowi zwyczajnemu dr. hab. Januszowi Borkowskiemu przyjaciele i uczniowie*, Łódź 2004, s. 43, 45–46.

²⁵ J. P. Tarno, (w:) J. P. Tarno, E. Frankiewicz, M. Sieniuc, M. Szewczyk, J. Wyporska, *Sądowa kontrola administracji*, Europejska Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa 2006, s. 36.

²⁶ A. Łazowski, *Ochrona praw jednostki w prawie wspólnot europejskich*, Zakamycze 2002, 55–58.

²⁷ Jeżeli jednak krajowe procedury (w tym administracyjne) powodują na przykład niedotrzymanie terminów procesowych w sytuacjach, w których zagrażało to ochronie praw jednostki, wynikających z prawa wspólnotowego. W tym przypadku ETS określił dwie granice stosowania prawa krajowego: zasadę jednakowego standardu i zasadę efektywności. Zasada jednakowego standardu – polega na tym, że nie wolno stosować różnych standardów dla dochodzenia podobnych roszczeń, w zależności od tego, czy są one oparte na prawie krajowym, czy europejskim. Zasada efektywności – polega na tym, że nie wolno powoływać się na przepisy proceduralne, które prowadzą do faktycznego uniemożliwiania lub nadmiernego utrudniania dochodzenia uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego. Zob.: NSA, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”, dwumiesięcznik, rok I nr 1 (1)/2005, Orzecznictwo, Wyrok ETS z dnia 15 września 1998 r., sprawa C-231/96 Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Fdis) vs Ministerstwo Finasów (Zb. Orz. [ECR] 1998, s. I-4951), Wybór i opracowanie W. Czapliński, ss. 52–54.

²⁸ A. Łazowski, *ibidem*, ss. 69-72.

Kolejnym wymiarem skuteczności w zakresie wymagań efektywności ogólnego postępowania administracyjnego tytułem przykładu może być kryterium operatywności (aktywność), które ma prowadzić do ustalenia stanu faktycznego, niezbędnego przy podejmowaniu rozstrzygnięć w danej sprawie. Zgodnie z art. 7 k.p.a. gdzie zawarta jest zasada dochodzenia do prawdy obiektywnej (materiałnej). Pomimo zmiany art. 7 k.p.a.²⁹, której celem było zaktywizowanie strony postępowania administracyjnego w zakresie inicjatywy dowodowej tj. prawo do formułowania stosownych wniosków dowodowych. Jednak nadal w świetle art. 77 § 1 k.p.a. gdzie wyrażona jest zasada inkwizycyjności (oficjalności) - ciężar dowodu spoczywa na organie prowadzącym postępowanie administracyjne. Jak podaj się w literaturze przedmiotu organ administrujący ma obowiązek zachowania aktywnej postawy podczas całego postępowania wyjaśniającego. Tak rozumiana aktywność stanowi de facto obowiązek organu do:

- wykorzystania w sprawie wszystkich dowodów znanych mu z urzędu,
- poszukiwania innych (nowych) dowodów na potwierdzenie określonych faktów z wykorzystaniem dostępnych źródeł dowodowych,
- dopuszczenia wszystkich środków dowodowych zgłaszanych przez stronę lub innych uczestników postępowania, o ile mają one istotne znaczenie dla sprawy³⁰.

Dlatego w trakcie postępowania dowodowego fundamentalne znaczenie ma także zasada czynnego udziału strony w postępowaniu – art. 10 § 1 k.p.a., udzielania informacji stronom - art. 9 k.p.a., przekonywania - art. 11 k.p.a., pisemności – art. 14 k.p.a., a także szybkości i prostoty - art. 12 § 1 k.p.a.³¹. Ponadto organ administrujący, zgodnie z następną obowiązującą zasadą swobodnej oceny dowodów w postępowaniu dowodowym - art. 75 § 1 k.p.a., ma między innymi swobodę w zakresie formułowania tez dowodowych oraz wyboru środków dowodowych.

Szczególnie pod pojęciem operatywności (aktywności) należy rozumieć taką sytuację w której strona postępowania dowodowego nieumiejętnie korzysta z uprawnień procesowych jej przysługujących (np. przedstawia swoje racje ogólnikowo i lakonicznie, przedstawia dokumenty niekompletne, składa wnioski dowodowe niepełne, itp.). W takim przypadku na organie prowadzącym postępowanie dowodowe ciąży obowiązek wykazania aktywności przez wezwanie

²⁹ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 6, poz. 18).

³⁰ Cz. Martysz, (w:) G. Łaszczyca, A. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, tom I, Zakamycze 2005, s. 705.

³¹ Ibidem, s. 705.

strony do sprecyzowania, uzupełnienia swoich wniosków dowodowych oraz podjęcia innych czynności w tym zakresie, zgodnie z wypracowanym w literaturze poglądem zakazu rozstrzygania wątpliwości na korzyść strony³².

Procedura administracyjna przewiduje dla organu prowadzącego postępowanie dowodowe następujące uprawnienia, które między innymi nawiązują do kryterium operatywności (aktywności) w znaczeniu wyżej przedstawionym, a są nimi:

- przyjęcie od strony, na jej wniosek, oświadczenia jako środka dowodowego wtedy, gdy przepis prawa nie wymaga urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego w drodze zaświadczenia – art. 75 § 2 k.p.a.,
- swoboda w zakresie dobierania środków dowodowych – art. 77 § 2 k.p.a.,
- możliwość zbierania materiału dowodowego, aż do wydania decyzji kończącej sprawę – art. 78 § 2 k.p.a.,
- dopuszczalność przeprowadzenia rozprawy administracyjnej – art. 89 § 1 k.p.a.

Jeszcze innym przejawem skuteczności w ramach wymagań efektywności jest kryterium sposobu (formy) komunikowania się podczas rozpoznawania sprawy. Odnosząc się do tego kryterium mam na myśli stworzone prawnie możliwości formy elektronicznego komunikowania się w ramach procedury wydawania decyzji administracyjnej³³. Taka możliwość ma na celu rozszerzenie za pomocą środków komunikacji elektronicznej³⁴ wymiany korespondencji między

³² Z. Kmiecik, *Glosa do wyroku NSA z dnia 18 stycznia 1988r*, III SA 964/87, „OSP” 1990, z. 5–6, poz. 251.

³³ Zmiany rozwiązań prawnych o charakterze procesowym w tym zakresie wprowadził art. 36 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565), nowelizujący postanowienie ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w zakresie doręczania pism (składania podań) przez organy administracji publicznej oraz strony i inne podmioty w toku jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego unormowanego w Kodeksie postępowania administracyjnego.

³⁴ Art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.), środki komunikacji elektronicznej – to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną. Zgodnie z tą normą prawną przykładowym rodzajem środka komunikacji elektronicznej jest poczta elektroniczna. Jednak w tej normie prawnej chodzi o każdy sposób zindywidualizowanej komunikacji na odległość, przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej.

organem administrującym a uczestnikiem postępowania administracyjnego, tj. 1) doręczanie pism w formie dokumentu elektronicznego (e-dokument) przez organ administrujący oraz 2) wnoszenie podania w formie elektronicznej (e-podanie) przez uczestnika postępowania administracyjnego.

Są to dwie najistotniejsze czynności prawno-procesowe z punktu widzenia kryterium formy elektronicznego komunikowania się, w aspekcie skuteczności ogólnego postępowania administracyjnego.

Przy pierwszej czynności (e-dokument), zgodnie z art. 39¹ § 1 k.p.a. mogą wystąpić dwie sytuacje związane z akceptacją uczestnika postępowania administracyjnego na formę elektronicznego doręczania pism, które mają formę dokumentów elektronicznych (np. wezwania, zawiadomienia, protokołu, a także sporządzoną w takiej formie decyzję i postanowienia oraz ich odpisy) w ramach procedury wydawania decyzji administracyjnej, tzn.: 1) wystąpienie z wnioskiem w tym przedmiocie do organu administracji publicznej albo też 2) wyrażenie zgody w odpowiedzi na zadane pytanie dotyczące tej formy komunikacji. W pierwszej sytuacji czynność prawną może podjąć potencjalny adresat decyzji „na wniosek”, a w drugiej sytuacji czynność tę podejmuje podmiot administrujący „z urzędu”.

Natomiast przy drugiej czynności (e-podanie), zgodnie z art. 63 § 1 k.p.a., który uzupełnia tradycyjne formy wnoszenia podań przez uczestników postępowania administracyjnego (ich przedstawicieli lub pełnomocników) za pomocą środków komunikacji elektronicznej przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej. Przy czym wnoszenie elektronicznego podania do organu administracji publicznej, zgodnie z art. 63 § 3a k.p.a., jest możliwe przy wykorzystaniu trzech alternatywnych sposobów identyfikacji składającego podanie (e-podanie), będące jednocześnie wymogami co do treści podania, tj.: 1) tzw. kwalifikowany podpis elektroniczny (tak jak dotychczas), 2) podpis potwierdzony profilem zaufanym na elektronicznej platformie usług administracji publicznej (e-PUAP), 3) inne technologie identyfikacji użytkownika, które spełniają warunki techniczne i organizacyjne określone w rozporządzeniu MSWiA z dnia 21 kwietnia 2011 r., w sprawie szczegółowych warunków organizacyjnych i technicznych, które powinien spełniać system teleinformatyczny służący do identyfikacji użytkowników (Dz. U z 2011, Nr 93, poz. 545)³⁵.

Zgodnie z zasadą pisemności wyrażoną w art. 14 § 1 k.p.a., istnieje obowiązek załatwienia sprawy w formie pisemnej, jednak ustawodawca zdecydował, iż przepisy postępowania administracyjnego dotyczące formy pisemnej, obejmu-

³⁵ Szerzej na ten temat zob.: G. Sibiga, *Informatyzacja administracji publicznej w Polsce*, „EP” z 2011, nr 3, s. 6.

ją także dokumenty elektroniczne (e-dokumenty), w tym podania elektroniczne (e-podania).

Oprócz wyżej przedstawionych norm procesowych, istnieją jeszcze inne normy prawne w k.p.a., które wprost korespondują z kryterium formy elektronicznego komunikowania się podczas rozpoznawania sprawy. Tytułem przykładu można wskazać:

- uprawnienie do doręczania decyzji administracyjnej i postanowienia sporządzonych w formie dokumentu elektronicznego przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej – art. 109 § 1, 125 § 1 k.p.a.,
- wymaganie, aby elementem wydawanego w formie dokumentu elektronicznego (urzędowego), tj.: wezwania, decyzji administracyjnej, postanowienia, zawiadomienia o załatwieniu skargi, było opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – art. 54 § 2, 107 § 1, 124 § 1, 238 § 1 k.p.a.,
- uprawnienie dla organu odwoławczego w przypadku wydania decyzji na blankiecie urzędowym przesłanej za pomocą środków komunikacji elektronicznej do uchylecia decyzji i zobowiązanie organu I instancji do wydania decyzji o określonej treści – art. 138 § 4 k.p.a.

Jak nie trudno się domyślić, celem takiego zabiegu legislacyjnego było uwzględnienie dokonującej się informatyzacji i automatyzacji procesu obsługi uczestników postępowania administracyjnego przez podmioty administracji, tzw. usługi e-administracji. Natomiast celem informatyzacji jest usprawnienie i przyspieszenie czynności w postępowaniu administracyjnym (e-postępowanie) oraz docelowe obniżenie kosztów tego postępowania³⁶.

Biorąc pod uwagę wyżej zaprezentowane podstawy prawno-procesowe i ich założenia, które tworzą możliwość wykorzystania sposobu (formy) komunikacji elektronicznej w procedurze wydawania decyzji administracyjnej, należy przyjąć, iż stanowią one emanację funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad postępowania administracyjnego.

Natomiast jeśli chodzi o wyznacznik ekonomiczności w ramach wymagań efektywności, jak podaje się w literaturze, często prawnicy utożsamiają efektywność ze skutecznością w realizacji celu, który został w danym przypadku

³⁶ Szerzej na ten temat zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 12 lutego 2010 r., o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 40, poz. 230) – druk sejmowy nr 2110: <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/2110.htm>.

wyznaczony przez ustawodawcę³⁷. Tymczasem efektywność w zakresie stosowania procedury administracyjnej, posiada również wspomniany wymiar ekonomiczności, który w głównej mierze jest domeną zakresu nauk ekonomicznych - tzw. prawna efektywność ekonomiczna. Zdaniem ekonomistów cel wyznaczony przez prawo powinien być oparty na efektywności, co oznacza, że powinno ono mieć taki kształt, by w jak najmniejszym stopniu marnotrawić posiadane przez społeczeństwo zasoby³⁸. Dlatego nadmierne i nieuzasadnione mnożenie czynności procesowych kwestionuje istnienie kolejnego z kryteriów (wyznaczników) skuteczności w ramach wymagań ekonomiczności, tj. produktywność (oszczędność). Pod tym pojęciem rozumieć należy takie prowadzenie postępowania administracyjnego zmierzającego do wydania decyzji administracyjnej, która przy niezbędnych rozpoznawczych czynnościach procesowych, doprowadzi do podjęcia rozstrzygnięcia w sprawie. Należy pamiętać o tym, iż zdecydowana większość postępowań administracyjnych zmierzających do wydania decyzji administracyjnej realizowana jest z publicznych środków finansowych. Zawsze tam, gdzie prowadzona jest jakakolwiek działalność z wykorzystaniem środków publicznych, należy dbać o ich racjonalne wydatkowanie. Powyższe założenie prowadzi do uznania wspomnianego kryterium produktywności (oszczędności) jako przejawu funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad postępowania administracyjnego.

Odnosząc się do wymagań efektywności i powyższych jego kryteriów skuteczności (czasu, operatywności, formy komunikacji) i ekonomiczności (produktywności) działania podmiotów administrujących jako funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad procedury administracyjnej, nie należy jednak zapominać, iż działania te powinny być przede wszystkim zdeterminowane przez wymaganie prawidłowości (legalności), zgodnie z obowiązującą w postępowaniu administracyjnym zasadą legalności – art. 6 k.p.a.

Ponieważ wskazane kryteria (skuteczności, ekonomiczności) nie są najbardziej istotne z punktu widzenia wymagania efektywności, który powinien mieć wpływ na działanie podmiotów administracji, właśnie wymaganie prawidłowości (legalności) w zakresie efektywności odgrywa zasadniczą rolę w funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad procedury administracyjnej. Przy czym chodzi tu o efektywność rozumianą w kontekście sprawności działania poprzez rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy indywidualnej w drodze decyzji administracyjnej w sposób obiektywny, tzn. poprawne ustanowienie i/lub zniesienie

³⁷ J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, *Po co przyszłemu prawnikowi ekonomia? O podstawowych pojęciach i koncepcjach ekonomicznej analizy prawa*, „EP” z 2010 nr 10, s. 15.

³⁸ Ibidem, s. 15.

uprawnień i/lub obowiązków, to jest takie działanie podmiotów administracji, które nie da podstaw do podważania, a następnie wyeliminowania decyzji administracyjnej z obrotu prawnego.

Tak rozumiana efektywność, poprzez sprawność działania w oparciu o wymagania prawidłowości (legalności), znajduje potwierdzenie w k.p.a., między innymi w:

- uprawnieniu do samokontroli (autokontroli) zapadłego rozstrzygnięcia, które służy do korygowania (np. rektyfikacji) nieprawidłowości występujących w nieostatecznej decyzji administracyjnej we własnym zakresie przez organ I instancji i wydania nowej decyzji – art. 132 k.p.a.,
- przesłankach wznowienia postępowania, stwierdzenia nieważności ostatecznej decyzji administracyjnej, które należy uwzględniać również w stosunku do nieostatecznej decyzji, aby zapobiegać wydawaniu wadliwych decyzji administracyjnych – art. 145 § 1, 156 § 1 k.p.a.,
- możliwości wzruszenia ostatecznych decyzji administracyjnych niewadliwych ze względów celowościowych – art. 154, 155, 161, 162 § 2 k.p.a.,
- zasadzie podejmowania merytorycznych rozstrzygnięć przez organy odwoławcze, które mają kończyć daną sprawę, co ma się przyczynić do ograniczenia podejmowania decyzji administracyjnych stricte procesowych czy kasacyjnych przez organy II instancji – art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a.

W ten sposób rozumiana efektywność nie tylko lepiej wpisuje się w sam cel postępowania administracyjnego, którym jest rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy indywidualnej w drodze decyzji administracyjnej, lecz także w dłuższej perspektywie czasowej lepiej zabezpiecza interesy państwa (sprawność w zakresie kryterium ekonomiczności), gdyż z jednej strony niepotrzebnie nie angażuje organów państwa w trybie postępowania odwoławczego lub nadzwyczajnego czy też sądowego przy kontrolowaniu decyzji administracyjnych, a z drugiej nie powoduje konieczności ponoszenia przez państwo³⁹ albo samego urzędnika⁴⁰ ewentualnych kosztów w związku z wadliwie wydanymi decyzjami administracyjnymi.

Kończąc niniejsze rozważania należy zwrócić uwagę, że choć najwięcej uwagi poświęciliśmy w nich funkcji doskonalącej (prakseologicznej) zasad po-

³⁹ Szerzej na ten temat zob.: E. Bagińska, (w:) *System prawa administracyjnego, Odpowiedzialność odszkodowawcza w administracji*, tom 12, Warszawa 2010, ss. 332–348.

⁴⁰ Ustawa z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (Dz. U. Nr 34 poz. 173).

stępowania administracyjnego zawartych w k.p.a., to błędem byłoby niedocenie nie pozostałych funkcji dotyczących tych zasad, które są prezentowane w literaturze przedmiotu. Wszystkie te funkcje tworzą wzajemnie uzupełniający się zespół, a główną ich rolą jest przeciwdziałanie wadliwemu stosowaniu prawa, a także błędnemu stanowieniu prawa – wymaganie prawidłowości (legalność).

Jeżeli zaś spojrzeć na prezentowaną funkcję z punktu widzenia możliwości kształtowania czy też oceniania działalności aparatu administracyjnego (głównie podmiotów administrujących) przy załatwianiu spraw w drodze decyzji administracyjnej, choćby tylko w oparciu o wyżej przedstawione rozumienie wymagań prawidłowości (legalności) oraz efektywności, tj. skuteczności (czasu, operatywności, formy komunikacji) i ekonomiczności (oszczędności), to funkcji doskonalącej (prakseologicznej) można przypisać dwie role, jakie może odegrać, tzn.: 1) zapobiegawczą (profilaktyczną), która nastawiona jest na usuwanie potencjalnych przyczyn niepożądanych zjawisk występujących w procesie administrowania oraz 2) korygującą (lecniczą) nastawioną na usuwanie przyczyn (objawów) niepożądanych zjawisk, które już wystąpiły w procesie administrowania zadaniami państwa. Zgodnie z zasadą obowiązującą w naukach medycznych, lepiej zapobiegać chorobom, niż leczyć już zaistniałe schorzenie. Dobrze by było, aby administratywiści również korzystali z tego kanonu w trakcie stosowania prawa.

W takim znaczeniu funkcja doskonaląca (prakseologiczna) zasad prawnych zawartych w k.p.a., może okazać się skutecznym narzędziem do poprawiania funkcjonowania podmiotów administrujących, a tym samym może przyczynić się do zwiększenia jakości świadczonych usług administracyjnych wobec uczestników państwa (obywateli) realizowanych przez wydanie decyzji administracyjnej.

PRAXEOLOGICAL FUNCTION OF PRINCIPLES INCLUDED IN THE ADMINISTRATIVE CODE IN THE AREA OF ADMINISTRATIVE DECISION-MAKING PROCESSES

Development (praxeological) function of legal provisions included in the Administrative Code in the area of administrative decision-making processes

Administrative Code with its legal provisions of administrative proceedings (Articles 6-16) is considered to perform various functions, which have been reported in the published literature, such as efficiency, functionality and capability in the activities of public administration authorities. Even though many functions of administrative procedures have been abundantly depicted in the

published literature so far no author has referred to its developmental and praxeological function in the process of administrative decision making which has been presented in this study.

It seems that praxeological and developmental function of the administrative procedures in the process of administrative decision making is crucial for the proper functioning of the public administration bodies i.e. authorities of the first and second administrative level, supervisory authorities and administrative judiciaries.

In order to substantiate the developmental and praxeological function I have presented certain indicators (criteria) of two complementary requirements i.e. legitimacy and efficiency which are based on the procedural standards of administrative law and legal doctrine associated with administrative decision-making.

Efficiency, as one of the requirements mentioned above, is described in my study by several indicators such as time (swiftness), resourcefulness (activeness) and method (form) of communication in the recognition process. Another aspect of the efficiency requirement is the economical aspect which has been described as productivity and thriftiness in the administrative processes. The third and most important criterion of efficient administration has been linked with the legitimacy and validity of the process and the way of its interpreting has been explained in my work.

In the final stage of my study I have explained two roles the developmental function plays within the scope of administrative decision making i.e. its preventive role which is aimed at eliminating potential causes of undesired events that might occur in the administration process as well as its corrective role which allows the administrator to eliminate the symptoms of the actions which have occurred in the fulfilment of administrative duties.

In the summary section of my study I have emphasised that the developmental function of the legal provisions of the administrative code can be a useful tool in the improvement of the quality of services provided by public administration authorities for the citizens of its country by making administrative decisions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Krzysztof Mularski ■

NABYCIE WŁASNOŚCI RZECZY RUCHOMEJ OD NIEUPRAWNIONEGO A RĘKOJMIA ZA WADY PRAWNE

1. Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszej pracy będzie, najogólniej rzecz biorąc, relacja między nabyciem własności rzeczy ruchomej od nieuprawnionego (art. 169 kc) a odpowiedzialnością z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy (art. 556 § 2 kc). Ścisłej, chodzić będzie o próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w sytuacji, w której nabywca rzeczy ruchomej dokonał czynności prawnej z osobą nieuprawnioną i mógł nabyć własność rzeczy na podstawie art. 169 kc, rzecz ta może być mimo to uznana za obciążoną wadą prawną na podstawie art. 556 § 2 kc.

Uzasadnieniem dla podjęcia badań nad wyżej zarysowanym zagadnieniem są dwie różnego rodzaju okoliczności. Najważniejszą z nich jest jego znaczenie teoretyczne. Przesądza o nim już sam fakt utrzymywania się w nauce prawa cywilnego rozbieżnych odpowiedzi na wyżej postawione pytanie. Jakkolwiek zdecydowanie przeważa stanowisko, że mimo możliwości zastosowania art. 169 kc rzecz obciążona jest wadą prawną¹, zwolenników znajduje ciągle pogląd

¹ Jako pierwszy stanowisko to zaprezentował J. Skąpski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, tom III, część 2 (red. S. Grzybowski), Ossolineum 1976, s. 131. Później A. Gola, *Nabycie własności ruchomości od nieuprawnionego*, Warszawa 1982, s. 59; A. Szpunar, *Glosa do wyroku SA w Łodzi z dnia 28 sierpnia 1996 r.*, I ACr 250/96, „OSP” 1997/4, poz. 91, s. 224; idem, *Uwagi o rękojmi za wady prawne przy sprzedaży*, „Rejent” 1997/6, s. 16; idem, *Nabycie własności ruchomości od nieuprawnionego*, Kraków 1998, s. 105; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2009, s. 200; Z. Radwański,

przeciwny². Sprzeczność poglądów w tym zakresie została już zresztą dawno odnotowana, i to zarówno przez samą naukę³, jak i przez orzecznictwo⁴.

Teoretyczne znaczenie pracy nie wyczerpuje się jednak w możliwości rozstrzygnięcia sprzeczności panującej w nauce. Próbując uzasadnić znaczenie przedmiotu badań dla cywilistyki, wyjść wypada od podkreślenia roli, jaką w systemie prawa pełni pierwszy z członów badanej relacji, mianowicie art. 169 kc. Dość przytoczyć tu pogląd A. Szpunara, wedle którego „[w przepisie tym] krzyżują się podstawowe zasady porządku prawnego, jakimi są w szczególności ochrona własności i bezpieczeństwa obrotu”⁵. Art. 169 kc jest nadto powiązany różnego rodzaju relacjami z szeregiem innych przepisów obowiązującego prawa⁶; jego taka czy inna wykładnia w kontekście rękojmi za wady prawne będzie więc rzutować i na te relacje. Dalej podkreślić wypada charakter samej relacji. Nie chodzi tu tylko o to, że została ona *expressis verbis* określona mianem „bardzo zawilej” i „skomplikowanej”⁷, lecz przede wszystkim o to, że znajduje się ona na styku prawa rzeczowego i prawa zobowiązań, a właśnie m. in. na tym obszarze powstają problemy dla dogmatyki prawa cywilnego najważniejsze i najtrudniejsze⁸.

Podjęcie badań nad wyżej szkicowanym zagadnieniem znajduje również uzasadnienie we względach praktycznych. Nie trzeba przecież dowodzić faktu, że sytuacje, w których oba przepisy mogą znaleźć zastosowanie, zdarzają się nad wyraz często. Art. 169 kc dotyczy przecież wszelkich umów, których celem jest

J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2010, s. 39; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom III. *Zobowiązania. Część szczegółowa* (red. A. Kidyba), Warszawa 2010, s. 93 i nast.; J. Jezioro, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011 (red. E. Gniewek), s. 1022. Na fakt, że jest to stanowisko przeważające zwraca uwagę A. Szpunar we wszystkich cytowanych wyżej pracach.

² Jako pierwszy na gruncie dawnego stanu prawnego R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 466. Na gruncie kc S. Buczkowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 1288. Ostatnio tak też S. Dąbrowski, (w:) *Kodeks cywilny*, tom II. Art. 353–1088. *Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, s. 295 oraz, jak się wydaje, Cz. Żuławska (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, tom 2, Warszawa 2009, s. 62 i nast.

³ Zob. zwłaszcza A. Gola, *Nabycie...*, s. 62; zob. także M. Podhorecka, *Rękojmia za wadę prawną przy sprzedaży rzeczy ruchomych*, „PS” 2006/11–12, s. 111; Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, s. 62 i nast.

⁴ Zob. wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

⁵ A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 7.

⁶ Por. A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 139; idem, *Wydanie jako przestanka nabycia własności ruchomości od nieuprawnionego*, „Rejent” 1999/1, s. 9.

⁷ A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 9; idem, *Nabycie...*, s. 101.

⁸ P. Machnikowski, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe*, tom 3 (red. T. Dybowski), Warszawa 2007, s. 67.

przeniesienie własności rzeczy ruchomej⁹. Podobnie, zgodnie z wolą ustawodawcy art. 556 § 2 kc stosowany jest nie tylko do rzeczy sprzedanej, lecz odpowiednio także do rzeczy nabytych na podstawie szeregu innych niż najbardziej masowo zawierana umowa sprzedaży stosunków prawnych¹⁰. Doniosłość społeczna tych przepisów¹¹ - a tym samym relacji między nimi - jest więc niekwestionowalna. Powszechność sytuacji, w których oba przepisy znajdują zastosowanie, przekłada się zresztą na znaczną liczbę procesów toczonych na ich gruncie¹². Orzecznictwo w tym zakresie jest natomiast, podobnie jak poglądy dogmatyki, sprzeczne; dominować zdaje się przy tym pogląd o nieistnieniu wady prawnej¹³. Sprzeczność orzecznictwa, pociągająca za sobą niepewność w obrocie prawnym, sama przez się przesądzałaby o praktycznym znaczeniu problemu.

2. Relacja między art. 169 kc a art. 556 § 2 kc w świetle językowych dyrektyw wykładni

2.1. Analizę każdego problemu dogmatycznego należy rozpocząć od wykorzystania językowych dyrektyw wykładni. Zastrzec przy tym trzeba, że badania będą prowadzone jedynie w zakresie wystarczającym na potrzeby niniejszej pracy; szereg poruszanych w nauce problemów zostanie więc pominiętych¹⁴.

⁹ Por. J. S. Piąkowski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, tom II (red. J. Ignatowicz), Ossolineum 1977, s. 294 i nast.

¹⁰ Ich dokładne wyliczenie zob. M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 90 i nast.; por. także A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 9.

¹¹ *Expressis verbis* o społecznej doniosłości art. 169 kc A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 7.

¹² A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 7.

¹³ Możliwość powołania się na rękojmię za wady prawne w sytuacji, gdy możliwe było nabycie własności rzeczy na podstawie art. 169 kc uznał ostatnio SN w wyroku SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357; podobnie sugerował wcześniej SN w uchwale (7) z 30 marca 1992 r., III CZP 18/92, OSNC 1992/9, poz. 144. Pogląd przeciwny przyjął tenże Sąd w wyroku z dnia 26 listopada 1999 r., III CKN 463/98, OSNC 2000/5, poz. 101 i później w wyroku z dnia 19 września 2002 r., V CKN 1136/00, LEX nr 56063 oraz Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 28 sierpnia 1996 r., I ACr 250/96 („OSP” 1997/4, poz. 91). Tak też chyba Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 14 listopada 2003 r., I ACa 524/03, LEX nr 175278.

¹⁴ W szczególności, bez znaczenia dla tu prowadzonych badań jest spór o zobowiązujący [tak: J. Wasilkowski, *Nabycie własności rzeczy ruchomej na podstawie umowy z osobą nieuprawnioną*, „PiP” 1968/10, s. 504 i nast.; M. Wilke, *Nabycie własności rzeczy ruchomej na podstawie umowy z osobą nieuprawnioną*, Warszawa-Poznań-Toruń 1980, ss. 69-97; A. Gola, *Nabycie...*, s. 40; J. Winiarz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem*, tom I (red. J. Winiarz), Warszawa 1989, s. 165; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks cywilny*.

W pierwszej kolejności analizom poddany zostanie art. 169 kc; przeprowadzenie tych analiz umożliwi podjęcie badań nad art. 556 § 2 kc.

2.2. Zgodnie z przepisem art. 169 § 1 kc, będący w dobrej wierze nabywca uzyskuje własność rzeczy, którą zbyła osoba nieuprawniona, jeśli została mu ona wydana i objęta przez niego w posiadanie. Przepis ten formułuje cztery przesłanki nabycia własności ruchomości od nieuprawnionego¹⁵. Pierwszą, bodaj najbardziej elementarną z nich, jest zawarcie umowy między nieuprawnionym zbywcą a nabywcą. Umowa ta musi odpowiadać wszelkim wymogom ustawowym, w szczególności co do formy i zdolności do czynności prawnych stron. Art. 169 § 1 kc sanuje więc jedynie brak uprawnienia zbywcy do rozporządzania rzeczą, a nie inne wady czynności prawnej¹⁶. Sama umowa jednak, w myśl zasady *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, nie mogłaby jednak doprowadzić do nabycia własności od nieuprawnionego zbywcy¹⁷. Ustawodawca przewiduje zatem dalsze przesłanki. I tak, konieczne jest wydanie rzeczy nabywcy¹⁸. Jak trafnie zauważono w dogmatyce, zbywca jedynie wówczas może wydać rzecz, gdy sam nią włada, stąd władanie rzeczą przez zbywcę również należy uznać za niewypowiedzianą dosłownie w ustawie prze-

Komentarz do artykułów 1-449, tom I (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2008, s. 613; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 195; J. Nadler, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011 (red. E. Gniewek), s. 319] albo rozporządzający (rzeczowy, tak: A. Szpunar, *Wydanie...*, s. 15; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 32) czy też o realny [tak: J. Wasilkowski, *Nabycie...*, s. 504 i n.; A. Gola, *Nabycie...*, s. 64 i nast.; E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001, s. 274; idem, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2010, s. 89; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2009, s. 94; T. A. Filipiak, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz. tom II. Własność i inne prawa rzeczowe* (red. A. Kidyba), Warszawa 2009, s. 56;] albo konsensualny (tak: M. Wilke, *Nabycie...*, s. 69) charakter umowy z art. 169 kc. Co do tej ostatniej kwestii trafny jest chyba zresztą pogląd, że pytanie realny albo konsensualny charakter umowy z art. 169 kc jest pytaniem źle postawionym (zob. R. Chorabik, *Dobra wiara jako przesłanka nabycia rzeczy ruchomej od osoby nieuprawnionej*, „KPP” 2006/1, s. 165).

¹⁵ Zob. zwłaszcza A. Gola, *Nabycie...*, s. 38; zob. także J. Wasilkowski, *Nabycie...*, s. 504 i nast.; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 613; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319.

¹⁶ Zob. M. Wilke, *Nabycie...*, s. 70; A. Gola, *Nabycie...*, s. 40; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 160; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 34; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 613; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, ss. 194, 198; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 95; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319.

¹⁷ J. Majorowicz, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, s. 464 i nast.; ostatnio J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 93.

¹⁸ Przesłance wydania rzeczy poświęcono w dogmatyce bardzo dużo uwagi, szereg szczegółowych zagadnień nie ma jednak związku z przedmiotem pracy, stąd nie ma potrzeby podejmowania ich analizy; co do tych zagadnień najszerzej A. Szpunar, *Wydanie...*, *passim*. Szeroko także A. Gola, *Nabycie...*, s. 40 i nast.

stankę nabycia własności ruchomości z art. 169 § 1 kc¹⁹. Kolejną przesłanką jest objęcie rzeczy w posiadanie przez nabywcę. Przekonująco uzasadniony pogląd, jednolicie przyjęty w nauce głosi, że chodzi jedynie o *traditio corporalis* (art. 348 zd. 1 kc), *traditio longa manu* (art. 348 zd. 2 kc) i, chociaż co do tego brak już całkowitej jednomyślności, *traditio brevi manu* (art. 351 kc). Nie wystarczy zatem przeniesienie posiadania w sposób określony w art. 349 kc i 350 kc²⁰. W konsekwencji nabywca musi uzyskać dostrzegalne dla otoczenia, faktyczne władztwo nad rzeczą; innymi słowy, jej materialną detencję²¹. Spornym jest natomiast to, czy objęcie rzeczy w posiadanie musi nastąpić w tej samej chwili co wydanie rzeczy²². Przychylić się należy do poglądu, że fakty te nie muszą nastąpić równocześnie²³. Skoro ustawodawca w badanym przepisie wyraźnie wyodrębnił oba zdarzenia jako przesłanki nabycia własności ruchomości od nieuprawnionego, nie można uznać, że w obu przypadkach chodzi dokładnie o to samo. Przyjęcie innego wyniku wykładni godziłoby w założenie o językowej racjonalności prawodawcy; konkretnie zaś w założenie – któremu odpowiada zresztą skodyfikowana dyrektywa redagowania tekstów aktów normatywnych – że różne zwroty używane są dla oznaczenia różnych przedmiotów²⁴. Z drugiej strony należy jednak zauważyć, że w praktyce w ogromnej większości przypadków objęcie rzeczy w posiadanie przez nabywcę będzie następowało równocześnie z jej wydaniem przez zbywcę. Ostatnią przesłanką jest dobra wiara nabywcy.

¹⁹ M. Wilke, *Nabycie...*, s. 56; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 613; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319.

²⁰ J. Wasilkowski, *Nabycie...*, s. 504 i n.; J. Majorowicz, (w:) *Kodeks...*, s. 465; J. S. Piąkowski, (w:) *System...*, s. 299; M. Wilke, *Nabycie...*, s. 72; A. Gola, *Nabycie...*, ss. 18, 43 i nast.; A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 15; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 55; A. Szpunar, *Wydanie...*, ss. 18 i nast., 23; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 167; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 613; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 196; T. A. Filipiak, (w:) *Kodeks...*, s. 56; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319. Z orzecznictwa zob. ostatnio wyrok SN z 18 kwietnia 2002 r., II CKN 1226/00, OSNC 2003/4, poz. 59.

²¹ Zob. J. Majorowicz, (w:) *Kodeks...*, s. 465; M. Wilke, *Nabycie...*, ss. 73, 76; A. Gola, *Nabycie...*, s. 43; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 168; E. Skowrońska-Bocian (w:) *Kodeks...*, s. 614; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319.

²² Pogląd o równoczesności wydania rzeczy i objęcia jej w posiadanie głoszą J. Majorowicz, (w:) *Kodeks...*, s. 465; J. Winiarz, (w:) *Kodeks...*, s. 165; A. Szpunar, *Wydanie...*, s. 21; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319. Tak też chyba J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 94.

²³ Tak zwłaszcza M. Wilke, *Nabycie...*, ss. 68, 76 i ostatnio S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 199 i nast. Tak też chyba M. Wilke, *Nabycie...*, s. 97; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 156; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 94.

²⁴ Wyrażenia „przedmiot” używa się tu w bardzo szerokim znaczeniu przyjętym w filozofii; „przedmiot” to tyle, co coś, co istnieje, niezależnie od kategorii ontologicznej, do której coś, co istnieje byłoby zaliczone.

Przesłance tej poświęcono w dogmatyce wiele uwagi²⁵; tu wystarczy chyba tylko jej odnotowanie.

Na gruncie wykładni językowej, jeśli spełnione zostaną wyżej opisane przesłanki, „nabywca uzyskuje własność” rzeczy. Nabycie następuje więc ***ipso iure***, **niezależnie od jakichkolwiek innych czynników**.

Przepis art. 169 § 1 kc dotyczy jedynie takich rzeczy ruchomych, nad którymi władztwa właściciel nie utracił wbrew swej woli²⁶. Innymi słowy, chodzi jedynie o rzeczy w taki czy inny sposób „powierzone” nieuprawnionemu zbywcy. Art. 169 § 2 zd. 1 kc zastrzega przesłanki nabycia co do rzeczy, nad którymi władztwo właściciel utracił wbrew swej woli lub bez jej udziału; mowa tu najogólniej o rzeczach „**utraconych**”²⁷. Wymagany jest mianowicie upływ trzyletniego terminu od chwili utraty rzeczy; nabywca będzie więc mógł nabyć własność rzeczy dopiero po upływie trzech lat od jej utraty przez właściciela²⁸. Przeważający pogląd wymaga przy tym, aby nabywca przez cały ten okres pozostawał w dobrej wierze²⁹. Na gruncie dyrektyw językowych przyjąć jednak należy, że wymóg dobrej wiary odnosi się tylko do chwili nabycia rzeczy; ustawodawca używa bowiem wyrażenia „działa”, odnosząc ten zwrot do objęcia rzeczy w posiadanie przez nabywcę, a trudno uznać, by trzyletni okres czasu od chwili utraty rzeczy był „objęciem rzeczy w posiadanie” przez nabywcę³⁰. Abstrahując nawet od powyższej wątpliwości, jeśli tak czy inaczej rozumiane przesłanki zostaną spełnione, nabywca, w przeciwieństwie do art. 169 § 1 kc – „może uzyskać własność”. Ustawodawca sugeruje wyraźnie, że uzyskanie własności jest zależne od jakichś innych, niewypowiedzianych w przepisie przesłanek. Sama sugestia

²⁵ Najszerzej A. Szpunar, *Dobra wiara jako przesłanka nabycia własności ruchomości od nieuprawnionego*, „PiP” 1997/7, passim oraz R. Chorabik, *Dobra...*, passim.

²⁶ A także przedmiotów określonych w art. 169 § 2 zd. 2 kc; dla uproszczenia dalszych rozważań okoliczność ta będzie niżej pomijana.

²⁷ Zob. zwłaszcza M. Wilke, *Nabycie...*, s. 35 i n. Zob. także np. J. S. Piątkowski, (w:) *System...*, s. 301 i nast.; A. Gola, *Nabycie...*, s. 38; A. Szpunar, *Dobra...*, s. 5.

²⁸ Co nie budzi chyba żadnych wątpliwości w nauce, zob. zupełnie przykładowo A. Gola, *Nabycie...*, s. 61 i nast.

²⁹ Tak m. in. M. Wilke, *Nabycie...*, s. 94; A. Gola, *Nabycie...*, s. 53 i nast.; A. Szpunar, *Dobra...*, s. 13; idem, *Nabycie...*, s. 91; E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 270; H. Ciepla, (w:) *Kodeks cywilny*. Tom I. Art. 1–353. *Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, s. 320; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 320.

³⁰ Tak M. Lagut, *O przesłance dobrej wiary przy nabyciu własności rzeczy ruchomej zgubionej, skradzionej lub w inny sposób utraconej przez właściciela (art. 169 § 2 k.c.)*, „PS” 2001/5, s. 55; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 175 i nast. Tak też, z szerokim uzasadnieniem funkcjonalnym P. Machnikowski, *Nabycie własności rzeczy ruchomej od nieuprawnionego – dziś i jutro* (w:) *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka* (red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski), Warszawa 2010, s. 342 i nast.

nie przesądza jednak jeszcze o obowiązywaniu jakichś przepisów, formułujących takie przesłanki.

2.3. W tym miejscu można już przejść do badań nad art. 556 § 2 kc. Pojawiają się tu dwa zasadnicze problemy: jakie prawa względem sprzedanej rzeczy musi mieć osoba trzecia, aby można było przyjąć istnienie wady prawnej rzeczy i wedle jakiej chwili należy tę sprawę badać.

Wada prawna, której istnienie powoduje powstanie po stronie sprzedawcy odpowiedzialności z tytułu rękojmi, ma wedle art. 556 § 2 kc miejsce wówczas, kiedy rzecz „stanowi własność osoby trzeciej” albo „jest obciążona prawem osoby trzeciej”. Jeśli chodzi o pierwszy przypadek, nie ulega wątpliwości, że chodzić może także o sytuację, w której rzecz jest przedmiotem współwłasności w częściach ułamkowych³¹. Jeśli chodzi zaś o przypadek drugi, w grę wchodzi użytkowanie wieczyste, ograniczone prawa rzeczowe³² i przynajmniej niektóre prawa obligacyjne. Choć niemal jednolicie przyjęty jest pogląd, że dla uznania istnienia wady prawnej prawo obligacyjne ciążące na rzeczy musi być skuteczne również względem nabywcy³³, względnie sprawiać, że kupujący nie jest w stanie w pełni korzystać z kupionej rzeczy³⁴, wynik wykładni językowej wskazywałby raczej na istnienie wady w każdym przypadku obciążenia rzeczy jakimkolwiek prawem osoby trzeciej³⁵. Rzecz wymagałaby jednak przeprowadzenia odrębnych analiz, nieistotnych z punktu widzenia przedmiotu badań tu prowadzonych.

Zdecydowanie trudniejszym problemem jest określenie chwili, wedle której należy oceniać istnienie wady prawnej. Dla poczynienia ustaleń w tym zakresie należy w pierwszym rzędzie wyróżnić sprzedaż rzeczy oznaczonej co do tożsamości od sprzedaży rzeczy oznaczonej co do gatunku albo rzeczy przyszłej, a następnie dokonać dalszych podziałów w ramach pierwotnie wyróżnionych członów.

³¹ Najbardziej precyzyjnie M. Manowska, *Rękojmia i gwarancja*, „Pr.Sp” 1997/10, s. 35; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022. Zob. także S. Buczkowski, (w:) *Kodeks...*, s. 1288; M. Nesterowicz, (w:) *Kodeks cywilny z komentarzem. tom I* (red. J. Winiarz), Warszawa 1989, s. 558; A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 13; S. Dąbrowski, (w:) *Kodeks...*, s. 295; M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 92; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 35.

³² Zob. S. Buczkowski, (w:) *Kodeks...*, s. 1288; J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 130; M. Nesterowicz, (w:) *Kodeks...*, s. 558; M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 92 i nast.; M. Manowska, *Rękojmia...*, s. 35; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 35; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022.

³³ Tak M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 94; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 35.

³⁴ Zob. S. Buczkowski, (w:) *Kodeks...*, s. 1288; J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 130; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks...*, s. 92; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022.

³⁵ Tak chyba M. Manowska, *Rękojmia...*, s. 35.

Z reguły w praktyce obrotu cywilnoprawnego w przypadku sprzedaży rzeczy oznaczonej co do tożsamości zawarcie umowy następuje jednocześnie z przeniesieniem posiadania na kupującego. Jeśli przeniesienie posiadania nastąpiło w jakimkolwiek dopuszczalny przez art. 169 § 1 kc sposób, kupujący w tej samej chwili „uzyskał własność rzeczy”. Skoro tak, to rzecz nie jest już własnością osoby trzeciej i w konsekwencji nie jest ona obciążona wadą prawną. Pogląd przeciwny, jakoby w takiej sytuacji rzecz w chwili sprzedaży była dotknięta wadą prawną, jest więc nietrafny³⁶. W przypadku natomiast, gdy przeniesienie posiadania nastąpiło w sposób określony w art. 349 kc albo 350 kc, do nabycia własności nie dojdzie, a rzecz – aż do chwili uzyskania przez kupującego jej materialnej detencji – jest ciągle przedmiotem własności osoby trzeciej, a skoro tak, to dotknięta jest również wadą prawną. Jeśli natomiast przedmiotem sprzedaży była rzecz utracona przez właściciela (art. 169 § 2 zd. 1 kc), będzie ona stanowiła własność osoby trzeciej aż do upływu trzech lat od chwili jej utraty. Tym samym będzie ona także obciążona wadą prawną przez cały ten czas³⁷.

Zdecydowanie trudniejszy problem powstaje wówczas, gdy od chwili zawarcia umowy do chwili przeniesienia posiadania mija określony okres czasu. Z jednej strony można twierdzić, że wobec niezajścia przesłanek z art. 169 kc, rzecz jest ciągle przedmiotem własności osoby trzeciej, a skoro tak, to jest obciążona wadą prawną³⁸. Pogląd ten byłby wspierany przez przyjmowane przez część dogmatyki stanowisko, wedle którego chwilą powstania odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest chwila zawarcia umowy³⁹. Z drugiej jednak strony, dość powszechnie reprezentowana jest także teza wiążąca chwilę powstania odpowiedzialności dopiero z wydaniem rzeczy nabywcy⁴⁰. Oba stanowiska wydają się jednak zbyt uproszczone. Należy zauważyć, że pojęcie wady prawnej wydaje się nierozzerwalnie związane właśnie z pojęciem **odpowiedzialności** (z tytułu rękojmi), a pojęcie odpowiedzialności zdaje się zakładać, przynajmniej co do zasady, istnienie jakichś niezrealizowanych przez podmiot **obowiązków**, za

³⁶ Tak chyba SN w wyroku z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

³⁷ Tak trafnie Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 62 i n.

³⁸ Zob. J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 129; A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 13; W. J. Katner, (w:) *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, tom 7 (red. J. Rajski), Warszawa 2004, s. 127; M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 113 i nast. Tak też chyba R. Chorabik, *Dobra...*, s. 161.

³⁹ Zob. zwłaszcza J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022. Tak też chyba SN w wyroku z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

⁴⁰ Zob. zwłaszcza J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 117; S. Buczkowski (w:) *Kodeks...*, s. 1284 i nast. Tak też chyba A. Szpunar, *Glosa...*, s. 224; Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 55; A. Brzozowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450–088*, tom II (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2009, s. 268 i nast.; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks...*, s. 85.

niezrealizowanie których podmiot ten ma odpowiadać. Można więc sądzić, że punktem wyjścia powinno być ustalenie, jakie obowiązki ciążyły na sprzedawcy; ściślej – od kiedy ciążył na nim obowiązek przeniesienia własności rzeczy? Jeśli, jak ma to w praktyce obrotu miejsce w zdecydowanej większości przypadków, strony nie wyłączyły działania art. 155 § 1 kc, własność rzeczy przechodzi na kupującego już w chwili zawarcia umowy. Późniejsze wydanie dotyczy więc rzeczy będącej przedmiotem własności kupującego. W powyższej sytuacji rzecz taka aż do chwili spełnienia przesłanek z art. 169 kc obciążona będzie wadą prawną. W przeciwnym przypadku, jeśli sprzedawca zobowiązał się do przeniesienia własności w późniejszym czasie, o wadzie prawnej będzie można mówić dopiero po zaktualizowaniu się tego obowiązku po jego stronie.

Czas w tym miejscu przejść do analizy sytuacji, w której przedmiotem sprzedaży jest rzecz oznaczona co do gatunku albo rzecz przyszła. Rozpoczynając badania od tej drugiej sytuacji, jako zdecydowanie prostszej, należy stwierdzić, że o wadzie prawnej mowy być nie może. „Rzecz przyszła”, na co chyba nie zwrócono dotąd uwagi, **nie jest bowiem „rzeczą” w znaczeniu przydanym wyrażeniu „rzecz” przez naukę prawa cywilnego**. Nie jest to bowiem „materialnie istniejąca część przyrody” z tego bardzo prostego względu, że [jeszcze] nie istnieje. Ujmując rzecz bardziej formalnie, przydawka „przyszła” jest tu tzw. przydawką modyfikującą⁴¹; a jeszcze bardziej formalnie, w nazwie złożonej „rzecz przyszła” funktor nazwotwórczy od argumentu nazwowego („przyszła”) tworzy wraz z nazwą („rzecz”) [nową] nazwę o rozdzielnym zakresie (denotacji) niż [pierwotna] nazwa. Skoro zaś rzecz przyszła nie jest rzeczą, to nie może być przedmiotem prawa własności, a skoro tak, to i nie może być obciążona wadą prawną. O wadzie prawnej będzie można mówić dopiero po konkretyzacji świadczenia, tj. po wydaniu rzeczy nabywcy – jeśli oczywiście nie zostały spełnione przesłanki z art. 169 kc. Odnieść do tej sytuacji należy wszystko to, co powiedziano uprzednio o rzeczach oznaczonych co do tożsamości, jako że rzecz przyszła, która została wydana kupującemu, jest już rzeczą oznaczoną co do tożsamości.

Trudniejszy problem powstaje wówczas, kiedy przedmiotem umowy są rzeczy oznaczone co do gatunku. I w tym przypadku refleksji wymaga jedynie sytuacja istniejąca w czasie między zawarciem umowy a konkretyzacją świadczenia: po wydaniu kupującemu rzecz wydaje się już bowiem zawsze oznaczona co do tożsamości. Na pewno nie można mówić o wadzie prawnej przed chwilą aktualizacji obowiązku przeniesienia własności po stronie sprzedawcy; przywołać

⁴¹ Wzorcowe wykorzystanie ustaleń lingwistyki co do charakteru przydawek dla teorii prawa cywilnego zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, „PiP” 1975/4, passim.

tu należy wszelkie argumenty przytoczone wyżej. Wydaje się jednak, że rzecz nie jest obciążona wadą prawną nawet wówczas, kiedy zaktualizował się obowiązek przeniesienia własności ciąży na sprzedawcę⁴². Wykluczone wydaje się także istnienie wady prawnej polegającej na obciążeniu rzeczy oznaczonej co do gatunku jakimiś prawami obligacyjnymi.

2.4. Z przeprowadzonych analiz można już wyprowadzić pierwsze wnioski. Na gruncie wykładni językowej analizowanych przepisów, rzecz będzie przedmiotem prawa własności osoby trzeciej (albo będzie obciążona prawem osoby trzeciej) jedynie wówczas, kiedy jest to rzecz oznaczona co do tożsamości, której posiadanie nie zostało przeniesione na nabywcę albo zostało przeniesione w sposób opisany w art. 349 kc albo 350 kc po zaktualizowaniu się obowiązku przeniesienia własności przez sprzedawcę. Gdy zaś chodzi o rzecz utraconą przez właściciela (art. 169 § 2 zd. 1 kc) będzie ona własnością osoby trzeciej (albo będzie obciążona prawem osoby trzeciej) aż do upływu trzech lat od jej utraty. Jedynie więc w takich sytuacjach kupujący – zakładając oczywiście, że jest w dobrej wierze – będzie on mógł skorzystać z roszczeń przewidzianych w ramach instytucji rękojmi za wadę prawną rzeczy. Tymczasem najpowszechniej w obrocie występują sytuacje – które zresztą jako jedyne były dotąd rozpatrywane w orzecznictwie – w których nabywca nabył własność rzeczy na gruncie (dosłownie rozumianego) art. 169 kc i mimo to żąda uznania wady prawnej rzeczy.

Powyższe ustalenia pozwalają już w tym miejscu uznać za nietrafny jeden z argumentów mających przemawiać za możliwością powołania się przez nabywcę na wadę prawną rzeczy. Twierdzi się mianowicie, że stosowanie art. 169 kc nie może pozbawiać nabywcy praw przyznanych przez przepisy o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi, w tym zwłaszcza prawa do odstąpienia od umowy⁴³. Pewna wersja tego argumentu, nie używając funkatorów modalnych, głosi po prostu, że w przypadku działania art. 169 kc nabywca nie traci tych uprawnień czy też nie jest ich pozbawiony⁴⁴. W podobnym kontekście pisze się niekiedy o tym, że zakresy obu przepisów nie zachodzą na siebie, a każdy z nich dąży do ochrony nabywcy różnymi drogami⁴⁵. Jasno tymczasem widać, że przynajmniej

⁴² Tak trafnie, A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 13; M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 92.

⁴³ A. Gola, *Nabycie...*, s. 59.

⁴⁴ Zob. zwłaszcza J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 131. Tak też później S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 200; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022. Por. także Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 39 oraz wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

⁴⁵ Tak zwłaszcza S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 200.

na gruncie wykładni językowej żadne uprawnienia nabywcy w takiej sytuacji nie przysługują. Tak więc argumentacja obciążona jest błędem *petitionis principii*. Jej celem było bowiem dowiedzenie, że nabywcy służą uprawnienia z tytułu rękoi, argumentem na rzecz tej tezy uczyniono fakt, że nie można nabywcy pozbawiać prawa do odstąpienia. Presupozycją tego argumentu jest natomiast to, że nabywcy przysługuje prawo do odstąpienia. Istnienie prawa do odstąpienia, które miało być wnioskiem, zostało więc użyte w charakterze przesłanki. Podobne nietrafne jest powołanie się na zakresy przepisów jako argument za stosowaniem art. 556 § 2 kc. Skoro zakresy tych przepisów nie mają części wspólnej, to zastosowanie art. 169 kc nie może mieć żadnego wpływu na zastosowanie albo niezastosowanie art. 556 § 2 kc (i, rzecz jasna, dalszych przepisów przyznających kupującemu określone roszczenia w przypadku wady prawnej rzeczy).

Ponieważ na gruncie samej tylko wykładni językowej powołanie się przez nabywcę rzeczy na roszczenie z tytułu rękoi za wadę prawną w najpowszechniej występującej w praktyce sytuacji byłoby niedopuszczalne, należy podjąć próbę przeprowadzenia badań wykorzystujących inne niż językowe dyrektywy wykładni. Jeśli zastosowanie tych dyrektyw powiedzie się, z konieczności doprowadzi to do jednego z dwóch rezultatów: albo do wyłączenia zastosowania art. 169 kc⁴⁶, albo do rozszerzającej wykładni art. 556 § 2 kc. Wobec powyższego, należy zbadać kolejno obie ewentualności.

3. O możliwości wyłączenia zastosowania art. 169 kc

3.1. Badając problem wyłączenia zastosowania art. 169 kc w przypadku, gdy nabywca rzeczy ruchomej woli skorzystać z ochrony zapewnianej przez przepisy o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękoi za wady prawne, należy w pierwszej kolejności przedstawić argumenty wysuwane w dogmatyce, mające przemawiać za taką możliwością. Już w tym miejscu należy zastrzec, że argumenty te nie zostały nigdzie przedstawione w formie kompletnego wniosku, stąd będą wymagały odpowiednich uzupełnień i uściśleń. W dalszej kolejności podjęta zostanie próba wykazania ich nietrafności.

3.2. Argumenty mające przemawiać za możliwością wyłączenia art. 169 kc mają charakter funkcjonalny i systemowy. Zdecydowanie najpowszechniej powoływany jest argument funkcjonalny. Mianowicie, odwołując się do *ratio legis* art. 169 kc, twierdzi się, że przepis ten służy ochronie nabywcy, a nie działającej-

⁴⁶ Skoro może chodzić jedynie o wyłączenie stosowania tego przepisu, z góry nietrafna okazuje się teza mówiąca o jego wykładni rozszerzającej, którą zdaje się sugerować SN w wyroku z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

go często w złej wierze zbywcy⁴⁷. Jeśli więc nabywca z różnych powodów nie chce skorzystać z ochrony przyznawanej mu przez ten przepis, może z niej zrezygnować. „Zmuszenie” nabywcy do korzystania z przepisu, który jemu właśnie ma służyć, rażąco sprzeciwiałoby się jego celowi⁴⁸.

Następnie, argumentem mogłaby być także pozycja art. 169 kc w systemie prawa. Nie ma bowiem i nigdy nie było wątpliwości, że przepis ten jest jednym z wyjątków od wprawdzie dosłownie niewyrażonej, lecz powszechnie uznanej za obowiązującą zasady *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*⁴⁹. Tym samym można twierdzić, że przepis ten ogranicza konstytucyjne prawo własności i jest normą o charakterze wyłączeniowym, a więc przepis ten nie powinien być interpretowany rozszerzająco⁵⁰. Dodatkowo w kontekście systemowym wskazuje się na przepis art. 879 kpc, który jedynie nabywców rzeczy nabytych w postępowaniu egzekucyjnym pozbawił roszczeń z rękojmi za wady prawne⁵¹.

3.3. Powołane argumenty nie wydają się przekonujące. Próbę ich krytyki należy rozpocząć od konstatacji, że z punktu widzenia teorii prawa cywilnego, wyłączenie zastosowania art. 169 kc byłoby możliwe jedynie na dwóch podstawach: albo *ex lege*, z mocy samego prawa, albo na gruncie czynności prawnej (oświadczenia woli). W tym drugim przypadku mogłoby chodzić albo o oświad-

⁴⁷ Jako pierwszy funkcję art. 169 kc jako argument za możliwością powołania się na wadę prawną rzeczy podniósł J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 131. Później także A. Gola, *Nabycie...*, s. 62; A. Szpunar, *Glosa...*, s. 224; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 105; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 200; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 39; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks...*, s. 93 i nast.; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1022. W orzecznictwie zwłaszcza SN w wyroku z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

⁴⁸ Należy jednak stanowczo podkreślić, że w dogmatyce nigdzie nie pisze się *expressis verbis* o wyłączeniu zastosowania art. 169 kc ze względu na jego *ratio legis*. Wszystkie przytoczone wyżej wypowiedzi ograniczają się do przedstawienia celu przepisu i wywiedzenia zeń, że nabywca może powołać się na wadę prawną. Druga możliwa interpretacja tego poglądu (czyli rozszerzająca wykładnia art. 556 § 2 kc) będzie przedstawiona w ramach dalszych rozważań.

⁴⁹ Zob. M. Wilke, *Nabycie...*, s. 6 i nast.; A. Gola, *Nabycie...*, ss. 36, 63; E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 264; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 611; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 93 i nast.; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 194; T. A. Filipiak, (w:) *Kodeks...*, s. 55; J. Nadler, (w:) *Kodeks...*, s. 319. Por. także J. Wasilkowski, *Nabycie...*, s. 503; E. Gniewek, *Prawo...*, s. 89.

⁵⁰ Por. zwłaszcza wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357. Najwyraźniej te fakty jako przesłankę argumentu za wyłączeniem art. 169 kc na rzecz 556 § 2 kc przyjęła A. Gola, *Nabycie...*, s. 63. Por. także A. Stelmachowski, (w:) *System Prawa Prywatnego. Prawo rzeczowe*, tom 3, Warszawa 2007 (red. T. Dybowski), s. 349; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 199.

⁵¹ A. Gola, *Nabycie...*, s. 62 i nast.

czenie jednostronne, albo o umowę. Należy więc zbadać kolejno wszystkie wchodzące w grę ewentalności.

Jeśli chodzi o wyłączenie zastosowania art. 169 kc z mocy samego prawa, wówczas gdy jego zastosowanie prowadziłoby do niemożności zastosowania art. 556 § 2 kc, należy w pierwszym rzędzie zauważyć, że takie wyłączenie musiałoby następować zawsze. W innym bowiem przypadku konieczna byłaby jakaś czynność którejś z zainteresowanych stron, a wtedy nie można by już mówić o wyłączeniu *ex lege*. Z góry należy stwierdzić, że takie wyłączenie byłoby niedopuszczalne. Przede wszystkim, brak w tekście prawnym jakichkolwiek ku temu podstaw. Sytuacja taka byłaby nadto niejednokrotnie niekorzystna dla samego nabywcy, któremu w szeregu przypadkach bardziej może zależeć na byciu właścicielem niż jedynie uprawnionym z tytułu roszczeń obligacyjnych przyznanych przez przepisy o odpowiedzialności sprzedawcy z tytułu rękojmi za wady prawne rzeczy. Z procesowego punktu widzenia, właściciel, będący nadto posiadaczem rzeczy, może jako pozwany dość łatwo obronić się przed powództwem windykacyjnym wytoczonym przez nie-właściciela (nawet gdyby był to poprzedni właściciel rzeczy); wystąpienie z roszczeniami z tytułu rękojmi oznaczałoby często konieczność prowadzenia długotrwałych sporów sądowych. Tym samym przekreślona zostałaby przyczyna, mająca uzasadniać wyłączenie art. 169 kc. Kończąc można jeszcze dodać, że taka ewentalność nie była dotąd przez nikogo brana pod uwagę.

Następnie rozważyć wypada wyłączenie art. 169 kc mocą umowy stron, czyli nabywcy rzeczy i nieuprawnionego, który nią rozporządził. Zawarcie takiej umowy wydaje się niedopuszczalne z tego przede wszystkim względu, że art. 169 kc nie ma charakteru dyspozytywnego. Więcej, być może samo pytanie o jego dyspozytywny albo imperatywny charakter byłoby pytaniem źle postawionym, jako że dyspozytywny (i odpowiednio: imperatywny) może być jak się zdaje jedynie (a przynajmniej – przede wszystkim) przepis regulujący stosunek zobowiązaniowy, zwłaszcza umowny. Tymczasem art. 169 kc nie normuje żadnego stosunku zobowiązaniowego, a przesłanki nabycia własności rzeczy, którą rozporządza podmiot do tego nieuprawniony. Nawet jeśli by wolno było poddać pod rozagę kwestię imperatywności albo dyspozytywności analizowanego przepisu, miałby on – jako dotyczący przenoszenia praw rzeczowych w drodze czynności prawnych – charakter imperatywny⁵². Powyższe rozważania mają zresztą o tyle akademicki charakter, że w praktyce trudno sobie zawarcie takiej umowy wyobrazić. Nabywca musiałby przecież zakładać, że rzecz jest czyjąś własnością, co wyłączałoby jego dobrą wiarę, a tym samym

⁵² Por. P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 66.

możliwość nabycia własności na podstawie art. 169 kc, a także roszczenia z tytułu rękojmi.

Ostatnią wchodzącą w grę możliwością jest wyłączenie zastosowania art. 169 kc na gruncie jednostronnej czynności prawnej (oświadczenia woli) którejś ze stron. Przyznanie takiej kompetencji zbywcy prowadziłoby do absurdu, stąd rozważyć należy jedynie istnienie kompetencji po stronie nabywcy rzeczy⁵³. I taką ewentualność należy jednak odrzucić. Formalnym argumentem byłaby zasada *numerus clausus* jednostronnych czynności prawnych, której obowiązywania żaden z przedstawicieli dogmatyki opowiadających się za możliwością powołania się nabywcy na wadę prawną rzeczy nie kwestionował. Skoro nie obowiązuje żaden przepis prawny, z którego możnaby wyinterpretować normę udzielającą nabywcy kompetencji do wyłączenia swoim oświadczeniem działania art. 169 kc, nie można mu takiej kompetencji przyznać. Wydaje się jednak, że można tu wskazać na przyczyny znacznie głębsze.

Wśród podstawowych cech czy znamion prawa własności (w znaczeniu przedmiotowym) wymienia się to, że przypisuje określonemu podmiotowi (właścicielowi) wyłączne władztwo (mowa niekiedy o „swoistym monopolu”) nad rzeczą⁵⁴. Przyporządkowanie to ma charakter w tym sensie **ekskluzywny** (wykluczający), że przypisanie prawa własności jednemu podmiotowi wyklucza jednocześnie przypisanie tego samego prawa do tej samej rzeczy innemu podmiotowi⁵⁵. Podkreśla się przy tym, że ów ekskluzywny charakter przyporządkowania nie jest sprawą przygodną, związaną np. z przyjęciem takiej a nie innej techniki prawodawczej, lecz ma uzasadnienie w przyjętym ustroju państwa⁵⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, można próbować interpretować prawo własności w kategorii **funkcji**, która przedmiotom z określonego zbioru (zbioru rzeczy) przyporządkowuje przedmioty z innego zbioru (zbioru podmiotów prawa cywilnego). Ponieważ wolno przyjąć (pomijając dla uproszczenia problem współwłasności i rzeczy niczych), że każda rzecz ma swojego właściciela, **zbiór rzeczy będzie dziedziną funkcji, a zbiór podmiotów prawa cywilnego – jej przeciwdziedziną. Za wzór tej funkcji można uznać przepisy ustawy.** Wydaje się

⁵³ W doktrynie pogląd o możliwości wyłączenia art. 169 kc na gruncie jednostronnej czynności prawnej (względnie oświadczenia woli) zbywcy nie był *expressis verbis* wyrażony. Niemniej, w niektórych wypowiedziach wydaje się on niewypowiedzianą przesłanką argumentacji; zob. zwłaszcza A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 105, którego zdaniem nabycie własności **nie powinno następować automatycznie** (podkr. moje).

⁵⁴ Zob. zwłaszcza A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 223; P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 4.

⁵⁵ Zob. zwłaszcza P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 5; zob. także A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 92.

⁵⁶ Np. A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 223; P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 4.

przy tym, że **wyznaczenie tego wzoru** – decyzja o tym, kto jest właścicielem danej rzeczy - **należy do wyłącznej kompetencji prawodawcy**; że nikt inny, w tym dogmatyka prawa cywilnego, nie ma kompetencji do jego modyfikowania; do dopisywania jakichś wariantów, uzupełnień czy kombinacji. Wprowadzanie do wzoru takich czy innych korekt, nawet jeśli *prima facie* znajduje jakieś funkcjonalne uzasadnienie, wydaje się więc niedopuszczalne⁵⁷.

Nie ulega wątpliwości, że art. 169 kc jest jednym z elementów wyznaczonego przez ustawodawcę wzoru, o którym mowa była powyżej. Już sama ta okoliczność przesądzałaby o niedopuszczalności jego wyłączenia dzięki zastosowaniu reguł funkcjonalnych czy nawet systemowych. Należy jednak nadto podnieść, że treść tego elementu nie jest wyznaczona przypadkowo; że art. 169 kc nie mógłby mieć – pod groźbą wprowadzenia w systemie niespójności, być może nawet sprzeczności – treści innej niż ma; przynajmniej jeśli chodzi o najważniejsze jego elementy. Jak trafnie podniesiono w dogmatyce, pozostaje on w ścisłej zależności z domniemaniami przyjętymi przez ustawodawcę w art. 339 kc i 341 kc. W uproszczeniu, prawodawca nie mógłby z jednej strony nakazywać każdemu uznać za właściciela każdego, kto legitymuje się posiadaniem rzeczy, a z drugiej nie wiązać z faktem realizacji nakazu ustawowego żadnych skutków prawnych⁵⁸. Podmiot postępujący zgodnie z normą nie może być traktowany przez system prawny dokładnie tak samo, jak podmiot postępujący w sposób z ową normą sprzeczny. I z tego względu należy przyjąć automatyczny (i nieodwołalny) charakter nabycia własności, ilekroć spełnią się przesłanki z art. 169 kc.

Na marginesie należy zauważyć, że sama dogmatyka prawa cywilnego, zdając sobie w mniej lub bardziej uświadomiony sposób sprawę z wyżej szkicowanych okoliczności, ilekroć nie dotyczyło to relacji z art. 556 § 2 kc, zawsze podkreślała automatyczny charakter nabycia i utraty własności na podstawie art. 169 kc; innymi słowy; automatyczny związek utraty i nabycia własności ze spełnieniem wymienionych w tym przepisie przesłanek⁵⁹.

⁵⁷ Niniejszej tezie nie przeczy to, że strony umowy mogą same decydować o chwili przejścia prawa własności. Po pierwsze, chodzi o strony umowy, a nie podmiot dokonujący jednostronnej czynności prawnej, po drugie zaś i ważniejsze: kompetencja do ustalenia chwili przejścia własności została udzielona jednoznacznie przez samego prawodawcę (art. 155 kc). W kontekście umowy z art. 169 kc zob. E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 269.

⁵⁸ Zob. zwłaszcza P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 49, a także idem, *Nabycie...*, s. 340. Zob. także J. Wasilkowski, *Nabycie...*, s. 504; M. Wilke, *Nabycie...*, s. 66 i nast.; A. Gola, *Nabycie...*, s. 36; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 169 i nast.; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 194; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 94; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 613.

⁵⁹ Zob. M. Wilke, *Nabycie...*, ss. 5, 97; E. Gniewek, *Kodeks...*, s. 269; S. Rudni-

Powyższego nie sposób nie uzupełnić o jeszcze dwie uwagi. W dużym uproszczeniu i abstrahując od wszelkich zastrzeżeń można twierdzić, że prawo własności ma charakter pierwotny względem prawa zobowiązań⁶⁰; przynajmniej w takim zakresie, w jakim przedmiotem zobowiązania byłaby rzecz. Ujmując rzecz od innej strony, zobowiązania dotyczą takich rzeczy, które już wcześniej zostały przypisane jakiemuś podmiotowi jako jego własność. Jeszcze inaczej, teoretycznie mogą istnieć bezwzględne prawa podmiotowe do rzeczy wyznaczone prawem własności w znaczeniu przedmiotowym, a nie istnieć prawa względne, wyznaczone prawem zobowiązań, natomiast odwrotna sytuacja byłaby już niemożliwa⁶¹. Prawo rzeczowe można więc uznać, znowu w dużym uproszczeniu, za podstawę prawa zobowiązań; **wprowadzenie zmian w tej podstawie prowadzi do nieprzewidywalnych skutków dla całej konstrukcji**. Widać to dobrze na gruncie badanego tu zagadnienia Przykładowo, łatwo jest twierdzić, że art. 169 kc nie powinien obracać się przeciw nabywcy, ale jak odnieść się do całkiem prawdopodobnego przypadku, gdy nabywca dokona czynności wyłączającej jego zastosowanie, by następnie, dla uniknięcia dalszych kłopotów związanych z rzeczą, sprzedać ją kolejnemu podmiotowi? Konsekwentnie należałoby twierdzić, że i ten kolejny podmiot nabył rzecz od nieuprawnionego, a nabywcy zarzucić co najmniej sprzeniewierzenie cudzej własności oraz dopuścić skierowanie przeciw niemu roszczeń z tytułu rękojmi za wady prawne przez kolejnego nabywcę. Radykalnemu pogorszeniu ulega w takiej sytuacji także pozycja właściciela. W standardowej sytuacji nie może on wprowadzić windykować swojej rzeczy, ale ma szansę na ustalenie kto i za jaką cenę jego rzeczą rozporządził. Po kilku rozporządzeniach takich jak szkicowane wyżej praktyczne szanse właściciela na uzyskanie chociażby odszkodowania za zbycie jego rzeczy spadną do zera. Pogłębienie zamieszania będzie powodował fakt, że tylko niektórzy nabywcy rzeczy będą się mogli uwolnić od nabycia prawa własności; nie będzie to dotyczyło tych podmiotów, które uzyskały własność na podstawie umowy, do której nie stosuje się nawet odpowiednio przepisów o rękojmi za wady prawne przy sprzedaży. Dalsze kłopoty pojawią się na gruncie proceduralnym. Twierdzi się mianowicie, że w przypadku zajścia przesłanek z art. 169 kc dotychczasowy

cki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 194. Zob. także S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 198 i powołane tam orzeczenie SN oraz E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Kodeks...*, s. 616 gdzie pisze się o utracie prawa przez dotychczasowego właściciela a także A. Gola, *Nabycie...*, ss. 62, 67 i nast., gdzie wyraźnie wiąże się uzyskanie własności przez nabywcę z jej utratą przez dotychczasowego właściciela.

⁶⁰ Zob. J. Wasilkowski, (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, tom II (red. J. Ignatowicz), Ossolineum 1977, s. 37; A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 214.

⁶¹ Zwraca na to uwagę zwłaszcza A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 215 i nast.

właściciel traci legitymację czynną w procesie windykacyjnym⁶². Czy jeśli przyjmując pogląd o możliwości wyłączenia art. 169 kc przez nabywcę w dobrej wierze, właściciel w przypadku takiego wyłączenia znowu nabędzie własność? Kto miałby być pozwany, gdyby nabywca dokonał dalszego rozporządzenia rzeczą, znowu objętego działaniem art. 169 kc?

Po drugie, jedną z zasadniczych cech praw rzeczowych, w pierwszym rzędzie prawa własności, jest ich jawność. Prawo własności powinno być jawne przede wszystkim ze względu na swój bezwzględny charakter. Skoro na każdym ciąży obowiązek nieingerowania w cudze prawo, każdy powinien też wiedzieć, wobec kogo ma ten obowiązek realizować⁶³. Trudno przy tym mówić o jawności jako o własności, która przysługiwałaby zawsze i każdemu prawu własności⁶⁴. Niemniej okoliczność, że prawo własności przynajmniej co do zasady jest i w założeniu powinno być jawne, winien skłaniać do ostrożności przy przełamywaniu wykładnią funkcjonalną językowej treści przepisów, gdy prowadzi to do sytuacji, w której zorientowanie się, do kogo należy dana rzecz i na kim wobec tego ciąży obowiązek nieingerowania w wyłączne władztwo właściciela, byłoby już zupełnie niemożliwe.

Wyżej szkicowane argumenty na rzecz nietrafności dość powszechnie przyjętej tezy o istnieniu wady prawnej rzeczy nabytej na podstawie art. 169 kc (w interpretacji zakładającej, że chodzi o wyłączenie art. 169 kc na mocy oświadczenia nabywcy) można uznać za „systemowe” z tego względu, że odwołują się do uznawanych za najbardziej podstawowe cech czy własności prawa rzeczowego. Wydaje się jednak, że nie wytrzymują one krytyki nawet w konfrontacji z bardziej powszednimi środkami argumentacji.

Jeśli chodzi o najpowszechniej przywoływane argumenty funkcjonalne, ich zwolennicy zdają się zapominać o tym, że celem art. 169 kc nie jest wyłącznie ochrona nabywcy ruchomości od nieuprawnionego. Art. 169, stanowiąc konsekwencję wyważenia spornych interesów, ma charakter kompromisowy⁶⁵. Kompromis dotyczy przy tym nie tylko niezgodnych interesów właściciela i nabywcy, ale także interesu ogólnego czy społecznego, wyrażającego się w pewności obrotu⁶⁶. Pewność obrotu jest przy tym zjawiskiem ewidentnie aprobe-

⁶² Tak np. A. Gola, *Nabycie...*, s. 83 i powołana tam literatura.

⁶³ Zob. zwłaszcza S. Wójcik (w:) *System prawa cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, tom II (red. J. Ignatowicz), Ossolineum 1977, s. 15 i nast.; P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 45 i nast.

⁶⁴ Zob. zwłaszcza P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 49 i nast.

⁶⁵ Zob. A. Szpunar, *Dobra...*, s. 11; M. Lagut, *O przesłance...*, „PS” 2001/5, s. 50; A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 349. Por. także A. Gola, *Nabycie...*, s. 5 i nast.; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 198; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 168 i nast.

⁶⁶ Zob. zwłaszcza J. S. Piąkowski, (w:) *System...*, s. 308; M. Wilke, *Nabycie...*, ss. 67, 74, 84, 97, 132 i nast.; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 80; M. Lagut, *O przesłance...*, s. 50;

nym przez prawodawcę; tym samym należy uznać ją za wartość, której ochronie czy urzeczywistnieniu wykładnia przepisów ustawy ma służyć. Dopuszczenie do swobodnego wyłączenia zastosowania tego przepisu przez oświadczenie nabywcy radykalnie uderzyłoby w ten ogólny interes. Należy więc stwierdzić, że przyjęty w art. 169 kc kompromis, nie będący zresztą niczym dla polskiego prawa cywilnego wyjątkowym⁶⁷, nie ma charakteru „mniejszego zła”, lecz znajduje autonomiczne uzasadnienie aksjologiczne; jest rozwiązaniem, które wydaje się po prostu słuszne⁶⁸.

Co się zaś tyczy argumentów wykładni systemowej, to pomijając już nawet podkreślony wcześniej fakt, że art. 169 kc musi mieć treść dokładnie taką, jaką ma, z faktu, że art. 169 kc stanowi wyjątek od obowiązującej w systemie zasady *nemo plus iuris...* nie wynika jeszcze żadna norma, w szczególności zaś norma kompetencyjna umożliwiająca dokonywanie czynności konwencjonalnych, które ograniczałyby zakres tego wyjątku. Prawdą jest też oczywiście, że wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, niemniej wykładnia przeprowadzona na podstawie dyrektyw językowych nie ma nic wspólnego z wykładnią rozszerzającą. Trudno też mówić o niezgodności analizowanego przepisu z jakimiś normami wyższego rzędu; choćby z tego względu, że jego zgodność z takimi normami została już potwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny⁶⁹. Wreszcie, odnosząc się do argumentu ugruntowanego w art. 879 kpc, raczej potwierdza on wynik wykładni językowej, aniżeli mu przeczy. Nabywcy rzeczy, który nabył ją w którymś z trybów określonych w art. 844 i n. kpc istotnie nie przysługują roszczenia z tytułu rękojmi za wady rzeczy (art. 879 zd. 2 kpc), lecz nie przysługują dlatego, że w chwili nabycia „staje się [on] jej właścicielem bez żadnych obciążeń” (art. 879 zd. 1 kpc).

3.4. Podsumowując powyższe rozważania można krótko stwierdzić, że wyłączenie zastosowania art. 169 kc dla umożliwienia nabywcy powołanie się na roszczenia z tytułu wady prawnej rzeczy, jest niemożliwe.

R. Chorabik, *Dobra...*, s. 154; a na tle dawnego stanu prawnego J. Górecki, *Przeniesienie własności rzeczy ruchomej*, Wrocław 1950, ss. 67, 81. Podobnie J. Wasilkowski, *Nabycie...*, ss. 504, 507; J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 93. Niekiedy ochrona bezpieczeństwa obrotu uznawana jest jednak za konsekwencję ochrony nabywcy; tak A. Gola, *Nabycie...*, s. 36 i nast.; H. Ciepla, (w:) *Kodeks...*, s. 319; R. Chorabik, *Dobra...*, s. 172.

⁶⁷ Por. A. Stelmachowski, (w:) *System...*, s. 348.

⁶⁸ Tak *expressis verbis* J. Górecki, *Przeniesienie...*, s. 72 (na tle dawnego stanu prawnego, niemal identycznego z obecnym) oraz M. Wilke, *Nabycie...*, s. 134.

⁶⁹ Wyrok TK z dnia 29 maja 2001 r., K 5/01, OTK 2001/4, poz. 87.

4. O możliwości rozszerzającej wykładni art. 566 § 2 kc

4.1. Niedopuszczalność wyłączenia zastosowania art. 169 kc, którą próbowano uzasadnić wyżej, nie przekreśla jeszcze sama przez się możliwości zastosowania art. 566 § 2 kc do sytuacji, w której dany podmiot stał się właścicielem rzeczy na skutek jej nabycia od nieuprawnionego. Nie można bowiem wykluczyć z góry możliwości dokonania rozszerzającej wykładni tego przepisu tak, aby zakresem wyrażen „własność osoby trzeciej” oraz „prawo osoby trzeciej” objąć także przypadki nabycia własności ruchomości na podstawie art. 169 kc. Tej właśnie ewentualności poświęcone będą dalsze analizy.

Analizy te trzeba jednak poprzedzić pewnym zastrzeżeniem. Otóż – podobnie jak to miało miejsce w przypadku art. 169 kc – w doktrynie nigdy *expressis verbis* nie pisano o możliwości rozszerzającej wykładni art. 566 § 2 kc, ograniczając się do podania powodów, dla których powinien on być stosowany. Ponieważ jednak nie ma innej możliwości stosowania tego przepisu jak właśnie jego wykładnia rozszerzająca⁷⁰, wypowiedzi doktryny będą analizowane właśnie na gruncie reguł taką wykładnię dopuszczających.

4.2. Bodaj najczęściej powoływanym argumentem mającym uzasadnić stosowanie art. 566 § 2 kc do sytuacji nabycia własności ruchomości na podstawie art. 169 kc jest to, że w takim przypadku po stronie nabywcy rzeczy powstają czy też mogą powstać uzasadnione wątpliwości co do tego, czy nabył rzecz od podmiotu uprawnionego; czy zbywca był istotnie właścicielem rzeczy albo podmiotem upoważnionym przez właściciela do jej zbycia⁷¹. Następnie, niejednokrotnie twierdzi się, że uzasadnieniem takim są różnego rodzaju kłopoty, na jakie narażony jest nabywca od nieuprawnionego⁷². Wymienia się tu przede wszystkim

⁷⁰ Można by chyba ewentualnie mówić także o analogii *legis*, a chyba nawet bardziej *iuris*; problem ten można jednak jak się zdaje pominąć.

⁷¹ Zob. A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 17 i nast.; A. Szpunar, *Nabycie...*, s. 102 i nast.; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks...*, s. 93 i nast. oraz, bardziej ten argument odnotowując niż popierając, Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 63. Z orzecznictwa zwłaszcza wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

⁷² Zob. A. Szpunar, *Glosa...*, s. 224; A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 16; S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz...*, s. 200. Z orzecznictwa zwłaszcza wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357. Por. także Cz. Żuławska, *Ewolucja odpowiedzialności za jakość świadczenia*, (w:) *Tendencje rozwoju prawa cywilnego* (red. E. Łętowska), Ossolineum 1983, s. 224; Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 62. Chyba odmiennie, lecz bez uzasadnienia S. Dąbrowski, (w:) *Kodeks...*, s. 295; Z. Gawlik, (w:) *Kodeks...*, s. 93. Odmiennie także SN w wyrokach z 26 listopada 1999 r., III CKN 463/98, OSNC 2000/5, poz. 101 oraz z 19 września 2002 r., V CKN 1136/00, LEX nr 56063.

możliwość wystąpienia z roszczeniami przez dotychczasowego właściciela⁷³, a także niedogodności bardziej faktycznej niż prawnej natury, np. trudności z rejestracją samochodu czy jego zatrzymanie do wyjaśnienia przez policję obcego państwa. Wreszcie, nie pozbawiona znaczenia ma być chęć czy pragnienie nie krzywdzenia czy też nie sprawiania przykrości dotychczasowemu właścicielowi przez podmiot, który nabył rzecz na podstawie art. 169 kc⁷⁴.

4.3. Powołane argumenty wydają się nietrafne przynajmniej z trzech typów przyczyn. Po pierwsze, przełamanie wyniku uzyskanego dzięki zastosowaniu dyrektyw językowych możliwe jest wówczas, kiedy wynik taki burzyłby któreś z założeń o racjonalności przypisywanych prawodawcy. O żadnym z podanych argumentów nie można jak się zdaje orzec, by jego nieuwzględnienie burzyło któreś z takich fundamentalnych założeń.

Tak mocno wylegitymowane uzasadnienie przełamania wyniku językowego nie jest jednak we współczesnej polskiej cywilistyce zazwyczaj wymagane, stąd trzeba wskazać i na inne przyczyny. Pierwsze z nich odnosić się będą do wszystkich argumentów mających uzasadnić przełamanie wyniku językowego; kolejne – do każdego z nich z osobna.

Przede wszystkim, wydaje się, że przełamanie wyniku wykładni art. 556 § 2 kc uzyskanego drogą zastosowania dyrektyw językowych byłoby po prostu niesprawiedliwe. W szeregu sytuacjach strony stosunków prawnych narażone są na wątpliwości co do tego, czy działają z podmiotem uprawnionym, na różnego rodzaju kłopoty i moralne obiekcje. Dlaczego spośród tych podmiotów chronieni mieliby być tylko ci, których i tak chroni już art. 169 kc? Przekładając powyższe na język praktyki: dlaczego chroniony miałby być ten, kto nabył rzecz od osoby, która bezprawnie dysponuje rzeczą oddaną jej w leasing przez przedsiębiorcę zajmującego się tego typu działalnością, a nie miałby być chroniony podmiot, który nabył rzecz od młodzieńca, któremu wcześniej została ona darowana jako największy rodzinny skarb, a obdarowany zamierza pieniądze uzyskane ze sprzedaży po prostu przepić? Podobnych przykładów możnaby zresztą podać wiele; dość w tym miejscu na konstatacji, że rozszerzająca wykładnia prowadzi do traktowania równych – nierówno.

Następnie odwołać się trzeba do charakteru i funkcji odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Wprawdzie instytucja rękojmi chroni przede wszystkim kupu-

⁷³ Zob. zwłaszcza M. Podhorecka, *Rękojmia...*, s. 107 i nast.

⁷⁴ Zob. zwłaszcza J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 131; tak też A. Gola, *Nabycie...*, s. 62; A. Szpunar, *Glosa...*, s. 224; A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 16. Tak też wyrok SN z 24 lipca 2008 r., IV CSK 182/08, LEX nr 483357.

jącego⁷⁵, ale w wielu aspektach uwzględnia także interesy sprzedawcy⁷⁶. Nawiasem można zauważyć, że gdyby chodziło wyłącznie o interesy kupującego, żadne szczegółowe regulacje nie byłyby z konieczności potrzebne; wystarczyłoby ustanowić normę, zgodnie z którą sprzedawca ma obowiązek określonego postępowania na każde żądanie kupującego. Dalej, rękojmia ma przywrócić zachwianą na skutek wystąpienia wady równowagę w interesach stron⁷⁷; trudno chyba jednak mówić o zachwianiu tej równowagi w sytuacji, w której kupujący nabył własność rzeczy zgodnie z obowiązkiem wyznaczonym sprzedawcy przez art. 535 § 1 kc. Wreszcie, w nauce prawa cywilnego zgodnie podkreśla się, że odpowiedzialność sprzedawcy ma charakter surowy czy wręcz „absolutny”. Nie ma chyba powodów do zaostrzania tej odpowiedzialności, zwłaszcza po wejściu w życie ustawy o sprzedaży konsumenckiej⁷⁸, która wyłączyła stosowanie przepisów o rękojmi do stosunków konsumenckich⁷⁹, pozbawiając je „ochronnego” charakteru. Ostatecznie, przepisy o rękojmi mają charakter dyspozytywny⁸⁰ i strony zawierając umowę mogą zawsze rozszerzyć ich zastosowanie. Kupującemu zaś, który doznał jakichś szkód na skutek zawarcia umowy z nieuprawnionym, zawsze przysługują roszczenia z art. 415 kc albo 471 kc.

Ostatnim problemem, na który należy zwrócić w tym miejscu uwagę jest to, że nabycie na podstawie art. 169 kc powoduje włączenie rzeczy do majątku nabywcy. Tym, samym jego wierzyciele uzyskują możliwość zaspokojenia swoich roszczeń również z tego składnika majątku⁸¹. Dopuszczenia rozszerzającej wykładni art. 556 § 2 kc w niejednej sytuacji mogłoby dawać okazję nabywcy do pozbycia się takiego składnika na szkodę jego wierzycieli.

⁷⁵ Jest to pogląd jednolicie przyjęty; zob. już dawno A. Ohanowicz, *Rękojmia przy sprzedaży a odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia*, „RPEiS” 1962/2, s. 23 i później J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 123, a ostatnio np. Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 56 z powołaniem na orzecznictwo SN; A. Brzozowski, (w:) *Kodeks...*, s. 268; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu* (A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian), Warszawa 2009, s. 397; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1018 i nast.

⁷⁶ Tak już dawno Z. K. Nowakowski, *Ochrona nabywcy rzeczy z wadami*, „RPEiS” 1967/2, s. 13 i nast.; później m.in. J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 118 i Cz. Żuławska, *Ewolucja...*, s. 227. Ostatnio zob. np. Cz. Żuławska, (w:) *Komentarz...*, s. 56; J. Jezioro, (w:) *Kodeks...*, s. 1018 i n.

⁷⁷ Zob. zwłaszcza Cz. Żuławska, *Ewolucja...*, s. 229; A. Brzozowski, (w:) *Kodeks...*, s. 269.

⁷⁸ Ustawa z 27.07.2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. Nr 141, poz. 1176 z późn. zm.).

⁷⁹ Zob. np. Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...* s. 48.

⁸⁰ Tak m.in. J. Skąpski, (w:) *System...*, s. 122 i nast.; Cz. Żuławska, *Ewolucja...*, s. 214; M. Manowska, *Rękojmia...*, s. 36; W. Czachórski, *Zobowiązania...*, s. 399; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania...*, s. 48.

⁸¹ P. Machnikowski, (w:) *System...*, s. 5.

Argumenty mające uzasadniać rozszerzającą wykładnię art. 556 § 2 kc wydają się nie tylko nieprzekonujące *in genere*; nieprzekonujący wydaje się też każdy z nich rozpatrywany autonomicznie. Jeśliby nabywca żywił uzasadnione wątpliwości w chwili zawierania umowy, nie byłby w dobrej wierze i nie mógłby uzyskać własności nabywanej rzeczy. Wątpliwości żywione później, przy zastosowaniu nawet najbardziej swobodnych reguł wykładni, nie mogą być uznane za sytuację, w której rzecz jest „własnością osoby trzeciej albo jest obciążona prawem osoby trzeciej”. Taka teza byłaby z gruntu obciążona błędem przesunięcia kategoryjnego.

Jeśli chodzi o kłopoty związane z szeroko rozumianym korzystaniem z rzeczy, na jakie narażony ma być nabywca, wypada przypomnieć, że na różnego rodzaju kłopoty tego rodzaju narażony jest każdy. Jeśli własność przeszła na nabywcę, to nie występuje już kłopot uznawany za najważniejszy, czyli ryzyko utraty rzeczy. Uznanie prawnej relewantności takiego ryzyka zakładałoby możliwość nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, czego w procesie wykładni tekstów aktów normatywnych czynić nie wolno⁸². Nawet ograniczenie prawnej relewancji tych kłopotów do wystąpienia dotychczasowego właściciela z powództwem przeciw nabywcy w dobrej wierze nie wydaje się trafne. Każdy może przecież wytaczać powództwa, nawet w najoczywistszy sposób niezasadne. Krytykowana interpretacja dałaby do ręki każdemu zainteresowanemu bardzo prosty instrument obchodzenia prawa – wystarczyłoby namówić znajomego na wytoczenie powództwa windykacyjnego, aby za cenę pięciu procent wartości rzeczy (czyli opłaty sądowej od wartości przedmiotu sporu) uzyskać prawo do odstąpienia od umowy z tytułu jej wady prawnej rzeczy. Wykładnia, która prowadzi do sytuacji, w której skorzystanie z danego roszczenia możliwe jest zawsze w sytuacji, w której ustawa wyraźnie taką możliwość ogranicza jedynie do określonych przypadków, wydaje się również niedopuszczalne.

Na najsurowszą krytykę zasługuje jednak rozpowszechniony pogląd, jakoby uzasadnieniem dla stosowania art. 556 § 2 kc była chęć czy pragnienie nie wyrządzania przykrości tudzież krzywdy dotychczasowemu właścicielowi. Za wielkie osiągnięcie współczesnego prawa cywilnego oraz badającej to prawo nauki uważa się stopniowe odchodzenie od wiązania skutków prawnych z nieweryfikowalnymi intersubiektywnie przeżyciami psychicznymi podmiotów tego prawa. Wiązanie jakiś konsekwencji ze stanem ducha podmiotu, silnie zresztą zapewne zależnym i od cech osobistych takiego podmiotu, i od zewnętrznych okoliczności, stanowiłoby tutaj osobliwy wyjątek. Nadto, prawo cywilne nie służy raczej

⁸² Dopuszczenie w procesie wykładni uznania, że norma N1 może nie być prawidłowo zastosowania przez sąd – i dlatego należy wyinterpretować jakąś inną normę, zwłaszcza nie – N1, dałoby jak się zdaje możliwość wyinterpretowania z każdego przepisu każdej normy.

do zapobiegania występowania przykrych przeżyć po stronie podmiotów tego prawa. Zresztą, gdyby nabywcy naprawdę było bardzo przykro, mógłby dokonać darowizny nabytej rzeczy na rzecz dotychczasowego właściciela. Do powyższego można jeszcze dodać, że konsekwentne uznanie krytykowanego argumentu musiałoby prowadzić do uznania, że na rękojmię za wadę prawną nie mogą się powołać osoby prawne, które nabyły własność rzeczy od nieuprawnionego, jako że podmiotom takim przeżyć psychicznych „przykrości” przypisać nie można.

4.4. Powyższe rozważania, podobnie jak te poświęcone możliwości wyłączenia zastosowania art. 169 kc można podsumować lakonicznie. Rozszerzająca wykładnia art. 556 § 2 kc, polegająca na uznaniu, że rzecz kupiona przy spełnieniu przesłanek nabycia własności z art. 169 kc obciążona jest wadą prawną, jest nietrafna.

5. Wnioski

Przeprowadzone w pracy analizy zdają się uzasadniać sformułowanie dwojakiego rodzaju wniosków. Po pierwsze, udało się być może rozwiązać problem dogmatycznoprawny, tj. ustalić, jakie normy obowiązują w kontekście relacji między art. 169 kc a art. 556 § 2 kc. Okazało się, że ilekroć podmiot nabytej własności rzeczy od nieuprawnionego zgodnie z przesłankami art. 169 kc, nie będą mu przysługiwały roszczenia z tytułu rękojmi za wady prawne, jako że nabyta rzecz – będąc jego własnością – nie jest „własnością osoby trzeciej”. Odpowiednio, ilekroć do nabycia własności nie dojdzie, roszczenia z rękojmi za wady prawne będą przysługiwać (o ile rzecz jasna nie zajdzie któraś z przesłanek powodujących ich wygaśnięcie, np. upływ terminu prekluzyjnego z art. 576 § 1 kc). W najpowszechniej więc występującej w praktyce sytuacji, w której nabywca obejmie rzecz w posiadanie zgodnie z wymogami art. 169 § 1 kc, roszczenia z tytułu rękojmi nie przysługują. Wniosek ten, ugruntowany w dyrektywach wykładni językowej, musiał zostać jednak zweryfikowany metodami funkcjonalnymi i systemowymi. Wykorzystanie tych reguł potwierdziło, a w każdym razie nie podważyło wyniku językowego. Taki wynik wykładni zmusza do uznania nietrafności dość powszechnie przyjmowanego poglądu, jakoby roszczenia z tytułu rękojmi w powyższej sytuacji jednak nabywcy przysługiwały.

Dla uzyskania powyższego wyniku nie tyle przedstawiano kolejno argumenty mające za nim przemawiać, co analizowano tezy, mające świadczyć o trafności wyniku dokładnie przeciwnego. Analiza tych tez skłania do wyprowadzenia z pracy również wniosków o charakterze metodologicznym. Okazało

się mianowicie, że głosząc *prima facie* całkiem słusznie brzmiący argument funkcjonalny nie przeprowadzono pogłębionej refleksji nad okolicznościami, które tą słusność mogłyby jednak stawiać pod znakiem zapytania. W tym sensie argumentacja, z którą w pracy próbowano podjąć polemikę, wpisuje się w jakimś stopniu w zauważalną m. zd. tendencję do czynienia z obowiązującego prawa narzędzia zaspokajania czyichś – podkreślmy, nawet wydających się *prima facie* słusznymi – pragnień, oczekiwań czy dążeń. Zapoznana zostaje tym samym zasadnicza chyba funkcja prawa, jaką jest możliwie najbardziej sprawiedliwy rozdział zysków i strat, ryzyk i szans między podmioty tego prawa poprzez nakazy i zakazy sformułowane w normach zarówno generalnych, jak i abstrakcyjnych. Próbując ująć problem od innej strony: łatwo twierdzić, że wynik wykładni jest słuszny, bo czyni zadość szeroko rozumianym interesom jakiegoś podmiotu; trudniej zbadać, jakie skutki przyniesie takie rozwiązanie dla całego szeregu podmiotów uwikłanych w takie czy inne relacje z podmiotem odnoszącym korzyść. Po drugie i jeszcze ważniejsze, swobodnie głosząc, że art. 169 kc służy ochronie nabywcy a nie zbywcy i że w związku z tym nabywca powinien móc powołać się na roszczenia z tytułu rękojmi za wady prawne nie zbadano, za pomocą jakich znanych obowiązującemu prawu instrumentów taki skutek mógłby być osiągnięty. W pracy próbowano wykazać, że mogłoby chodzić jedynie o instrumenty prowadzące do wyłączenia zastosowania art. 169 kc albo do rozszerzającej wykładni art. 556 § 2 kc. Prawo cywilne nie zna tymczasem środków, które pozwoliłyby na osiągnięcie tego efektu.

PURCHASE OF A MOVABLE PROPERTY FROM SUBJECT WITHOUT LEGAL TITLE IN THE LIGHT OF A WARRANTY FOR LEGAL DEFECTS

There is an ongoing disagreement both among legal science representatives and in court verdicts concerning the possibility of the purchaser to use warranty claim based on legal defects, when the legal title to the object had been obtained in the light of the Art. 169 of the Polish Civil Code. The aim of the article was to demonstrate that it is unacceptable for the purchaser to initiate an action on warranty because of legal defects of the movable property in case of the purchase from the subject who had no legal title to sell it. Specifically, it has been attempted to prove the inaccuracy of the popular belief that Art. 169 of the Polish Civil Code was established to protect the purchaser and not the vendor who is usually dishonest. The analysis leads to the conclusion that ownership (treated as a set of legal norms) could be perceived as a function assigning property (domain of a function) to certain civil law subjects (antidomain of a function).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Grzegorz Maroń ■

INSTYTUCJA ŚLUBOWANIA SĄDZIOWSKIEGO W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

I. Pojęcie ślubowania sędziowskiego

Ślubowanie sędziowskie to uroczyste zobowiązanie się nowo powołanego sędziego do należytego wypełniania swoich zawodowych obowiązków w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości, wiernej i oddanej służby reprezentowanemu państwu oraz konsekwentnego poszanowania wymienionych w wygłaszanej rocie podstawowych wartości i zasad sędziowskiej deontologii¹.

Termin „ślubowanie sędziowskie” czy „ślubowanie” *tout court* nie jest jedyną nazwą dla przedmiotowej instytucji. W poszczególnych aktach normatywnych przez dziesięciolecia instytucję tę określano też mianem „przysięgi sędziowskiej” lub, znacznie jednak rzadziej, „przyrzeczeniem sędziowskim”². Terminologiczny rygoryzm obcy jest również prawniczej doktrynie, w której pracach można znaleźć sformułowania typu „Ślubowanie jest więc uroczystym przyrzeczeniem (przysięgą)”³. Lektura słowników języka polskiego przemawiałaby

¹ Temat opracowania do tej pory sporadycznie znajdował miejsce w literaturze prawniczej. Zob. np. A. Mezglewski, *Przysięga, ślubowanie oraz przyrzeczenie w prawie polskim*, „Przegląd Prawa” Wyznaniowego 2011, nr 3, ss. 5–22.

² Art. 15 ust. 2 (pierwotnie art. 9 ust. 4) ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (Dz. U. 1982, Nr 11, poz. 84) stanowi, że: „Osoby wybrane w skład Trybunału Stanu składają przed Marszałkiem Sejmu przyrzeczenie sędziowskie”.

³ B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 333.

za potraktowaniem zwrotów „ślubowanie sędziowskie” i „przysięga sędziowska” za synonimy, czyli za nazwy tego samego jednego pojęcia.

W Słowniku Współczesnego Języka Polskiego przez rzeczownik „ślubowanie” rozumie się „uroczystą przysięgę, przyrzeczenie, zobowiązanie się do czegoś” lub „uroczystość złożenia przysięgi, zaprzysiężenia kogoś”, a czasownik „ślubować” został objaśniony z kolei jako „składać ślubowanie, przysięgę; uroczystie zobowiązać się do czegoś”⁴. Podobnie też definicja terminu „przysięga” i „przysięgać” zawiera odesłanie do terminu „ślubowanie” i „ślubować”. W cytowanym powyżej słowniku „przysięga” to „uroczyste zapewnienie o czymś, zwykle wypowiedane w ustalonej formie; przyrzeczenie, ślubowanie”, a w sensie czynnościowym „przysięgać” oznacza „składać przysięgę, ślubowanie; zapewniać o czymś przysięgą”⁵. W końcu, „przyrzeczenie” definiuje się tam jako „to, co się przyrzekło, treść tego wyrażona słowami; obietnica, zapewnienie, przysięga, ślubowanie”⁶.

Konkluzji o konceptualnej tożsamości przysięgi i ślubowania sprzeciwia się jednak znana prawoznawstwu i wykorzystywana przez judykaturę dyrektywa zakazu wykładni synonimicznej. Zgodnie z nią, z dwoma lub więcej różnymi wyrazami, które w języku potocznym uchodzą za synonimy, w toku wykładni prawa należy łączyć odmienne znaczenia. Racjonalny prawodawca motywowany względami ekonomii legislacyjnej nie używa bowiem na określenie jednego pojęcia dwóch czy kilku terminów, lecz z każdym z tych terminów łączy osobne swoiste znaczenie. Za wnioskiem o niesynonimiczności „przysięgi sędziowskiej” i „ślubowania sędziowskiego” przemawia także tzw. historia legislacyjna. Jak zostanie to poniżej ukazane, jedna z nowelizacji przepisów dotyczących przedmiotowej instytucji autorstwa rodzimego prawodawcy sprowadzała się tylko do zastąpienia wyrazu „ślubowanie”, wyrazem „przysięga” bez jakiegokolwiek innej ingerencji w brzmienie zmienianych przepisów. Wyraźnie wskazuje to, iż ustawodawca oba terminy musiał rozumieć nieco inaczej. W przeciwnym razie sama nowelizacja byłaby pozbawiona sensu, nie wnosząc nic nowego, tj. żadnej nowości normatywnej, do obowiązującego prawa.

⁴ B. Dunaj (red.), *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, Warszawa 2000, t. 2, s. 400.

⁵ Ibidem, s. 205.

⁶ Ibidem, s. 204. Por. hasła „przysięga”, „przyrzeczenie”, „ślubowanie” w *Słowniku Języka Polskiego*, M. Szymczaka (red.), Warszawa 1984, t. 2, s. 1055–1056 oraz t. 3, s. 448. Termin „ślubowanie” zdefiniowano w tym słowniku następująco: „przysięga, przyrzeczenie, zobowiązanie”. Zob. też hasła „ślubowanie” i „przysięga” w *Wielkiej Encyklopedii PWN*, J. Wojnowski (red.), t. 27, Warszawa 2005, s. 8 i t. 22, Warszawa 2004, s. 483.

Można stwierdzić, iż terminy „przysięga sędziowska” i „ślubowanie sędziowskie” są na gruncie prawa bliskoznaczne, lecz nie stanowią synonimów. Pierwszy z tych zwrotów wykorzystywano wówczas, gdy składane przez sędziego uroczyste przyrzeczenie należytego wykonywania swoich obowiązków zawodowych posiadało charakter religijny, tj. gdy podmiotem, któremu składało się nominalnie przyrzeczenie był Bóg lub też zaprzysiężana osoba miała obowiązek przywołać w ustalonej formule słownej Boga jako opiekuna i strażnika do dochowania solennej obietnicy. Ślubowanie sędziowskie odnosiło się zaś i współcześnie odnosi do przyrzeczenia, którego rota posiada charakter laicki, bez odwołań do bytu nadprzyrodzonego, poza ewentualnie fakultatywnym dodaniem przez sędziego słów: „Tak mi dopomóż Bóg”⁷.

Operowanie przez rodzimego prawodawcę w okresie dwudziestolecia międzywojennego formą przysięgi a nie ślubowania nie można jednak tłumaczyć wyłącznie racjami światopoglądowymi. Zabieg ten w pewnym stopniu u swych podstaw miał pragmatyczne dążenie do uskutecznienia zasad sędziowskiej deontologii. Ustawodawca wykorzystał w ten sposób groźbę negatywnego społecznego ładunku emocjonalnego kierowanego wobec każdego tego, kto łamie przysięgę. Odium spoczywające na tym, kto sprzeniewierzył się przysiędze było większe od odium ciężącego na osobie pogwałcającej ślubowanie. Krytyczną społeczną ocenę osób nieprzestrzegających przysięgi oddają słowa narodowego wieszczka „Wszak kto przysięgę naruszy, Ach, biada jemu, za życia biada ! I biada jego złej duszy !”⁸.

W dalszej części opracowania przez ślubowanie sędziowskie *sensu largo* będzie rozumiane zarówno ślubowanie *sensu stricto*, jak i religijna przysięga, z zachowaniem w świadomości powyżej zasygnalizowanych uwag terminologicznych. Tam, gdzie to konieczne, poczyniona jednak w artykule zostanie wyraźna dystynkcja tych dwóch określeń.

II. Geneza ślubowania sędziowskiego

Instytucja ślubowania sędziowskiego swoim rodowodem sięga czasów starożytnych. W starożytnym Rzymie sędzia (*iudex*) w ciągu pięciu dni od objęcia stanowiska składał w obecności kwestora przysięgę, w której przyrzekał, iż wykonując obowiązki swojego urzędu będzie przestrzegał prawa (*iurare in leges*

⁷ Przysięgą z nazwy i siłą tradycji, a ślubowaniem w swojej istocie jest np. „przysięga” Prezydenta RP (art. 130 Konstytucji RP).

⁸ A. Mickiewicz, *Świtezianka*.

lub *iusiurandum in leges*)⁹. Nie uczynienie zadość temu wymogowi skutkowało utratą urzędu. Kończąc kadencję, kiedy składał formalną rezygnację (*abdicare se magistratu* lub *magistratum deponere*), przysięgę ponawiał. Tym razem pod przysięgą oświadczał, iż w czasie sprawowania powierzonej mu jurysdykcji był wierny przepisom prawa, nie pogwałcając ich umyślnie (*eiuratio magistratum*)¹⁰. Uroczystość ta odbywała się na *Forum Romanum*, dokładnie na mównicy zwanej *rostra*, w przeddzień objęcia urzędu przez nowo wybranych sędziów¹¹. Niekiedy za miejsce ceremonii wskazywana bywa pobliska świątynia Saturna¹².

W Kodeksie Justyniana zamieszczony jest wymowny w tym kontekście fragment: „Sędziowie w minionych czasach nie mogli objąć sędziowskiego urzędu, jeśli uprzednio nie złożyli przysięgi, że będą w każdym przypadku rozstrzygać według prawdy i w zgodzie z prawem (...) Sędziowska przysięga powinna być znana każdemu i powinna być włączona przez Nas do Prawa Rzymskiego, i być zachowywana przez wszystkich urzędników, a jeśli jest lekceważona, ci którzy traktują ją z pogardą, czynią to na swoją zgubę”¹³.

W artykule badaniem objęto instytucję ślubowania sędziowskiego w okresie od 1918 r. do czasów współczesnych. Nie oznacza to jednak, iż nie była ona znana w Polsce wcześniej¹⁴. W Rzeczypospolitej szlacheckiej ślubowanie składali przy obejmowaniu urzędu m.in. sędziowie sądów ziemskich, sądów grodzkich,

⁹ Działalność jurysdykcyjna stanowiła w tym czasie domenę różnej kategorii wybieranych urzędników określanych łącznie mianem *magistratus*. Sędzia nie był więc osobnym strukturalnie urzędem, a czynności sędziowskie wchodziły funkcjonalnie w zakres kompetencji poszczególnych urzędników. Przedmiotową przysięgę (*iusiurandum magistratum*) składali edyle kurulni, konsulowie, pretorzy i prawdopodobnie także cenzo-rzy, trybuni plebejscy oraz edyle plebejscy.

¹⁰ A. Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Filadelfia 1991, vol. 43, cz. 2, ss. 451 i 522; W. Wardlaw Ramsay, *A manual of Roman antiquities*, Londyn 1863, s. 180.

¹¹ Pliniusz Młodszy, *Panegyricus Traiano* 65.1-2; Ambrozjusz Teodozjusz Makrobiusz, *Saturnalia* 2.3.6, za: http://www.novaroma.org/nr/Oaths_of_office.

¹² Appian z Aleksandrii, *Historia Rzymska*, księga XIII *Wojny domowe* 1.4.31.

¹³ Kodeks Justyniana, księga III, tytuł I, sekcja 12, za: S. P. Scott, *The Civil Law, including the Twelve Tables, the Institutes of Gaius, the Rules of Ulpian, the Opinions of Paulus, the Enactments of Justinian, and the Constitutions of Leo*, New Jersey 2001, s. 264. F. H. Blume podaje odmienną numerację cytowanego fragmentu, tj. 3.1.14, *Annotated Justinian Code*, dostępny pod url: <http://uwacadweb.uwo.edu/blume&justinian/default.asp>. W innym miejscu Kodeksu Justyniana możemy w odniesieniu do rzymskich urzędników przeczytać: „Obecnie przysięgają oni, że będą czynić to, co wydaje się im być sprawiedliwsze i lepsze, z wyjątkiem obrońców miejskich, którzy przysięgają, że będą wszystko czynić w zgodzie z ustawami i sprawiedliwością”.

¹⁴ S. Estreicher wskazuje, iż najstarszy znany tekst sędziowskiej przysięgi w Polsce pochodzi z 1507 r., *Kultura prawnicza w Polsce XVI wieku*, dostępny pod url: <http://www.polskietradycje.pl/article.php?artykul=83>.

sądów podkomorskich, czy deputaci Trybunału Głównego, tak Koronnego jak i Litewskiego. Przysięga miała wówczas charakter religijny. Jej poszczególne roty, jakkolwiek zależne od rodzaju sądu, przejawiały daleko posunięte podobieństwo. Tytułem egzemplifikacji można podać następujące teksty sędziowskiej przysięgi w ich brzmieniu z XVI w.

Deputat, czyli sędzia Trybunału Koronnego z 1578 r. przy zaprzysiężeniu oświadczał: „Ja N. przysięgam P. Bogu, iż sprawiedliwie według Boga i prawa pisanego i według kontrowersji stron sądzić będę i zeznania przyjmować będę, nie mając względu ani braku bogatego, ubogiego, przyjaciela i nieprzyjaciela, obywatela i cudzoziemca, a nie będę dbał na przyjaźń i nieprzyjaźń, ani na dary, ani na groźby, ale w sądzeniu samego Boga i prawo pisane, sprawiedliwość stron, prze i odeprze i zeznania, a w tem wszystkiem sumienia swego rozsądku naśladować i słuchać będę insze sprawy mnie należące wiernie i według możliwości mej czynić będę, praktykowania żadnych kauz z nikim czynić, ani przestrogi, ani rady dawać, ani podarków brać nie będę, i także iżem się o to nie starał, abym był na te sądy obran. Tak mi etc.” Zobowiązywał się więc on do: bezstronności, wyrokowania sprawiedliwego opierającego się na sumiennym zbadaniu sprawy i na uwzględnieniu przepisów prawa pisanego, powstrzymania się od jakichkolwiek układów ze stronami, do niedawania im rad i przestrog, do unikania korupcji. Ponadto, deputat zapewniał, iż nie czynił starań, aby zostać wybranym jako sędzia Trybunału¹⁵.

Rota sędziego sądu grodzkiego, na przykładzie sędziego sądeckiego Piotra Otfinowskiego, z 1567 r. brzmiała: „Ja Piotr Otphinowski przysięgam Panu Bogu, (...) sprawiedliwie według Pana Boga, prawa pisanego, sprawiedliwości i stron kontrowersji sądzić, zapisy i zeznania, świadczenia wszelakie prawne i przystojne przyjmować będę, bogatego i ubogiego, przyjaciela i nieprzyjaciela, obywatela i gościa różności żadnej nie mając, ani z przyjaźni ani z nienawiści ani z bojaźni ani z daru tego czyniąc, ale w sądzeniu i w sprawowaniu urzędu mego samego Pana Boga, sprawiedliwości świętej i prawa pisanego, stron kontrowersji i zeznania w tych wszystkich sumienia swego sądu naśladować i słuchać będę i inne wszystkie sprawy mnie przystojne tak sądowe jako i te, na które mnie pan starosta wzywać będzie, wiernie i według możliwości mojej czynić będę, dotąd pokąd na tym urzędzie będę. Tak mi racz Panie Boże wszechmogący. Praesentibus ut supra”¹⁶.

¹⁵ O. Balzer, *Geneza Trybunału Koronnego. Studium z dziejów sądownictwa polskiego XVI wieku*, Warszawa 1886, ss. 324–325. Autor przywołując rotę, pominął jej końcowy fragment odnoszący się do pomocy Boga w dochowaniu przysięgi.

¹⁶ S. Kutrzeba, *Zbiór aktów do historii ustroju sądów prawa polskiego i kancelarii sądowych województwa krakowskiego*, Archiwum Komisji Prawniczej, Akademia Umiejęt-

Podobną w treści przysięgę składał w 1563 r. sędzia sądu ultimae instantiae województwa krakowskiego: „Ja N. przysięgam Panu Bogu, że (...) sądzić będę sprawiedliwie podle prawa koronnego polskiego (a w Mazowszu wedle prawa mazowieckiego) a najwyższego dowcipu mego sąd sprawiedliwy czynić a krzywdę tępić, a od tego nie dam się uwieść prze żadną przyjaźń ani bojaźń ani żadne powinowactwo ani prze żadne zachowanie ani prze żadną nieprzyjaźń albo waśń ani prze żadne dary, którebych za to wziął albo jeszcze kiedy wziąć miał albo się ich kiedy spodziewał, ani też będę rzeczy a kontrowersji czyich między stronami ku temu sądowi należących z nikim przeglądał, ani praktykował, ani radził żadnemu, jedno na tym sądzie sąd sprawiedliwy czynić a radę sądową a namowną w tajemności zachowam, nikomu jej nieprzenosząc. Tego mi Pan Bóg pomóc racz”¹⁷.

Z kolei łaciński tekst roty przysięgi sędziego ziemskiego miał następującą postać: „Ego N. N. iuro, quia... Regi Poloniae fidelis ero et officium mihi commissum fideliter et diligenter administrabo, causas et iudicia omnia non timore, amore, odio, prece vel pretio sed pro Deo et iustitia sancta ac secundum dispositionem statutorum Regni, prout melius et iustius intellexero, iudicabo Sic... etc.”¹⁸.

Humorystyczny a zarazem obrazujący stan kondycji moralnej ówczesnej judykatury opis assertoryjnej przysięgi deputatów Trybunału Koronnego przedstawia J. Kitowicz. Przysięga ta nawiązywała do rzymskiej instytucji *eiuratio*. Jak pisze autor, po zakończeniu sesji „Przystępowali deputaci do przysięgi, którą od nich ziemstwo odbierało, jako sądził według Boga, sumienia i prawa i jako nie brał korupcji. Każdy deputat taką rotą przysięgał, ale nie każdy sumieniem spokojnym i głosem wyraźnym wymawiał te słowa. Byli tacy, których kaszel dusił, choć go przed przysięgą i po przysiędze nie cierpieli, usta im blade i ręka, położona na krucyfiksie, trzęsła się jak w paroksyzmie febry, ile kiedy na niektórych pacjentach przytomni wołali z boku: <Bój się Boga! nie przysięgaj, otoś brat korupcją, oto te rumaki zaprzężone do karety, oto te bryki naładowane sprzętami, którychś z sobą nie przywiózł, wydają cię, żeś sprzedawał sprawiedliwość!> – deputat jednak, choć struchlały na poty, kończył co prędzej przysięgę; a tę skończywszy, co tchu wsiadał do powozu i uciekał z Lublina”¹⁹.

ności, Kraków 1909, t. 8, cz. 2, s. 38.

¹⁷ Ibidem, s. 34.

¹⁸ O. Balzer, *Geneza...*, op. cit., s. 324.

¹⁹ J. Kitowicz, *Opis obyczajów za panowania Augusta III*, Wirtualna Biblioteka Literatury Polskiej Instytutu Filologii Polskiej Uniwersytetu Gdańskiego, s. 141, dostępne pod url: f.polska.pl/files/154/122/88/Opis_obyczajow.pdf.

Na przestrzeni wieków ostatecznie utrwalił się model przysięgi sędziowskiej jako przysięgi jedynie promissoryjnej. Sędzia wyraża więc gotowość i wolę postępowania w określony sposób na przyszłość (*pro futuro*). Ślubowanie sędziego ma charakter prospektywny, dotyczy przyszłych zachowań i praktyk związanych z wykonywanym zawodem. Nie ugruntował się natomiast rodzaj przysięgi sędziowskiej assertoryjnej, jaką było wspomniane rzymskie *eiuratio*.

III. Prawne uregulowania instytucji ślubowania sędziowskiego

Pierwszym aktem normatywnym, który regulował instytucję ślubowania sędziowskiego w II RP był Dekret Rady Regencyjnej Królestwa Polskiego z dnia 20 lutego 1918 r. w przedmiocie przysięgi dla ministrów, urzędników, sędziów i adwokatów²⁰. Akt ten wydano jeszcze w czasie trwania I wojny światowej, jednak zachował on moc obowiązującą także po odzyskaniu przez Polskę niepodległości. Zgodnie z jego art. 1 pkt c, sędziowie przed objęciem urzędu byli zobowiązani do złożenia przysięgi o treści: „Przysięgam Panu Bogu Wszechmogącemu w Trójcy Świętej Jedynemu, Ojczyźnie i Narodowi Polskiemu na powierzonym mi urzędzie Sędziego przyczyniać się do ugruntowania wolności, niepodległości i potęgi mojej Ojczyzny, pożytek Państwa Polskiego i dobro publiczne mając zawsze przed oczyma; Radzie Regencyjnej, do czasu powołania Króla lub Regenta naczelną władzę Państwa Polskiego Piastującej, wierności dochować; Narodowi Polskiemu z całej duszy wiernie służyć; obowiązki urzędu mego spełniać gorliwie; sprawiedliwość bezstronnie według sumienia i zgodnie z przepisami prawa wymierzać. Tak mi Panie Boże dopomóż i niewinna Syna Jego Męka”. Według powyższej rotы przysięgały osoby należące do wyznań chrześcijańskich. Sędziowie wyznania mojżeszowego lub mahometańskiego składali przysięgę według tej samej rotы, z tą zmianą, że ustęp początkowy przysięgi pozbawiony był wyrazów „w Trójcy Świętej Jedynemu”, zaś ustęp

²⁰ Dz.P.P.P. 1918, Nr 4, poz. 6 (dalej akt ten będzie oznaczany w niniejszym artykule jako „[1918]”). Wcześniejszym aktem obowiązującym na terytorium Królestwa Polskiego formującym rotę sędziowskiego ślubowania były Przepisy tymczasowe o urządzeniu sądownictwa w Królestwie Polskim. Zgodnie z ich art. 14 sędzia wygłaszał słowa: „Obejmując stanowisko sędziego przyrzekam uroczyście: Ojczyźnie i Narodowi Polskiemu z całej duszy wiernie służyć, pożytek Państwa Polskiego i dobro publiczne, według najlepszego rozumienia, zawsze mieć przed oczyma, przepisów prawa ściśle przestrzegać, obowiązki urzędu swego spełniać gorliwie, sprawiedliwość bezstronnie według nakazu sumienia wymierzać”. Dz. Urz. Departamentu Sprawiedliwości Tymczasowej Rady Stanu Królestwa Polskiego 1917, nr 1, dział I. Ślubowanie miało zatem charakter świecki, a nie postać przysięgi religijnej.

końcowy brzmiał „Tak mi Panie Boże dopomóż” z opuszczeniem wyrazów „i niewinna Syna Jego Męka”.

Sędziowie wypowiadali słowa przysięgi wobec prezesa właściwego sądu, natomiast prezesi Sądu Najwyższego, sądów apelacyjnych i okręgowych wobec Ministra Sprawiedliwości. Osoba, przed którą składano przysięgę, mogła powołać do jej odebrania urzędnika lub duchownego tego wyznania, do którego należał zaprzysiężany sędzia. Ich pomoc miała charakter techniczno-organizacyjny, a zarazem była aktem symbolicznej posługi religijnej, nie zwalniając kompetentnego prezesa właściwego sądu czy Ministra Sprawiedliwości z udziału w uroczystości zaprzysiężenia.

Składanie przysięgi odbywało się przez odczytanie roty, bądź powtarzanie jej za osobą odbierającą przysięgę z zastosowaniem się do obrządku wyznania, do którego obejmujący urząd sędzia należał. Przepisy egzemplifikacyjnie precyzowały sposób składania przysięgi w stosunku do wiernych trzech wyznań. Sędziowie wyznania rzymsko-katolickiego przysięgali przed krucyfiksem. Przy wygłaszaniu rot podnosili dwa palce prawej ręki do góry, a następnie całowali krzyż. Sędziowie wyznania ewangelicko-reformowanego i ewangelicko-augsburskiego składali przysięgę tak, jak sędziowie katoliccy, z tym zastrzeżeniem, iż dekret nie mówił o obowiązku ucałowania krzyża po wypowiedzeniu tekstu rot. Ponadto, osoba odbierająca przysięgę powinna przed zaprzysiężeniem sędziego każdego z tych dwóch wyznań upewnić się, że jest on konfirmowany, oraz wskazać na ważność i świętość tego religijnego aktu. Osoby wyznania mojżeszowego wygłaszały rotę przysięgi, mając nakrytą głowę i trzymając w ręku Torę lub kładąc na niej dwa palce.

Dopełnienie aktu przysięgi stwierdzał sporządzany protokół. Zawierał on datę uroczystego wydarzenia, imię i nazwisko zaprzysiężonego sędziego, oznaczenie obejmowanego urzędu oraz dosłowny tekst wypowiedzianej rot przysięgi. Protokół podpisywał sędzia składający przysięgę oraz osoby uczestniczące w tym akcie w charakterze urzędowym, czyli prezes właściwego sądu lub Minister Sprawiedliwości.

Przysięga sędziowska miała natenczas w pełni charakter przysięgi religijnej wyznaniowej. Prawodawca nie wziął pod uwagę oczekiwań sędziów będących ateistami czy agnastykami, którzy na gruncie ówczesnie obowiązującego prawa, chcąc sprawować godność sędziego, musieli złożyć przysięgę, której treść i forma mogła pozostawać niezgodna z ich przekonaniami światopoglądowymi czy filozoficznymi. Przepisy prawne generalnie szanowały natomiast różnorodność religijną polskiego społeczeństwa. Przewidywały one trzy wersje rot przysięgi adresowane do wyznawców trzech największych religii, tj. chrześcijaństwa, judaizmu i islamu. Wyróżniono także cztery formy składania przysięgi, inną

dla katolików, inną dla protestantów obrządku ewangelicko-reformowanego i ewangelicko-augsburskiego oraz oddzielną dla sędziów wyznania mojżeszowego. Żadne późniejsze przepisy regulujące instytucję ślubowania sędziowskiego i nadające mu postać przysięgi religijnej nie uwzględniały na tak szeroką skalę religijnej dyferencjacji obywateli.

Mocą rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 grudnia 1918 r. w przedmiocie roty przysięgi dla urzędników i sędziów²¹ dokonano nowelizacji powyższego dekretu. W tekście przysięgi słowa „Radzie Regencyjnej, do czasu powołania Króla lub Regenta naczelną władzę Państwa Polskiego Piastującej” zastąpiono słowami „Republice Polskiej”. Zmiana ta była konsekwencją ukonstytuowania się w listopadzie 1918 r. odrodzonego po okresie zaborów Państwa Polskiego.

Nową wersję rotę sędziowskiej przysięgi wprowadziło Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 listopada 1919 r.²² Tekst przysięgi brzmiał w nim następująco: „Przysięgam Panu Bogu Wszechmogącemu, że na powierzonym mi urzędzie sędziego przyczyniać się będę w mym zakresie działania ze wszystkich sił do ugruntowania wolności, niepodległości i potęgi Rzeczypospolitej Polskiej, której zawsze wiernie służyć będę; obowiązki urzędu mego spełniać będę gorliwie, sprawiedliwość bezstronnie według sumienia i zgodnie z przepisami prawa wymierzać, a tajemnicy urzędowej dochowam. Tak mi Panie Boże dopomóż” (art. 1 pkt c). Cytowana przysięga utraciła charakter wyznaniowy, jaki posiadała dotychczas, w jednej i tej samej postaci obejmując odtąd wszystkich powoływanych sędziów niezależnie od ich wyznania czy bezwyznaniowości. Sędziowie, którzy byli już zaprzysiężeni w myśl dekretu z 1918 r. i pozostawali na urzędzie nie składali ponownie przysięgi według aktualnego jej brzmienia. Na podstawie osobnego aktu przysięgę o identycznej co powyżej rocie musieli złożyć sędziowie urzędujący w górnośląskiej części Województwa Śląskiego²³.

Ostatecznie instytucję ślubowania sędziowskiego unormowano w akcie normatywnym kompleksowo regulującym funkcjonowanie polskiego wymiaru sprawiedliwości, czyli w Rozporządzeniu Prezydenta RP z dnia 6 lutego 1928 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych²⁴. Art. 100 tego rozporządzenia stanowił, iż sędzia obejmując stanowisko składał wobec prezesa lub jego zastępcy i przy-

²¹ Dz. U. 1918, Nr 18, poz. 49.

²² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 listopada 1919 r. w przedmiocie nowego tekstu rot przysięgi dla ministrów, urzędników i sędziów, Dz. U. 1919, Nr 89, poz. 486 (dalej w artykule jako „[1919]”).

²³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 16 czerwca 1922 r. o rocie przysięgi dla sędziów, urzędników i niższych funkcjonariuszów zarządu i wymiaru sprawiedliwości oraz dla notariuszów w górnośląskiej części Województwa Śląskiego, Dz. U. 1922, Nr 46, poz. 392 (pisownia oryginalna – G.M.).

²⁴ Dz. U. 1928, Nr 12, poz. 93.

najmniej dwóch sędziów właściwego sądu ślubowanie. Rotę ślubowania miało ustalić rozporządzenie Prezydenta RP, wydane na podstawie uchwały Rady Ministrów. Rozporządzenia takiego jednak w okresie II RP nie wydano, pozostawiając zgodnie z art. 297§2 w mocy cytowane przepisy rozporządzenia z 1919 r. Mowa o ślubowaniu a nie przysiędze sugeruje, iż prawodawca najprawdopodobniej zamierzał zrezygnować z religijnego wymiaru przedmiotowej czynności, nadając jej świecki charakter. Brak przepisów wykonawczych, pomimo wyraźnej i obligatoryjnej delegacji prawodawczej, nie pozwala ustalić, jaki konkretnie model ślubowania antycypował ówczesny prawodawca²⁵.

Przepisy Prawa o ustroju sądów powszechnych dotyczące ślubowania sędziowskiego były kilkakrotnie nowelizowane, po raz pierwszy Rozporządzeniem Prezydenta RP z dnia 23 sierpnia 1932 r.²⁶. Zmieniło ono nieznacznie treść art. 100. Zgodnie z nowym brzmieniem tego przepisu, na osobie sędziego spoczywał obowiązek złożenia przysięgi wobec prezesa właściwego sądu lub kierownika sądu, gdzie był mianowany. Jej treść i formę składania planowano określić w Rozporządzeniu Prezydenta RP wydanym na podstawie uchwały Rady Ministrów. Powrót do terminu „przysięga” suponuje, iż wolą prawodawcy było utrzymanie religijnego charakteru aktu ślubowania. Zmianę tę można tłumaczyć także inaczej. Być może w ocenie normodawcy posłużenie się formułą przysięgi dawało silniejsze gwarancje przestrzegania zasad etyki zawodowej sędziów, a ewentualne religijne asocjacje skorelowane z tą formułą leksykalną jedynie *nolens volens* towarzyszyły tym pierwszoplanowym pragmatycznym motywom²⁷.

²⁵ Prawo o ustroju sądów powszechnych wyróżniało trzy kategorie sędziów *sui generis* (sędziowie pokoju, sędziowie handlowi, honorowi sędziowie okręgowi) także składających ślubowanie sędziowskie. Sędziowie pokoju i ich zastępcy przed naczelnikiem sądu grodzkiego, sędziowie handlowi oraz honorowi sędziowie okręgowi przed prezesem sądu okręgowego. Stanowisko honorowego sędziego okręgowego zniesiono niedługo potem, bo mocą art. 66 ustawy z dnia 4 marca 1929 r. nowelizującej Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. 1930, Nr 5, poz. 43). Instytucję sędziów pokoju zlikwidowano ustawą z dnia 9 kwietnia 1938 r. o zniesieniu instytucji sądów przysięgłych i sędziów pokoju (Dz. U. 1938 Nr 24, poz. 213), a sędziów handlowych mocą art. 1 pkt 68 ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. 1950, Nr 38, poz. 347).

²⁶ Zob. art. 31 Rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 23 sierpnia 1932 r. zmieniającego niektóre przepisy prawa o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. 1932, Nr 73, poz. 661.

²⁷ Zgodnie z art. 52 tego samego rozporządzenia sędzia pokoju składał ślubowanie przed sędzią sprawującym kierownictwo sądu grodzkiego. Kolejne Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 października 1932 r. nowelizujące prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. 1932, Nr 86, poz. 734) zastąpiło „ślubowanie” „przysięgą” także w odniesieniu do sędziów pokoju, ich zastępców oraz sędziów handlowych.

Rota sędziowskiej przysięgi pojawiła się w tekście jednolitym Prawa o ustroju sądów powszechnych dopiero w okresie schyłkowym drugiej wojny światowej. Miało to jednak niewielką doniosłość praktyczną, z racji tego, iż wspomniany tekst jednolity ogłosił Minister Sprawiedliwości rządu emigracyjnego w Londynie, rządu posiadającego w związku z ówczesną sytuacją geopolityczną coraz mniejszy realny wpływ na wydarzenia w Polsce i funkcjonowanie odradzającego się wymiaru sprawiedliwości. Osobną kwestią jest wątpliwy tryb, w którym określono rotę przysięgi, tj. poprzez tekst jednolity a nie, jak wymagały tego ówczesne przepisy, rozporządzenie Prezydenta RP. Zgodnie z art. 100§1 aktu, sędzia przed objęciem stanowiska miał złożyć wobec prezesa właściwego sądu oraz dwóch sędziów przysięgę o treści: „Przysięgam Panu Bogu Wszechmogącemu i Wszechwiedzącemu, że powierzony mi urząd sędziego sprawować będę gorliwie i bezstronnie wedle mej najlepszej wiedzy i sumienia; że stać będę zawsze na straży prawa ku chwale Rzeczypospolitej Polskiej; że żadnej tajemnicy urzędowej nie zdradzę; tak mi Panie Boże dopomóż.”²⁸ Przysięga sędziowska na wzór tej z rozporządzenia Rady Ministrów z 1919 r. miała charakter religijny, ale nie wyznaniowy.

Niedługo po tym Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego wydał 28 grudnia 1944 r. dekret o ślubowaniu urzędników państwowych i sędziów²⁹. Art. 1 pkt b dekretu stanowił, iż sędziowie przed objęciem urzędu składali ślubowanie, wypowiadając słowa: „Pomny dobra Rzeczypospolitej Polskiej, ślubuję, że na powierzonym mi urzędzie sędziego dążyć będę w mym zakresie działania ze wszystkich sił do ugruntowania wolności, niepodległości i potęgi demokratycznego Państwa Polskiego, któremu wiernie służyć będę. Ślubuję stać na straży konstytucji z dnia 17 marca 1921 r. oraz praw stanowionych przez Krajową Radę Narodową jako Naczelną Władzę Ustawodawczą Odrodzonego Państwa Polskiego. Ślubuję obowiązki urzędu mego spełniać gorliwie, sprawiedliwość bezstronnie według mego sumienia i zgodnie z przepisami prawa wymierzać i tajemnicy służbowej dochować, a w postępowaniu swoim kierować się zasadami honoru, słuszności, uczciwości i równości społecznej”. Ślubowanie pozbawiono elementów religijnych, nadając mu typowo laicki charakter, z czym korespondowała zmiana nazwy z „przysięgi” na „ślubowanie”. Jego rota nie została nasycona sformułowaniami natury politycznej, czy szerzej ideologicznej, tak wyraźnie jak stało się to na gruncie odpowiednich przepisów z 1948 r. i 1985 r. W tekście ślubowania dostrzec można nawet przeświadczenie komunistycznego prawo-

²⁸ Obwieszczenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 listopada 1944 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu prawa o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. RP, Londyn, 21 listopada 1944 r., Nr 13, poz. 24 (dalej jako „[1944a]”).

²⁹ Dz. U. 1944, Nr 18, poz. 94 (dalej jako „[1944b]”).

dawcy o ciągłości pomiędzy wyzwalanym spod nazistowskiej okupacji Państwem Polskim, a II RP – tą sprzed zamachu majowego – której prawnym fundamentem była właśnie wymieniona konstytucja marcowa.

Prezesa Sądu Najwyższego, sądów apelacyjnych i specjalnych oraz sądów okręgowych składali przysięgę wobec Kierownika Resortu Sprawiedliwości, sędziowie zaś wobec prezesa właściwego sądu. Polegało to na odczytaniu roty lub jej powtarzaniu za osobą odbierającą ślubowanie. Odbierający ślubowanie powoływał do asysty jednego lub kilku sędziów właściwego sądu. Dopełnienie aktu ślubowania dokumentował protokół zawierający datę, imię i nazwisko sędziego składającego ślubowanie z zaznaczeniem obejmowanego urzędu, dosłowny tekst roty ślubowania, nazwisko osoby odbierającej ślubowanie i podpisy uczestników uroczystości. Osoby zatrudnione w sądownictwie w dniu wejścia w życie dekretu składały ślubowanie przez podpisanie rotę ślubowania, którą następnie dołączano do akt osobowych zatrudnionego. Do powyższego dekretu *implicite* odsyłał art. 100 znowelizowanego Prawa o ustroju sądów powszechnych³⁰.

Kolejną wersję ślubowania zamieszczono w zatwierdzonym przez Radę Państwa Dekrecie Rady Ministrów z dnia 6 października 1948 r. o rocie ślubowania ministrów, funkcjonariuszy państwowych, sędziów i prokuratorów oraz funkcjonariuszy służby bezpieczeństwa publicznego³¹. Dekret ten w art. 1 pkt c przewidywał jednakową rotę ślubowania dla sędziów i prokuratorów, w brzmieniu: „Ślubuję uroczyście na powierzonym mi stanowisku sędziego (prokuratora) przyczyniać się w moim zakresie działania ze wszystkich sił do ugruntowania wolności, niepodległości i potęgi demokratycznego Państwa Polskiego, któremu wierności zawsze dochowam; ochraniać i umacniać ład, oparty na społecznych, gospodarczych i politycznych zasadach ustrojowych Polski Ludowej; strzec niezłomnie przepisów prawa, mając wszystkich obywateli w równym poszanowaniu; umacniać poszanowanie prawa i wierność dla demokratycznego Państwa Polskiego; obowiązki mojego urzędu wypełniać gorliwie i sumiennie, sprawiedliwość wymierzać bezstronnie według mego sumienia i zgodnie z przepisami prawa, dochować tajemnicy służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności, uczciwości i sprawiedliwości społecznej”. Tekst ślubowania sędziowskiego uległ socjalistycznej ideologizacji. Znacząco rozszerzono przy tym zakres zadań sędziów, które wykraczały poza typowe sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, np. cytowane „umacnianie ładu opartego na społecznych, gospodarczych i poli-

³⁰ Zob. art. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. 1950, Nr 38, poz. 347). W kolejnych tekstach jednolitych Prawa o ustroju sądów powszechnych z dnia 16 sierpnia 1950 r. i 5 lutego 1964 r. treść art. 100 znalazła się najpierw w art. 63, a następnie w art. 57.

³¹ Dz. U. 1948, Nr 49, poz. 368–370 (dalej jako „[1948]”).

tycznych zasadach ustrojowych Polski Ludowej”, czy też kierowanie się w swoim postępowaniu zasadą sprawiedliwości społecznej w jej socjalistycznej konotacji.

Nowe Prawo o ustroju sądów powszechnych uchwalono 20 czerwca 1985 r.³² W przeciwieństwie do aktu z 1928 r., w art. 59§1 nowo przyjętej ustawy znalazła się rota ślubowania sędziego składanego wobec Ministra Sprawiedliwości przy obejmowaniu stanowiska: „Ślubuję uroczyście na powierzonym mi stanowisku sędziego przyczyniać się w moim zakresie działania ze wszystkich sił do ugruntowania wolności, niepodległości i wszechstronnego rozwoju Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, której wierności zawsze dochowam; stać na straży Jej politycznego, społecznego i gospodarczego ustroju, ochraniać zdobycze ludu pracującego, własność społeczną oraz prawa i prawem chronione interesy obywateli; strzec praworządności ludowej i umacniać świadomość prawną obywateli; obowiązki mojego urzędu wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać bezstronnie według mego sumienia i zgodnie z przepisami prawa, dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności, uczciwości i sprawiedliwości społecznej”. Niniejsza treść ślubowania przejawiała największy stopień ideologizacji. Sędzia stał się poniekąd obrońcą i propagatorem zasad konstytucyjnych dla bytu Polski Ludowej. Jeszcze wyraźniej aniżeli na gruncie poprzednich przepisów jego obowiązki zawodowe daleko wykraczały poza stosowanie prawa. W rotę ślubowania wpleciono PRL-owską nowomowę, czego egzemplifikacją jest chociażby semantycznie nieczytelne i sprzeczne z zasadą określoności prawa „ochranianie zdobyczy ludu pracującego”. W uzasadnionych przypadkach Minister Sprawiedliwości mógł upoważnić prezesa sądu wojewódzkiego do przyjęcia ślubowania.

Istotne zmiany w przedmiocie instytucji ślubowania sędziowskiego wprowadziła ustawa z dnia 20 grudnia 1989 r. nowelizująca kilka innych ustaw³³. Po pierwsze, ślubowanie miało być składane wobec Prezydenta, a nie Ministra Sprawiedliwości, z racji tego, iż to głowa państwa na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa powoływała odtąd sędziów. Po drugie, zmianie poddano rotę ślubowania. Uległa ona skróceniu, wyeliminowano z niej sformułowania czyniące z sędziów strażników minionego ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego. Odwołano się do suwerena, czyli Narodu, zamiast instytucjonalnie pojmanego państwa, do którego zaufanie na przestrzeni kilku dekad osłabło. Znowelizowany art. 59§1 przyjął postać: „Ślubuję uroczyście na powierzonym mi stanowisku sę-

³² Dz. U. 1985, Nr 31, poz. 137 (dalej jako „[1985]”).

³³ Ustawa z dnia 20 grudnia 1989 r. o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, o Trybunale Konstytucyjnym, o ustroju sądów wojskowych i Prawo o notariacie, Dz. U. 1989, Nr 73, poz. 436 (dalej jako „[1989]”).

dziego służyć wiernie Narodowi Polskiemu, stać na straży prawa, obowiązki mego urzędu wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać bezstronnie według mego sumienia i zgodnie z przepisami prawa, dochować tajemnicy państwowej i służbowej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”.

Obecnie instytucję ślubowania sędziowskiego sędziów sądów powszechnych normują przepisy ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych³⁴. Sędzia składa przy powołaniu ślubowanie wobec Prezydenta RP. Jego rota niewiele różni się od tej ze schyłku 1989 r. i brzmi: „Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy prawnie chronionej³⁵, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości” (art. 66). Składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot „Tak mi dopomóż Bóg”. Wzrost zaufania do państwa zaowocował powrotem do „Rzeczypospolitej Polskiej” jako podmiotu, któremu sędzia zobowiązuje się wiernie służyć. Utrzymując świecki charakter ślubowania ustawodawca uwzględnił potrzeby osób wierzących, zastrzegając możliwość zakończenia ślubowania przywołaniem pomocy Boga w dochowaniu tego, do czego sędzia chwilę wcześniej zobowiązał się.

Szczególną kategorią sędziów są sędziowie Trybunału Konstytucyjnego. Także i oni składają ślubowanie. Początkowo stosownie do przepisów ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym³⁶ sędziowie Ci, określani wówczas *expressis verbis* „członkami” TK, ślubowali wobec Marszałka Sejmu, mówiąc: „Ślubuję uroczyście przy wykonywaniu powierzonych mi obowiązków członka Trybunału Konstytucyjnego: dochować wierności Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej i wynikającym z jej przepisów zasadom politycznego i społeczno-gospodarczego ustroju socjalistycznego Państwa oraz zasadom praworządności i sprawiedliwości społecznej; chronić interesy Państwa i słuszne interesy obywateli, stać na straży ładu i porządku prawnego; powierzone mi obowiązki wypełniać z najwyższą starannością; strzec godności powierzonego mi urzędu; przestrzegać tajemnicy państwowej i służbowej” (art. 13 ust. 6)³⁷. Mocą

³⁴ Dz. U. 2001, Nr 98, poz. 1070.

³⁵ Przed 2 stycznia 2011 r. rota ślubowania operowała zwrotem „tajemnicy państwowej i służbowej” zamiast obecnej „tajemnicy prawnie chronionej”. Zob. ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych Dz. U. 2010, Nr 182, poz. 1228.

³⁶ Dz. U. 1985, Nr 22, poz. 98 (dalej jako „[1985 TK]”).

³⁷ Art. 25 ust. 1 ustawy stanowił jednak o rozpoznawaniu wniosków dotyczących zgodności aktów ustawodawczych z Konstytucją w składzie pięciu „sędziów”, a nie „członków”. Uprawnionym jest więc także na gruncie przepisów z 1985 r. mówić o „sędziach” Trybunału Konstytucyjnego.

ustawy z dnia 1 grudnia 1989 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym³⁸ zmianie uległa rota ślubowania, przyjmując postać: „Ślubuję uroczyście przy wykonywaniu powierzonych mi obowiązków członka Trybunału Konstytucyjnego, służyć wiernie Narodowi Polskiemu, stać na straży Konstytucji i ustaw, a powierzone mi obowiązki wypełniać z najwyższą starannością”. Ustawa nowelizacyjna wprowadziła wyłączenie tej zmiany.

Aktualnie obowiązująca ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym stanowi, iż sędzia TK składa ślubowanie wobec Prezydenta RP w brzmieniu: „Ślubuję uroczyście przy wykonywaniu powierzonych mi obowiązków sędziego Trybunału Konstytucyjnego służyć wiernie Narodowi, stać na straży Konstytucji, a powierzone mi obowiązki wypełniać bezstronnie i z najwyższą starannością” (art. 5 ust. 5)³⁹. Ślubowanie może być złożone z dodaniem zdania „Tak mi dopomóż Bóg”. Sędziego zobowiązano do wiernego służenia bezprzymiotnikowemu „Narodowi” (podobnie art. 4 Konstytucji RP) zamiast jak dawniej „Narodowi Polskiemu”. Służba suwerenowi, tj. „Narodowi” a nie „Rzeczypospolitej Polskiej” odróżnia niniejszą rotę od ślubowania sędziów sądów powszechnych, wojskowych, administracyjnych i SN. Ustawa mówi wprost o sędziach, a nie jak poprzednio „członkach” TK. Dodała też wymóg bezstronnego wypełniania powierzonych obowiązków, a zarazem zobligowała ich do stania na straży „Konstytucji”, zamiast jak wcześniej „Konstytucji i ustaw”.

Ślubowanie składają również sędziowie Sądu Najwyższego. Ustawa z dnia 5 lutego 1962 r. o Sądzie Najwyższym poprzez art. 40 ust. 1 odsyłała w tym przedmiocie do Prawa o ustroju sądów powszechnych⁴⁰. Ustawa o Sądzie Najwyższym z dnia 20 września 1984 r.⁴¹ stanowiła, iż obejmując stanowisko, sędzia SN składał wobec Pierwszego Prezesa tego Sądu ślubowanie. Jego rota była taka sama, jak już cytowana rota ślubowania sędziego sądu powszechnego zamieszczona rok później w ustawie z czerwca 1985 r. (art. 37 ust. 1). Złożenie ślubowania odbywało się na posiedzeniu Kolegium Sądu Najwyższego. Z kolei Pierwszy Prezes SN składał ślubowanie wobec Przewodniczącego Rady Państwa. Rota ta uległa dwukrotnie zmianie w następstwie zmiany tekstu sędziowskiego ślubowania w Prawie o ustroju sądów powszechnych, uzyskując brzmienie analogiczne do niego⁴². Począwszy od nowelizacji ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 20 grudnia 1989 r., sędziowie SN składali ślubowanie wobec Prezydenta

³⁸ Dz. U. 1990, Nr 3, poz. 16 (dalej jako „[1989 TK]”).

³⁹ Dz. U. 1997, Nr 102, poz. 643 (dalej jako „[1997]”).

⁴⁰ Dz. U. 1962, Nr 11, poz. 54.

⁴¹ Dz. U. 1984, Nr 45, poz. 241.

⁴² Zob. np. art. 183 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 2001 r. nadający nowe brzmienie art. 32 (dawny art. 37) ustawy o Sądzie Najwyższym z 1984 r.

RP. Ostatecznie tekst ślubowania sędziów SN zawarto w art. 27§1 nowej ustawy o Sądzie Najwyższym⁴³. Jest on taki sam, jak rota ślubowania sędziów sądów powszechnych.

Obowiązkiem ślubowania objęto też sędziów sądów wojskowych. W art. 58§1 Dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 29 września 1936 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych zamieszczono następującą rotę przysięgi⁴⁴: „Przysięgam Panu Bogu Wszechmogącemu, iż obowiązki sędziego wojskowego będę wypełniał sumiennie, bezstronnie i zgodnie z ustawą, mając zarazem na względzie utrzymanie porządku prawnego i karności w siłach zbrojnych Państwa. Tak mi Panie Boże dopomóż. Amen”. Przysięgę składano wobec najbliższego przełożonego, któremu przysługiwało prawo nadzoru w danym sądzie wojskowym.

Nowe brzmienie przysięgi sędziego sądu wojskowego wprowadził Dekret PKWN z dnia 23 września 1944 r. Prawo o ustroju Sądów Wojskowych i Prokuratury Wojskowej⁴⁵. Zgodnie z jego art. 49§1 oficer służby sprawiedliwości obejmując stanowisko w sądzie wojskowym składał wobec bezpośredniego przełożonego przysięgę sędziowską o treści: „Przysięgam uroczyście Ziemi Polskiej i Narodowi Polskiemu obowiązki sędziowskie wypełniać sumiennie, bezstronnie i zgodnie z prawem, poświęcając im całą swoją wiedzę i doświadczenie, oraz mając na względzie utrzymanie porządku prawnego i karności w Wojsku Polskim. Przysięgam na służbie i poza służbą strzec powagi sądu i unikać wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności sędziego. Tak mi dopomóż Bóg”.

Przysięga ta była szczególna pod kilkoma względami. Po pierwsze, trudno jednoznacznie skonstatować, czy mamy tutaj w ogóle do czynienia z typową przysięgą. Jakkolwiek prawodawca użył zwrotów „przysięga sędziowska” i „przysięgam”, jednak nie nadał rocie czysto religijnej postaci. Sędzia wojskowy nie przysięgał bowiem Bogu, choć na końcu przysięgi do Boga się ostatecznie odwoływał, wypowiadając – *prima facie* obligatoryjnie – słowa „Tak mi dopomóż Bóg”. Po drugie, specyficznie określono podmiot, któremu sędzia nominalnie składał przysięgę, tj. Ziemi Polskiej i Narodowi Polskiemu. W sformułowaniu tym dostrzec można analogię do definicji państwa G. Jellinka, w myśl której na państwo składa się terytorium, naród je zamieszkujący i jedna władza zwierzchnia. Trudno przesądzać, czy nieodwołanie się *expressis verbis* do Państwa Polskiego było wynikiem niepewności PKWN o posiadaniu przymiotu jedynej legitymowanej władzy zwierzchniej w stosunku do „Ziemi Polskiej” i „Narodu Polskiego”, czy też użyta formuła słowna miała charakter symboliczny, a jej celem było podkre-

⁴³ Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. 2002, Nr 240, poz. 2052.

⁴⁴ Dz. U. 1936, Nr 76, poz. 536 (dalej jako „[1936]”).

⁴⁵ Dz. U. 1944, Nr 6, poz. 29 (dalej jako „[1944c]”).

ślenie emocjonalnego i patriotycznego związku sędziego z współobywatelami i danym terytorium.

Z odrębnej roty ślubowania sędziowskiego w stosunku do sędziów wojskowych zrezygnowano w ustawie z dnia 8 czerwca 1972 r. o ustroju sądów wojskowych⁴⁶. Zgodnie z art. 21 niniejszego aktu sędzia obejmując po raz pierwszy stanowisko składał wobec szefa sądu wojskowego uroczyste ślubowanie według rotы ustalonej dla sędziów. Nowelizacja z dnia 20 grudnia 1989 r.⁴⁷ zmieniła podmiot, wobec którego sędzia wojskowy ślubował, czyniąc nim Prezydenta RP. Stan prawny z końca lat 80-tych znalazł potwierdzenie na gruncie obowiązującej ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych⁴⁸. W myśl bowiem jej art. 70 do sędziów wojskowych stosuje się odpowiednio m.in. art. 66 prawa o ustroju sądów powszechnych.

Ślubowanie sędziowskie składają wobec Prezydenta RP również sędziowie wojewódzkich sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. prawo o ustroju sądów administracyjnych odsyła w tej i innych sprawach odpowiednio do przepisów o ustroju sądów powszechnych (art. 29) oraz do przepisów dotyczących Sądu Najwyższego (art. 49)⁴⁹. Do tych samych przepisów w odniesieniu do sędziów NSA uprzednio odsyłał także art. 15 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym⁵⁰. Z kolei art. 10 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz zmianie ustawy Kodeks postępowania administracyjnego⁵¹ w sprawach dotyczących sędziów NSA – czyli tym samym także w kwestii ślubowania sędziowskiego – odsyłał do przepisów dotyczących sądów wojewódzkich.

IV. Ewolucja instytucji ślubowania sędziowskiego

Instytucja ślubowania sędziowskiego na przestrzeni dziesięcioleci ewoluowała. Lektura kolejnych wersji właściwych przepisów pozwala dostrzec kilka prawidłowości i tendencji, zarazem obrazujących dzieje Polski i historię rodzimego wymiaru sprawiedliwości. W analizowanym okresie czasu nastąpiło przejście od religijnej przysięgi sędziowskiej (okres międzywojenny) poprzez laickie w treści ślubowanie (okres PRL) do typowo świeckiego ślubowania z fakultatyw-

⁴⁶ Dz. U. 1972, Nr 23, poz. 166.

⁴⁷ Dz. U. 1989, Nr 73, poz. 436.

⁴⁸ Dz. U. 1997, Nr 117, poz. 753.

⁴⁹ Dz. U. 2002, Nr 153, poz. 1269.

⁵⁰ Dz. U. 1995, Nr 74, poz. 368.

⁵¹ Dz. U. 1980, Nr 4, poz. 8.

na inwokacją w postaci formuły „Tak mi dopomóż Bóg” w III RP. Powrót do przysięgi religijnej, jako przysięgi obligatoryjnej, na gruncie obowiązującej Konstytucji RP oraz umów międzynarodowych, których stroną pozostaje nasze państwo jest niemożliwy. Dotyczy to zarówno przysięgi religijnej o charakterze wyrażnie wyznaniowym, jak w dekrete z 1918 r., jak i przysięgi religijnej, której treść zawierałaby jedynie ogólne odesłanie do Boga, bez obecności wyrazów i zwrotów identyfikujących wyznanie konkretnego kościoła czy związku wyznaniowego. Wyłącznie religijna postać ślubowania sędziowskiego naruszałaby zarówno przepis art. 25 ust. 2 ustawy zasadniczej RP dotyczący instytucjonalnych relacji na linii państwo – kościół, jak i przepisy art. 53 ust. 1, ust. 6 i ust. 7 odnoszące się do wolności sumienia i religii jednostki.

Religijna postać przysięgi sędziowskiej stałaby też w sprzeczności z wiążącymi RP aktami prawa międzynarodowego, np. z art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Sprawę tego typu rozpatrywał już zresztą Europejski Trybunał Praw Człowieka, dopatrując się pogwałcenia wspomnianego artykułu Konwencji w sytuacji, gdy przepisy krajowe jednego z państw sygnatariuszy zastrzegały religijną rotę ślubowania parlamentarzysty bez możliwości skutecznego złożenia przedmiotowego ślubowania z pominięciem religijnego w swej wymowie kontestowanego fragmentu. W wyroku z dnia 18 lutego 1999 r. Trybunał Strasburski podtrzymał w mocy wcześniejszy werdykt Komisji Praw Człowieka z dnia 2 grudnia 1997 r., stwierdzający, iż Republika San Marino naruszyła wolność sumienia własnych obywateli, wymagając od dwóch posłów wybranych w 1993 r. do Wielkiej Rady Generalnej złożenia przysięgi według tradycyjnej rotacji zawierającej m.in. sformułowanie „przysięgam na Święte Ewangelie”, pomimo prośby obu parlamentarzystów o zgodę na pominięcie kwestionowanego zwrotu⁵². Niniejszą interpretację Trybunał potwierdził w orzeczeniu z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie *Alexandridis v. Grecja*⁵³, gdzie uznał za niedopuszczalną taką procedurę składania przysięgi, w konkretnej sprawie przez adwokata, która ujawnia przekonania religijne osoby zaprzysiężanej wbrew jej woli.

Z drugiej jednak strony, nie można sędziemu zakazywać inwokacji przy składaniu przez niego ślubowania. Możliwość zakończenia aktu ślubowania słowami „Tak mi dopomóż Bóg” znajduje swoje umocowanie w tych samych wolnościach sumienia i religii, które stoją u podstaw zanegowania obligatoryjnej przysięgi religijnej. Pozytywnie należy ocenić wyraźne wyartykułowanie

⁵² Orzeczenie *Buscarini v. San Marino* z dnia 18 lutego 1999 r., skarga nr 24645/94. Zob. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, ss. 577–578.

⁵³ Orzeczenie *Alexandridis v. Grecja* z dnia 21 lutego 2008 r., skarga nr 19516/06.

w aktach normatywnych opcji fakultatywnego odwołania się do Boga w trakcie składania ślubowania sędziowskiego. Ewentualny brak eksplikatywnego odeśłania przez ustawodawcę do formuły „Tak mi dopomóż Bóg” nie oznaczałby *a contrario* na gruncie aktualnego polskiego porządku prawnego zakazu jej użycia i nie skutkowałby nieważnością ślubowania zakończonego tymi słowami przez sędziego⁵⁴. Literalne wyeksponowanie przedmiotowej formuły w treści przepisów prawnych należy tłumaczyć jako potwierdzenie neutralności światopoglądowej Rzeczypospolitej Polskiej, która opierając się na zasadzie rozdziału kościoła od państwa, zarazem pragnie wykazywać się responsywnością wobec doniosłej roli wiary i religii w życiu, także tym zawodowym, znaczącej części swych obywateli. Religijnie neutralna rota ślubowania połączona z możliwością inwokacji w sposób optymalny uwzględnia interesy i oczekiwania zarówno sędziów wierzących, jak i sędziów ateistów oraz agnostyków.

W Polsce Ludowej, zwłaszcza od roku 1948, rota ślubowania sędziowskiego uległa daleko posuniętej ideologizacji. W nadmiernie rozbudowanym nateczas tekście ślubowania wymieniono obowiązki sędziego wykraczające poza typowy katalog zasad sędziowskiej deontologii, a dotyczące ochrony i krzewienia paradygmatów ówczesnego ustroju. Wraz z III RP nastąpiło „oczyszczenie” ślubowania z treści ideologicznych, a jego ramy objętościowe przyjęły racjonalny rozmiar. Obecnie rota ślubowania wyraża rzeczywiście wyłącznie rudymentarne standardy etosu sędziego.

Pominąwszy te powyżej wspomniane ideologicznie motywowane fragmenty tekstu sędziowskiego ślubowania, jego rota niezależnie od okresu czasu wymieniała takie same czy wyrażnie podobne „przykazania” postępowania sędziów. Można wśród nich wyróżnić dwie kategorie. Pierwsza grupa zasad postępowania odnosiła się do relacji pomiędzy sędzią a Państwem Polskim i Narodem Polskim. Uprawnione jest stwierdzenie, iż w tej części rotę ślubowania sędzia eksponował swój patriotyzm, swoją obywatelską postawę umiłowania ojczyzny i współrodaków. „Patriotyczne” sformułowania w rocie były przy tym wyraźniejsze w czasach II RP i PRL, aniżeli po 1989 r. Przed 1989 r. sędzia zobowiązywał się m.in. do przyczyniania się w swoim zakresie działania na powierzonym mu urzędzie/stanowisku sędziego ze wszystkich sił do „ugruntowania wolności, niepodległości i potęgi” Ojczyzny/Rzeczypospolitej Polskiej/demokratycznego Państwa Polskiego [1918, 1919, 1944b, 1948], czy do „ugruntowania wolności, niepodległości i wszechstronnego rozwoju Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej” [1985]. Przyrzekał także „pożytek Państwa Polskiego i dobro publiczne mieć za-

⁵⁴ Konkluzja taka mogłaby ulec rewizji, gdyby za punkt odniesienia uczynić realia PRL.

wsze przed oczyma”, „Narodowi Polskiemu z całej duszy wiernie służyć”, „wierności dochować Radzie Regencyjnej” [1918], „wiernie służyć” Rzeczypospolitej Polskiej [1919]⁵⁵, demokratycznemu Państwu Polskiemu (1944b⁵⁶), „zawsze dochować wierności” demokratycznemu Państwu Polskiemu/Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej [1948, 1985]⁵⁷, „umacniać wierność” dla demokratycznego Państwa Polskiego [1948], czy też „stać zawsze na straży prawa ku chwale Rzeczypospolitej Polskiej” [1944a]. Od początków III RP sędzia zapewniał w akcie ślubowania „służyć wiernie Narodowi Polskiemu” [1989], a obecnie poczynawszy od 2001 r. ślubuje on „służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej”.

Druga grupa zobowiązań podejmowanych przez sędziego sprowadza się do zasad sędziowskiej deontologii, czyli powinności funkcjonalnie powiązanych ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Także w odniesieniu do tej części ślubowania jego rota w kolejnych okresach dziejowych państwa polskiego przejawiała daleko posunięte podobieństwo. Niemal w każdej jej wersji od 1918 r. była mowa o wymierzaniu sprawiedliwości „bezstronnie według sumienia” i „zgodnie z przepisami prawa” [1918, 1919, 1944b, 1948, 1985, 1989], czy też o wypełnianiu obowiązków sędziowskich „sumiennie” [1989, 2001], „sumienie, bezstronnie i zgodnie z ustawą” [1936], „sumiennie, bezstronnie i zgodnie z prawem, poświęcając im całą swoją wiedzę i doświadczenie” [1944c] oraz o „dochowaniu tajemnicy urzędowej/służbowej/państwowej i służbowej/prawnie chronionej” [1919, 1944a, 1944b, 1948, 1985, 1985 TK, 2001]⁵⁸. Sędzia solennie obiecywał w okresie międzywojennym obowiązki swojego urzędu speł-

⁵⁵ Art. 119 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. stanowił, iż „Sędzia obowiązany jest służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, obowiązki swego zawodu wypełniać zgodnie z ustawami i gorliwie, poświęcając im całą swoją wiedzę i doświadczenie”.

⁵⁶ Niniejsza rota ślubowania rozpoczynała się słowami „Pomny dobra Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁵⁷ Art. 67 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1985 r. dodatkowo obligował sędziego do „wiernego służenia Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”.

⁵⁸ Rota ślubowania sędziów TK stanowi jedynie o wypełnianiu powierzonych obowiązków „bezstronnie” i „z najwyższą starannością” [1997 TK]. W poprzedniej jej wersji [1985 TK] była mowa o wypełnianiu powierzonych obowiązków „z najwyższą starannością” oraz o przestrzeganiu „tajemnicy państwowej i służbowej”. O obowiązku dochowania tajemnicy nie wspominało ślubowanie członków TK według przepisów znowelizowanej ustawy z 1985 r. [1989 TK]. Rota ślubowania sędziów z 1918 r. nie werbalizowała obowiązku dochowania tajemnicy służbowej czy państwowej, podobnie jak i rota ślubowania sędziów wojskowych z 1944 r. W art. 120 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1928 r. zastrzeżono jednak, że „Sędzia obowiązany jest zachować w tajemnicy okoliczności sprawy, o których poza jawną rozprawą sądową powziął wiadomość ze względu na swoje stanowisko sędziowskie”.

niać „gorliwie” [1918, 1919]⁵⁹, „gorliwie i bezstronnie” [1944a], a od dekretu PKWN z 28 grudnia 1944 r. w postępowaniu swoim kierować się zasadami „honoru, słuszności, uczciwości i równości społecznej” [1944b], „godności, uczciwości i sprawiedliwości społecznej” [1948, 1985], „godności i uczciwości” [1989, 2001]. Ponadto, sędzia w trakcie ślubowania uroczyście przyrzekał i do dzisiaj przyrzeka stać na straży prawa, co było i jest werbalizowane na różne sposoby: „stać na straży konstytucji z 17 marca 1921 r. oraz praw stanowionych przez Krajową Radę Narodową” [1944b], „strzec niezłomnie przepisów prawa” [1948], „ochraniać prawa i prawem chronione interesy obywateli; strzec praworządności ludowej” [1985], „stać na straży prawa” [1989, 2001], czy też w przypadku sędziów TK „stać na straży ładu i porządku prawnego” [1985 TK], „stać na straży Konstytucji i ustaw” [1989 TK], „stać na straży Konstytucji” [1997 TK]. Sędziowie wojskowi przysięgali poza tym mieć na względzie „utrzymanie karności w siłach zbrojnych Państwa” [1936] czy utrzymanie „karności w Wojsku Polskim” [1944c]. Treść ślubowania wysławia podstawowe, ale nie wszystkie zasady sędziowskiej deontologii. Poza rotą ślubowania zasady te znajdują się także w innych przepisach ustaw, czy w kodeksach etyki zawodowej sędziów.

Zarówno w dwudziestoleciu międzywojennym, czasach PRL, jak i w III RP zwykle przepisy prawne jednoznacznie stanowiły, iż sędzia przechodzący z jednego stanowiska sędziowskiego na drugie ponownej przysięgi nie składał [1928, 1936, 1944c, 1985, 1989]. Zastrzeżenie takie pominięto w obowiązującym Prawie o ustroju sądów powszechnych. Pomimo braku wyraźnego wyartykułowania w tym względzie, w doktrynie prawniczej istnieje pogląd, że także obecnie przejście na kolejne stanowisko sędziowskie w obrębie danego typu sądownictwa (sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe, Sąd Najwyższy), np. powołanie dotychczasowego sędziego sądu rejonowego na stanowisko sędziego sądu okręgowego, nie powinno pociągać za sobą obowiązku ponownego ślubowania⁶⁰. W praktyce przyjęto jednak inną interpretację, łącząc akt ślubowania z każdorazowym powołaniem na stanowisko sędziego. Nie ma natomiast wątpliwości, iż powołanie urzędującego sędziego na stanowisko sędziego w ramach innego typu sądu łączy się z koniecznością złożenia właściwego ślubowania, np. sędzia sądu powszechnego otrzymuje powołanie na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego.

⁵⁹ Rota ślubowania zamieszczona w tekście jednolitym Prawa o ustroju sądów powszechnych ogłoszonym przez Ministra Sprawiedliwości Rządu Emigracyjnego mówiła o „gorliwym i bezstronnym” sprawowaniu powierzonego urzędu sędziego [1944a].

⁶⁰ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 231.

Rzadko prawodawca *expressis verbis* wskazuje na konsekwencje naruszenia przez sędziego obowiązków wymienionych w złożonym przez niego ślubowaniu. Jedynie w ustawie z 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym czytelnie zastrzeżono, iż sprzeniewierzenie się złożonemu ślubowaniu skutkowało odwołaniem członka TK przez Sejm (art. 14 ust. 1 pkt 4). Nie ma jednak jakichkolwiek wątpliwości, iż pogwałcenie ślubowania jako przewinienie służbowe jest przesłanką pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności dyscyplinarnej w trybie określonym właściwymi odrębnymi przepisami. Obowiązek prawny po stronie sędziego, a nie jedynie moralny postępowania zgodnie ze ślubowaniem sędziowskim jest obecnie i był uprzednio dodatkowo potwierdzany osobnym przepisem, formułującym tę powinność *explicite*. Charakter takiej poniekąd metanormy posiada aktualnie art. 82§1 Prawa o ustroju sądów powszechnych, w stosunku do sędziów SN art. 34§1 ustawy o Sądzie Najwyższym, a wobec sędziów wojskowych art. 21§1 Prawa o ustroju sądów wojskowych⁶¹.

Równie sporadycznie w przepisach prawnych określano sankcję za odmowę złożenia ślubowania. Wyłącznie obecnie obowiązujące ustawa o Trybunale Konstytucyjnym (art. 5 ust. 6) oraz ustawa o Sądzie Najwyższym (art. 27§2) jednoznacznie zastrzegają, iż odmowa złożenia ślubowania jest równoznaczna ze zrzeczeniem się stanowiska odpowiednio sędziego TK i sędziego SN. Pomimo braku wymienienia tej sankcji w pozostałych przywoływanych w tym opracowaniu relewantnych aktach normatywnych, nie powinno być wątpliwości o jej aktualności w przypadku zwerbalizowanej odmowy złożenia lub niezłożenia *tacite* ślubowania przez sędziego sądu powszechnego, sądu wojskowego oraz sądu administracyjnego.

Przepisy prawne milczą w kwestii konsekwencji uchybienia urzędowej rocie ślubowania. Jakikolwiek odstępstwo od ustawowo określonego brzmienia ślubowania skutkuje *prima facie* bezwzględną nieskutecznością aktu ślubowania oraz potrzebą jego ponowienia. Teza o nieważności ślubowania, przy każdej słownej abberacji od jego oficjalnej rotacji – szczególnie wówczas, gdy uchybienie sprowadzało się jedynie do omyłki językowej w postaci niecelowego niepoprawnego wysłownienia któregoś z wyrazów z tekstu rotacji lub dodania słów nieprzewidzianych w urzędowej rocie, lecz zarazem nieprzeczących w żaden sposób jej przesłaniu – jest nadmiernie rygorystyczna. Od postawy

⁶¹ Art. 67 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1985 r. mówił o tym, że sędzia jest obowiązany „sumiennie wypełniać obowiązki wynikające ze ślubowania sędziowskiego”, a po jego nowelizacji z grudnia 1989 r. o tym, iż ma on „postępować zgodnie ze ślubowaniem sędziowskim”. Na gruncie ustawy o Sądzie Najwyższym z 1984 r. funkcję taką pełnił najpierw art. 43 ust. 1, a po nowelizacji z 2001 r., art. 38 ust. 1. W ustawie z 1972 r. o ustroju sądów wojskowych niniejszy obowiązek wynikał z art. 20 § 1.

„purytańskiej” i „aptekarskiej dokładności” w materii ślubowań stronią też same sądy⁶².

Mając powyższe na uwadze, należy tym bardziej docenić rolę dokumentacji z uroczystości ślubowania. Podpisanie przez sędziego protokołu aktu ślubowania – dołączanego następnie do jego akt osobowych – zawierającego prawidłowy, tj. ustawowo określony, tekst roty ślubowania konwalidowałoby ewentualne drobne „uchybienia” towarzyszące wcześniejszemu ustnemu recytowaniu tego tekstu. W rzeczywistości za dowód złożenia ślubowania sędziowskiego służy lista obecności, na której podpisują się powoływani sędziowie, wchodząc na salę, w której odbywa się cała uroczystość. Organem czuwającym nad prawidłowym ślubowaniem powoływanych sędziów jest Prezydent RP. W przypadku spostrzeżenia, iż sędzia istotnie uronił urzędowej rocie, powinien wezwać go do powtórzenia jej w całości.

Powyżej sygnalizowane ewentualne ujemne następstwa przypadków odstąpienia od tekstu roty niweluje techniczna postać składania przez sędziów ślubowania, wykształcona w praktyce działania Kancelarii Prezydenta RP na przestrzeni już ponad 20 lat. Moment ślubowania poprzedza wręczenie przez Prezydenta aktów powołania. Osoby, które uprzednio nie pełniły urzędu sędziego otrzymują ponadto od Przewodniczącego Krajowej Rady Sądownictwa łańcuchy sędziowskie. Zwykle ślubowanie ze względów organizacyjno-logistycznych przebiega kolektywnie, tzn. nowo powołani sędziowie danego typu sądu, niekiedy w liczbie nawet kilkudziesięciu, zbiorczo powtarzają odczytywane im przez

⁶² W sprawie ślubowania radnego powiatu Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku orzekł, iż „Aby ocenić, czy zachowanie radnych odpowiadało wymogom <złożenia ślubowania> należy zastanowić się nad istotą ślubowania. Zdaniem Sądu, ślubowanie radnego to oświadczenie wiedzy i woli zainteresowanego, z którego wynika, że znane mu są obowiązki związane z funkcją radnego i że wykonania tych obowiązków się podejmuje. W konsekwencji uznać należy, iż ślubowanie jest skuteczne, jeżeli zostało złożone w taki sposób (w takich okolicznościach), że wiadomym dla innych radnych jest, iż składający ślubowanie zna treść jego rot i oświadcza, że rotę tej będzie przestrzegał... W sytuacji, gdy rota została wcześniej odczytana przez 6 radnych, złożenie ślubowania przez pozostałych radnych, w taki sposób, że mając <przed sobą> tekst ślubowania składali oświadczenie: <ślubuję>, z dodatkiem zdania: <Tak mi dopomóż Bóg>, odpowiada wymogom istoty ślubowania. Nie można bowiem przyjąć, aby radny mając <przed sobą> tekst ślubowania nie znał jego treści i nie wiedział, czego ślubowanie dotyczy”. Wyrok WSA w Białymstoku z dnia 12 kwietnia 2007 r., II SA/Bk 164/07. Naczelny Sąd Administracyjny w Gdańsku wyrokiem z dnia 22 sierpnia 1990 r. nie stwierdził jednoznacznie, że dodanie przez radnego gminy przy składaniu ślubowania kilku własnych słów, przy zachowaniu w całości ustawowego tekstu roty skutkuje nieważnością ślubowania. W konkretnym przypadku rozpatrywanym przez gdański sąd złożono wprawdzie ponownie ślubowanie, ale NSA w uzasadnieniu swego wyroku wyraźnie nie zwerbalizował takiej konieczności. SA/Gd 796/90.

Ministra Sprawiedliwości kolejne wersy tekstu ślubowania. Taka formuła ślubowania nie eliminuje wprawdzie możliwości popełnienia języków lapsusów przez indywidualnych sędziów, ale *de facto* wyłącza możliwość ich ujawnienia. Inaczej jest, gdy sędzia pojedynczo odczytuje wcześniej otrzymany tekst ślubowania, co ma miejsce wówczas, gdy ślubowanie sędziowskie o rocie przypisanej dla sędziego danego typu sądu składa tylko jedna osoba. Zwyczajowo przyjęto następującą kolejność ślubowania sędziów. Najpierw przystępują do tego sędziowie Sądu Najwyższego. Następnie ślubują sędziowie sądów administracyjnych, oddzielnie sędziowie Naczelnego Sądu Administracyjnego i sędziowie wojewódzkich sądów administracyjnych. Po nich składają ślubowanie sędziowie sądów powszechnych, przy czym zarówno sędziowie sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych czynią to razem. Ostatni w kolejności akt ślubowania dopełniają sędziowie sądów wojskowych. Sędziowie wojskowych sądów okręgowych i garnizonowych ślubują łącznie⁶³.

Przez ponad 90 lat zmianie ulegał też podmiot odbierający ślubowanie. Był nim początkowo prezes właściwego sądu, następnie Minister Sprawiedliwości, a od grudnia 1989 r. jest nim Prezydent RP jako organ powołujący sędziów. Od 1997 r. Prezydent odbiera również ślubowanie sędziów Trybunału Konstytucyjnego, zamiast Marszałka Sejmu. Ceremonia ślubowania ma miejsce w obecności Prezydenta RP jako głowy państwa przy wręczaniu aktu powołania. W uroczystości zwyczajowo biorą udział przedstawiciele najwyższych organów władzy sądowniczej, tj. Minister Sprawiedliwości, Prezes Trybunału Konstytucyjnego, Pierwszy Prezes i Prezesi Sądu Najwyższego, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa. Obecni są także ministrowie Kancelarii Prezydenta oraz inni zaproszeni goście⁶⁴. Zmiana objęła także podmiot, któremu symbolicznie ślubowanie sędziowskie w formie przysięgi było składane. W tej roli wymieniano „Pana Boga Wszechmogącego w Trójcy Świętej Jedyne, Ojczyznę i Naród Polski” [1918] „Pana Boga Wszechmogącego” [1919, 1936], „Pana Boga Wszechmogącego i Wszechwiedzącego” [1944a], „Ziemie Polską i Naród Polski” [1944c]. W ślubowaniu *sensu stricto* nie podawano i nie podaje się nominalnie komu/czemu składa się ślubowanie, a jedynie „wobec” kogo.

Szczególna waga instytucji ślubowania dla prawodawcy dała się dostrzec zwłaszcza w okresach głębokich przeobrażeń polityczno-ustrojowych. Po odzyskaniu niepodległości oraz u zarania Polski Ludowej ślubowanie sędziowskie zostało uregulowane osobnymi aktami normatywnymi, poświęconymi wyłącznie

⁶³ Na przestrzeni lat zdarzały się przypadki, gdy sędziowie okręgowych i garnizonowych sądów wojskowych ślubowali oddzielnie, a z kolei sędziowie NSA i wojewódzkich sądów administracyjnych razem.

⁶⁴ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, op. cit., s. 231.

przedmiotowej instytucji. Przepisy Prawa o ustroju sądów powszechnych z 1985 r. oraz ustawy o Sądzie Najwyższym z 1984 r., dotyczące ślubowania sędziowskiego znowelizowano u początków transformacji politycznej i społeczno-gospodarczej, gdyż już w grudniu 1989 r. Jedna z nowelizacji ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1985 r., pochodząca też z grudnia 1989 r., zmieniała wyłącznie treść ślubowania. Chronologia zmian normatywnych w tym zakresie świadczy, iż omawiana instytucja odgrywa istotną rolę w budowie wymiaru sprawiedliwości jako kluczowego elementu państwowości.

Relevantności aktu ślubowania nie można przy tym zawęzić do wymiaru symbolicznego, solennego ceremoniału. Złożenie ślubowania stanowi *conditio sine qua non* jurysdykcyjnej aktywności sędziego, wydawania przez niego wyroków w imieniu RP. Dopiero mocą tego aktu nabywa on pełnię praw i obowiązków powiązanych ze stanowiskiem sędziego. Jak też już wspomniano, postępowanie sprzeczne z wygłoszoną rotą stanowi zaś przewinienie służbowe, aktualizujące dyscyplinarną odpowiedzialność sędziego⁶⁵.

V. Postulaty *de lege ferenda*

Ślubowanie sędziowskie nie jest dostatecznie mocno wyartykułowane w kodeksach etyki sędziowskiej. Wzmianka o doniosłości rot sędziowskiego ślubowania pojawia się co prawda w preambule Zbioru Zasad Postępowania Sędziów przyjętego w 2000 r. przez Stowarzyszenie Sędziów Polskich „IUSTITIA”, ale niestety już nie w Zbiorze Zasad Etyki Zawodowej Sędziów, stanowiącym załącznik do uchwały nr 16 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 19 lutego 2003 r. Utrzymywanie takiego stanu rzeczy nie jest zasadne. Rota ślubowania zawiera bowiem wręcz „esencję zasad etyki zawodowej sędziów”, z której w dużej mierze wynika wzorzec sędziego⁶⁶. Za celowe można uznać ponowne włączenie do rot sędziowskiego ślubowania zasady „honoru” i zasady „słuszności”, jako wyznaczników postępowania sędziów, obok wymienianych w aktualnej rotie zasad uczciwości i godności.

Przepisy obowiązujące w okresie międzywojennym oraz dekrety PKWN z 1944 r. oprócz rot sędziowskiego ślubowania regulowały także formę i tryb jego przeprowadzania oraz dokumentowania. Późniejsze przepisy rangi ustawowej ograniczały się do określenia zwykle jedynie tekstu ślubowania oraz organu odbierającego ślubowanie, bez unormowania przebiegu samego ceremoniału

⁶⁵ Ibidem, s. 230–231.

⁶⁶ M. Laskowski, *Ustawowe pojęcie „nieskazitelnego charakteru”*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 6, s. 53.

w sensie techniczno-organizacyjnej postaci aktu ślubowania. Wzorem kilku innych zawodów, pożądane wydaje się ceremoniał składania ślubowania sędziowskiego uregulować przepisami prawa, przynajmniej w odniesieniu do najbardziej istotnych kwestii⁶⁷. Akty normatywne tego typu zwykle określają w szczególności miejsce ślubowania i jego wygląd (np. obecność w widocznym miejscu flagi i godła Rzeczypospolitej Polskiej); ubiór osób składających ślubowanie; chronologiczny przebieg uroczystości; sposób wypowiadania roty (np. na stojąco, z podniesieniem prawej dłoni); zasady dokumentacji faktu złożenia ślubowania przez poszczególne osoby (np. wzór aktu/formulrza ślubowania, wymóg jego podpisu przez składającego ślubowanie i osobę przyjmującą ślubowanie, data wydarczenia, obowiązek dołączenia aktu stwierdzającego dopełnienie obowiązku ślubowania do akt osobowych funkcjonariusza); wykaz osób, które można zaprosić na uroczystość; przemówienia okolicznościowe.

Nie chodzi tutaj o niepotrzebną kazuistyczność, lecz o minimalne „spozytywizowanie” i doprecyzowanie zwyczajowo wykształconych reguł w trosce o pewność i bezpieczeństwo prawne. Doniosłość i materialny charakter ślubowania sprawia, iż zachodzi potrzeba także normatywnego, a nie tylko konwencjonalnego ukształtowania przedmiotowej instytucji, jak w kontekście np. wspomnianej dokumentacji faktu złożenia ślubowania. Z drugiej jednak strony, przepisy te nie powinny prowadzić do nadmiernego „sparagrafowania” tego solennego wydarzenia, przesłonięcia treści drobiazgową w szczegółach formą.

Ślubowanie sędziowskie pełni rolę swego rodzaju kompasu wyznaczającego sędziemu najlepszą ścieżkę, którą powinien on kroczyć, wykonując swój odpowiedzialny i niełatwy zawód. Nie bez powodu blisko wiek temu trafnie powiedziano, iż „Sędzia niepodległy stoi niewzruszony na podstawie sprawiedliwości; patrzy bez trwogi na grożące burze, a trzymając przysięgę i prawo, jako puklerz nieprzebity, wznosi się do wysokości powołania urzędu, który piastuje i gotowy na poświęcenie się, czeka spokojnie losu przeznaczenia swego⁶⁸”.

⁶⁷ Zob. Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 maja 2002 r. w sprawie ceremoniału składania ślubowania przez funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz. U. 2002, Nr 79, poz. 719); Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 września 2001 r. w sprawie ceremoniału składania ślubowania przez strażaków Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. 2001, Nr 114, poz. 1227); Zarządzenie nr 97 Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 sierpnia 2002 r. w sprawie trybu, formy i ceremoniału nadania stopnia dyplomatycznego oraz składania ślubowania przez członka personelu dyplomatyczno-konsularnego (M.P. 2002, Nr 35, poz. 551).

⁶⁸ A. Kraushar, *Mecenasi warszawscy w obronie Członków Towarzystwa patriotycznego przed sądem Sejmowym roku 1828*, Miscellanea Historyczne LXXVII, Warszawa 1920, s. 26.

INSTITUTION OF JUDICIAL OATH OF OFFICE IN THE POLISH LEGAL ORDER

Judicial oath of office is a solemn declaration and attestation taken publicly in a prescribed form, by which a newly appointed judge obliges himself both to accomplish properly his professional duties and to respect essential values and principles pertinent to judicial deontology. The origin of the present institution dates back to times of ancient Rome, where it was called *iusiurandum*. The paper presents institution of judicial oath of office in the Polish legal order, especially since 1918 to nowadays. Over the span of nearly one century the analyzed institution has undergone relevant changes. In the interwar period the judicial oath of office lost its religious dimension. Up to this time the oath nominally had been taken to God, which was articulated in the following words: "I swear by Almighty God". At present the oath's text is secular, although a judge can optionally complete his swearing-in with the following invocation: "So help me God". In the Second Polish Republic and in the People's Republic of Poland judges took the oath before presidents of the particular types of courts or before Minister of Justice. Since 1989 the judicial oath is taken before the President of Poland, who at the same time appoints judges on the motion of the National Council of the Judiciary of Poland.

In conjunction with the installation of communist government in Poland in 1944 the judicial oath's words was submitted to political ideologization. This process reached its fullness on the ground of the 1985 statute. Ignoring the above-mentioned fact, one can state that the judicial oath's text in the presented time frame has included similar rules and guidelines governing judicial behaviour, which can be classified into two groups. First category relates to relations between a judge on one side and the Polish state or the Polish Nation on the other side. By this part of the oath a judge expresses his patriotism toward homeland. Second category of rules refers to principles of judicial deontology, i.e. obligations functionally connected with jurisdictional activity. Judges in Poland solemnly swear to uphold the law, to fulfill judge's duties conscientiously, to dispense justice lawfully and impartially according to their consciences, to keep state and official secret, and – finally – to be guided in their conduct as judges by principle of dignity and principle of fairness.

Legal rules do not, apart from plain text, regulate the etiquette of taking the judicial oath of office. The course of swearing-in ceremony is in high degree a result of over twenty-one-year customary practice of the President's Chancellery. There is a need, motivated by legal certainty and security, to fix, even if out of necessity only generally, in the form of a normative act both the form and the

procedure of judicial swearing-in. One should also place a referral to the judicial oath of office in the Collection of Principles of Judge's Professional Ethics because the oath embodies fundamental principles that guide every member of the judge's fraternity. The author of the article postulates to determine in a statute a few further issues, such as consequences of the oath's infringement (disciplinary punishments) or sanctions for refusing to take the oath (invalidity of appointment act).

The taking of the judicial oath of office is a condition to the admission to administer justice, to authoritatively deciding cases. In other words this requirement constitutes *conditio sine qua non* of judge's jurisdictional activity. Normative sense of the present institution coexists with its symbolic dimension as a source of professional identity. Every judge must remember that the oath is not a mere formality to be forgotten afterwards. It's some kind of a sacred trust that judges should keep inviolable regardless of circumstances. Tenets of morality written in the text of the oath comprise a compass pointing at the best path of judicial career.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3–4 (189) 2011
Warszawa 2011

Łukasz Baumgart ■

SUKCESJA PRAWNOMIĘDZYNARODOWA POMIĘDZY UNIĄ EUROPEJSKĄ A WSPÓLNOTAMI EUROPEJSKIMI ORAZ INNYMI ORGANIZACJAMI MIĘDZYNARODOWYMI

Celem badania jest analiza sukcesji prawnomiędzynarodowej w rozwoju wspólnot europejskich, aż do Unii Europejskiej. Na badanie składa się poszukiwanie, ewentualnych, specyficznych cech wyróżniających zjawisko sukcesji w ramach wspólnot europejskich i porównanie ich z ogólnym modelem sukcesji.

W niniejszym artykule posługuję się pojęciami „Wspólnot Europejskich” oraz „wspólnot europejskich” w celu rozróżnienia dwóch aspektów tego pojęcia. Pierwsze oznacza połączone w jeden byt wszystkie trzy organizacje międzynarodowe utworzone na podstawie Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (TEWEA) oraz Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali. Drugie pojęcie jest używane w sensie ilościowym, w celu zaznaczenia odrębności trzech wyżej wymienionych organizacji międzynarodowych. Na wstępie warto zwrócić uwagę, że wyżej wymienione rozróżnienie terminologiczne nie zawsze jest zachowane w Traktatach.

1. Pojęcie sukcesji prawnomiędzynarodowej

Termin „sukcesja” ma wiele znaczeń. Słownik prawniczy Black’a podaje trzy różne określenia tego pojęcia¹:

- po pierwsze, określa sam fakt przekazania praw, obowiązków oraz majątku zmarłego jego następcom;
- po drugie, odnosi się do uprawnienia następców do objęcia spadku po osobie zmarłej;
- po trzecie, oznacza spadek jako konstrukcję prawną, w której zawarta jest całość praw i obowiązków.

Wyżej wymienione określenia są również prawdziwe *mutatis mutandis* dla prawa międzynarodowego. W literaturze przedmiotu nie zdefiniowano do tej pory jednej definicji sukcesji prawnomiędzynarodowej pomiędzy organizacjami międzynarodowymi. Większość opracowań jest poświęcona zagadnieniu sukcesji państw oraz dwóm Konwencjom wiedeńskim dotyczącym sukcesji państw.² W konwencjach „sukcesja państw” oznacza zastąpienie jednego państwa przez drugie w zakresie odpowiedzialności za stosunki międzynarodowe terytorium”.³

Organizacja ma za zadanie zaspokojenie określonych potrzeb państw. Przykładowo organizacje międzynarodowe stoją na straży praw człowieka, dostarczają informacji, koordynują działania państw w pewnej dziedzinie itp. W przypadku gdy organizacja międzynarodowa nie wykonuje już swoich funkcji określonych w akcie ustanawiającym, jest ona albo rozwiązywana albo za zgodą państw ulega ona transformacji. Zjawisko sukcesji występuje wtedy gdy państwa – członkowie danej organizacji pragną przekazać jej funkcję innej organizacji, która lepiej poradzi sobie z tym zadaniem. Sukcesję trzeba odróżnić od przekształcenia/transformacji, w którym dochodzi do wewnętrznej reorganizacji danej organizacji (np. zwiększenie kompetencji danej organizacji, aby mogła ona lepiej wykonywać swoją funkcję). Sukcesja może również wystąpić w przypadku upływu okresu na jaki została zawarta umowa konstytuująca daną organizację.

¹ *Black’s law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English jurisprudence, ancient and modern*, St. Paul, Minn., West Publ., 1990, s. 1119.

² Konwencja Wiedeńska o Sukcesji Państw w odniesieniu do Traktatów z 1978 roku oraz Konwencja Wiedeńska o Sukcesji Państw w odniesieniu do Mienia Państwowego, Długów oraz Archiwów z 1983 roku.

³ Tłumaczenie własne „*succession of States*” means the replacement of one State by another in the responsibility for the international relations of territory”, art. 2 ust. 1 b Konwencji Wiedeńskiej o Sukcesji Państw w odniesieniu do Traktatów z 1978 oraz art. 2 ust. 1 a Konwencji Wiedeńskiej o Sukcesji Państw w odniesieniu do Mienia Państwowego, Długów oraz Archiwów z 1983 roku

Doktryna prawa międzynarodowego jest podzielona jeśli chodzi o pojęcie sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi. Część autorów uważa, że sukcesja zachodzi na dwóch poziomach.⁴ Po pierwsze, zmiany zachodzą na poziomie osobowości prawnej danej organizacji. W tej sferze dochodzi do zakończenia bytu prawnego przez daną organizację międzynarodową. Drugim poziomem jest poziom funkcji oraz kompetencji, które są przekazywane lub przejmowane przez następcę prawnego rozwiązanej organizacji. Sukcesja zatem zachodzi w sytuacji, gdy zmiany dotyczą osobowości prawnej, a funkcje dawnej organizacji są przejęte przez sukcesora prawnego w niezmienionej lub lekko zmienionej postaci. Część doktryny definiuje jednak sukcesję w sposób szeroki. Sukcesja jest to przeniesienie funkcji jednej organizacji na drugą, któremu towarzyszy również przeniesienie dodatkowych uprawnień oraz zobowiązań.⁵ Oznacza to, że ci autorzy dopuszczają również możliwość utrzymania osobowości prawnej danej organizacji przy jednoczesnym przejęciu części/całości funkcji przez inną organizację międzynarodową. Część autorów zwraca również uwagę, że termin sukcesja jest niepoprawnie używany w odniesieniu do organizacji międzynarodowych. Uzasadniają oni to zbyt dużymi różnicami pomiędzy sukcesją państw oraz sukcesją w przypadku organizacji międzynarodowych.⁶ Termin „sukcesja” odnosi się zarówno do zdarzenia prawnego jak i skutków prawnych tego zdarzenia.⁷ Istotne jest również to, że musi istnieć pomiędzy poprzednikiem i sukcesorem odrębność prawna (*separate legal identity*), co oznacza, że obydwa podmioty muszą posiadać odrębną osobowość prawnomiędzynarodową.⁸

Pochodną różnic doktrynalnych jest katalog typów sukcesji organizacji międzynarodowych. Doktryna jest zgodna co do istnienia trzech typów sukcesji: zastąpienie (*replacement, substitution*), połączenie/fuzja dwóch organizacji międzynarodowych (*merger, fusion*) oraz przejęcie jednej organizacji międzynarodowej przez drugą (*absorption*). Część autorów wyróżnia jednak dodatkowe formy sukcesji, takie jak wydzielenie organizacji międzynarodowej (*separation*)

⁴ R. Ranjeva, *La succession d'organisations internationales en Afrique*, Paris 1978, Pedone, s. 1; D. Gnamou-Petauton, *Dissolution et succession entre organisations internationales: contribution à la théorie de la succession entre organisations internationales*, Bruxelles 2008, Bruylant, s. 5.

⁵ P. R. Myers, *Succession between international organizations*, London 1993, Kegan Paul International, s. 12; C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge 2005, Cambridge University Press, s. 473.

⁶ D. P. O'Connell, *International law*, vol. 1 Londyn 1970, Stevens, s. 396.

⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, Wydawnictwo C.H. Beck, s. 306 in fine.

⁸ K. Schmalenbach, *International Organizations or Institutions, Succession*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, dostępne: www.mpepil.com (16.10.2010).

oraz przejęcie części funkcji organizacji międzynarodowej przez inną organizację (transfer of specific functions).⁹

W tym kontekście należy również wyjaśnić pojęcia ciągłości i identyczności. W przypadku sukcesji państw identyczność oznacza, że dane państwo jest tożsame z innym państwem, które uprzednio istniało. Nie dotyczy to jednak elementów konstytutywnych danego państwa, czyli ludności, terytorium oraz władzy państwowej. Identyczność oznacza również „tożsamość podmiotowości prawną – międzynarodowej, tj. praw i obowiązków opartych na prawie międzynarodowym”.¹⁰ Ciągłość jest natomiast „dynamicznym określeniem dla statycznego pojęcia identyczności, przy czym identyczność praw i obowiązków odnosi się do momentu bezpośrednio przed i po wydarzeniu, które stwarza wątpliwość co do dalszego istnienia tego samego państwa, w sensie podmiotu prawa międzynarodowego [...]”.¹¹ Stwierdzenia te są również prawdziwe dla sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi. Liczne są bowiem przypadki kontynuacji/identyczności danej organizacji, lecz pod zmienioną nazwą.¹² W przypadku organizacji międzynarodowych identyczność zakłada brak rozwiązania danej organizacji międzynarodowej, lecz jej przekształcenie. Granica pomiędzy sukcesją oraz identycznością danej organizacji międzynarodowej jest jednak czasem bardzo trudna do wychwycenia, gdyż obydwie formy mogą być wprowadzone przez rewizję traktatów konstytuujących daną organizację. W przypadku identyczności dana organizacja międzynarodowa zachowuje swoją prawną tożsamość (legal identity), która w doktrynie jest rozumiana jako podmiotowość prawna (rationae personae) lub jako ciągłość obowiązywania warstwy substancjalnej/materialnej (rationae materiae) danej organizacji.¹³ Decyzja o kontynuacji danej organizacji w zmienionej formie jest zależna wyłącznie od państw – członków danej organizacji.¹⁴

Schemat sukcesji można podsumować w następujący sposób. Państwa – strony aktu konstytuującego daną organizację dochodzą do wniosku, że ze względu

⁹ P. R. Myers, op. cit., s. 18.

¹⁰ W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 307.

¹¹ B. Kuźniak, *Powojenne Niemcy a ciągłość i identyczność 14 państwa*, „Państwo i Prawo”, 1996, nr 11, s. 71.

¹² Przykładowo zmiana nazwy Międzyrządowego Komitetu do spraw Migracji w Europie (Intergovernmental Committee for European Migration) utworzonego na podstawie Konstytucji z 19 października 1953 roku na Międzyrządowy Komitet do spraw Migracji (Intergovernmental Committee for European Migration) w 1980 roku, a w roku 1987 na Międzynarodową Organizację do spraw Migracji nie zmieniła jej statusu prawnego jako organizacji międzynarodowej.

¹³ H. J. Hahn, *Continuity in the law of international organization*, Oesterreichische Zeitschrift fürs Offentliche Recht, 1964, vol. XII, s. 235.

¹⁴ , C. G. Cansacchi, *Identité et continuité des sujets internationaux*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tom 130, 1970, s. 78.

na okoliczności konieczne są zmiany w odniesieniu do danej organizacji międzynarodowej. W szczególności decydują się, że organizację trzeba albo rozwiązać albo przekształcić po to, żeby wypełniała lepiej swoje funkcje albo przekazać te funkcje innemu podmiotowi. Następnie państwa członkowskie (najczęściej przy współudziale instytucji danej organizacji) podejmują decyzję czy należy przekazać funkcję tego podmiotu innej organizacji międzynarodowej, którą może być organizacją nowoutworzoną lub organizacją już istniejącą. Zakończenie bytu (np. poprzez upływ okresu na jaki umowa konstytuująca daną organizację została zawarta) może również skłonić państwa członkowskie do przekazania funkcji tej organizacji innemu podmiotowi. Proces transferu funkcji ma swoje implikacje dla traktatów zawartych przez likwidowaną/przekształcaną organizację, jej mienia, pracowników oraz odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej.

Z praktyki wynika, że proces przekazania funkcji może odbywać na podstawie umowy międzynarodowej pomiędzy obydwoma organizacjami lub na podstawie prawa sukcesora (konwencji konstytuującej sukcesora). W przypadku braku jakichkolwiek unormowań w tej kwestii to sukcesor ostatecznie decyduje się czy zaakceptować transfer kompetencji oraz konsekwencje z nim związane.¹⁵ Przykładem umownego przejścia funkcji była umowa pomiędzy Międzynarodowym Instytutem Patentowym (MIP) oraz Europejskim Biurem Patentowym (EPO), która została podpisana 19 października 1977 roku.¹⁶ Ilustracją modelu sukcesji opartego na prawie sukcesora było natomiast rozwiązanie Międzynarodowej Komisji Żeglugi Powietrznej (ICAN – International Commission for Air Navigation) i zastąpienie jej przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego (ICAO – International Civil Aviation Organization), w którym to Konwencja o ICAO przewidywała zakończenie działalności ICAN. Transfer funkcji może się również dokonać w sposób dorozumiany (automatyczny).¹⁷ Należy zauważyć, że w momencie sukcesji na inną organizację akty prawne poprzednika przestają obowiązywać, jeśli są one niezgodne z celem lub przedmiotem nowej umowy konstytuującej nową lub istniejącą organizację. Część prawa poprzednika może być jednak podtrzymana przez sukcesora. Przykładem może tu być Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), która podtrzymała w mocy prawo swojej poprzedniczki – Organizacji Europejskiej Współ-

¹⁵ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 183.

¹⁶ Accord relatif a l'incorporation de l'Institut International des Brevets dans l'Office Europeen des Brevets, 19 października 1977 r., cytowana w: Ibid., s. 113.

¹⁷ Taką ewentualność dopuścił MTS w swojej opinii doradczej ws. międzynarodowego statusu Afryki Południowo-Zachodniej z 11 czerwca 1950 roku. Sprawa dotyczyła sukcesji obowiązków wynikających z systemu mandatowego/powierniczego pomiędzy Ligą Narodów a Organizacją Narodów Zjednoczonych.

pracy Gospodarczej (OEEC) – po uprzednim zatwierdzeniu przez Radę OECD.¹⁸ W takich przypadkach akty poprzednika nie wiążą jednak podmiotów, które nie są członkami następcy prawnego rozwiązanej organizacji.¹⁹ Istnieje mniej przypadków stosowania zasady kontynuacji prawodawstwa wtórnego w sytuacji przejęcia (absorpcji). Wtedy akty poprzednika są często dostosowywane do prawa sukcesora. Przykładem jest tutaj absorpcja Międzynarodowego Biura Edukacji (International Bureau of Education) przez UNESCO.²⁰ Ich moc obowiązująca może jednak zostać utrzymana jeśli nie są niezgodne z prawem danej organizacji międzynarodowej.²¹

W odniesieniu do traktatów międzynarodowych należy rozróżnić dwie sytuacje. Traktaty mogą być zawarte pod auspicjami danej organizacji. Oznacza to, że stronami tych traktatów są państwa – członkowie danej organizacji i pomimo rozwiązania tej organizacji pozostają one w mocy.²² W przypadku traktatów zawartych przez samą organizację, zasada ogólna jest podobna do tej obowiązującej w sytuacji sukcesji państw. Umowy międzynarodowe zawierające prawa i obowiązki, które mają charakter osobisty (personal rights and obligations) wygasają, natomiast umowy, które odnoszą się do rzeczy lub terytorium (np. siedziba) mogą zostać przejęte przez nową organizację.²³ Decyzja należy często

¹⁸ Art. 15 Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju: „Przekształcenie Organizacji Europejskiej Współpracy Gospodarczej dokona się w momencie wejścia w życie niniejszej konwencji. Osobowość prawną, jaką posiadała Organizacja Europejskiej Współpracy Gospodarczej, przejdzie na Organizację (Współpracy Gospodarczej i Rozwoju – przyp. Autora), jednakże decyzje, zalecenia i rezolucje Organizacji Europejskiej Współpracy Gospodarczej będą wymagać zatwierdzenia przez Radę dla nabrania mocy po wejściu w życie niniejszej konwencji.”

¹⁹ H. G. Schermers, *International organizations*, (w:) M. Bedjaoui, *International law: achievements and prospects*, Paris: UNESCO; Dordrecht; Boston: M. Nijhoff Publishers; Norwell, MA, U.S.A., 1991, s. 78; C. F. Amerasinghe, *Dissolution and succession*, (w:) R. J. Dupuy, *Manuel sur les organisations internationales*, Boston 1998, M. Nijhoff, s. 373.

²⁰ Art. IV Umowy pomiędzy UNESCO i Międzynarodowym Biurem Edukacji, 14 października 1968, UNESCO Doc. 15 C/83.

²¹ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 326.

²² Ibid., s. 307.

²³ C. F. Amerasinghe, *Dissolution and succession*, op. cit., s. 372; Istnieją w tej kwestii jednak rozbieżności doktrynalne – część doktryny twierdzi, że umowy kontraktowe (traites – contrats) mogą być przedmiotem sukcesji, ale tylko pod warunkiem zgody strony, z którą poprzednik miał zawartą umowę. W przypadku umów ustaw (traites – lois) nie jest wymagana zgoda strony, z którą został zawarty dany traktat, gdyż nie zwiększają one uprawnień tej strony. Dandi Gnamou-Petauton proponuje natomiast, że traktaty dotyczące funkcjonowania organizacji i będące związanymi z osobowością prawnomiędzynarodową tej organizacji mogą zostać uznane za niewiążące sukcesora na podstawie niemożności wykonania traktatu oraz nagłej zmiany okoliczności: D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 313.

do następcy prawnego czy zechce on przejąć zobowiązania rozwiązywanej organizacji. Przykładowo WTO podpisało nową umowę z Konfederacją Szwajcarską w sprawie przywilejów i immunitetów dyplomatycznych w 1995 roku²⁴ pomimo, że przecież WTO było następcą prawnym GATT, a sam GATT korzystał z przywilejów i immunitetów na podstawie umowy zawartej w drodze wymiany not w 1977 roku.²⁵ Jeśli sukcesor decyduje się na przejęcie traktatów zawartych przez poprzednika konieczna jest rewizja tych traktatów pod kątem ich dostosowania do prawa sukcesora oraz zmian w intytulacji (zmiana stron umowy).²⁶

W przypadku rozwiązania mienie danej organizacji powinno zostać rozdzielone pomiędzy jej członków. Majątek ten lub jego część może jednak zostać przekazany sukcesorowi. W przypadku przeniesienia majątku (lub jego części), transferowi ulegają zarówno aktywa jak i pasywa (lub ich odpowiednie części). Jednak w sytuacji, gdy nie wszystkie państwa członkowskie poprzednika są członkami organizacji przejmującej, doktryna wskazuje na konieczność zwrotu wkładu finansowego uczynionego przez te państwa. Przykładowo rozwiązanie Ligii Narodów doprowadziło do podzielenia majątku (aktywów i pasywów) pomiędzy członków tej organizacji. Następnie wkład państw, które przystąpiły do Organizacji Narodów Zjednoczonych, został przeniesiony na tę organizację oraz na Międzynarodową Organizację Pracy. Państwa pozostające poza ONZ dostały natomiast wkłady z powrotem. Tymi państwami były Finlandia, Irlandia, Portugalia i Szwajcaria.²⁷

Wartość majątku jest wyceniana w momencie rozwiązania danej organizacji. Sukcesor może przejąć majątek po likwidacji poprzednika. W takim przypadku to prawo poprzednika reguluje proces likwidacyjny. Jednak jeśli inwentaryzacja majątku rozwiązywanej organizacji jest związana z utworzeniem sukcesora, to wtedy może on wejść w posiadanie majątku poprzednika bez potrzeby przeprowadzania likwidacji.²⁸

Praktyka pokazuje, że personel organizacji ulegającej rozwiązaniu jest często przejmowany przez sukcesora. Jednak organizacja przejmująca nie ma ta-

²⁴ Accord entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale de commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse, podpisana 2 czerwca 1995 roku, RO 1997 816.

²⁵ Echange de lettres entre le Département politique fédéral et le Directeur général du GATT concernant l'application au GATT de l'accord du 19 avril 1946 sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies, zawarta 18 sierpnia 1977 roku, RO 1977 2202.

²⁶ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 317

²⁷ J. Menkes, Wasilkowski A., *Organizacje międzynarodowe. Wprowadzenie do systemu*, Warszawa 2010, LexisNexis, s. 212.

²⁸ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 238.

kiego obowiązku. Kwestie te są zazwyczaj regulowane w drodze umowy. Jednak nawet w przypadku braku umownej podstawy przejęcie pracowników poprzednika zdarza się bardzo często. W wyniku transferu pracowników do organizacji będącej następcą prawnym niektóre prawa tych pracowników nie wygasają. Przykładem są fundusze emerytalne tworzone przez organizacje międzynarodowe. Taki fundusz nie ulega rozwiązaniu, lecz powinien zostać przejęty przez inną organizację międzynarodową.²⁹ W przypadku transferu pracowników z Międzynarodowego Biura Edukacji do UNESCO zdecydowano się wręcz o zachowaniu poprzednich warunków pracy i płacy przez okres dwóch lat od momentu wejścia w życie umowy o sukcesji, po upływie których Dyrektor Generalny miał prawo zdecydować o ich ewentualnym uchyleniu.³⁰

2. Unia Europejska oraz wspólnoty europejskie jako przedmiot i podmiot procesu sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi

Sukcesję w Unii Europejskiej można rozpatrywać w dwóch różnych aspektach. Po pierwsze, widoczny jest proces przekształcania Wspólnot Europejskich w Unię Europejską. Przebiega on niejako pod parasolem Unii Europejskiej i dotyczy kwestii utworzenia jednolitej organizacji międzynarodowej. Drugi wymiar tego procesu dotyczy organizacji, które co prawda były politycznie związane z Unią Europejską/Wspólnotami Europejskimi, ale brak było powiązania funkcjonalnego i organizacyjnego. Przykładem jest tutaj Unia Zachodnioeuropejska, która została politycznie powiązana z Unią Europejską, ale nigdy nie doszło do zespolenia organizacyjnego tych dwóch organizacji.

W celu zbadania procesu sukcesji konieczne jest ustalenie czy w wyniku Traktatu z Maastricht doszło do zastąpienia przez Unię Europejską wspólnot europejskich. Po jego wejściu w życie większość doktryny opowiadała się za poglądem, że Unia Europejska nie posiadała podmiotowości prawnej.³¹ Pogląd ten

²⁹ Ibidem., s. 286.

³⁰ Art. VII ust. 3 Umowy pomiędzy UNESCO i Międzynarodowym Biurem Edukacji, 14 października 1968, UNESCO Doc. 15 C/83.

³¹ Przykładowo: M. R. Eaton, *Common Foreign and Security Policy* (w:) D. O'Keeffe, P. M. Twomey, *Legal issues of the Maastricht Treaty*, London 1994, Chancery Law Publishing, ss. 215–226; U. Everling, *Reflections on the Structure of the European Union*, *Common Market Law Review*, 1992, ss. 1053–1077; D. M. Curtin, "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces", *Common Market Law Review*, 1993, ss. 17–69; L. Rodney, *Europe: A Concise Encyclopedia*, wydanie IV, Londyn, Profile Books, ss. 146–146/

był podzielany przez instytucje unijne.³² Znalazł on swoje potwierdzenie również w pracach konwentu obradującego nad tekstem Traktatu Konstytucyjnego, choć stwierdzenie użyte tam podkreślało również, że kwestia podmiotowości prawnej UE nie jest do końca wyjaśniona.³³ Część doktryny twierdziła jednak, że Unia dysponuje osobowością prawną – międzynarodową.³⁴ Nie jest zatem jasne czy Unia Europejska została nową organizacją międzynarodową. Natomiast nikt nie kwestionował osobowości prawno-międzynarodowej wspólnot europejskich.³⁵

Art. B Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) w wersji nadanej mu przez Traktat z Maastricht stwierdza, że Unia będzie dążyła do potwierdzenia swej tożsamości na arenie międzynarodowej, zwłaszcza poprzez realizację wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, co implikuje, że Unia będzie podmiotem oddzielnym od państw członkowskich. Unia Europejska ma tylko jeden własny organ i jest nim Rada Europejska, natomiast w pozostałych kwestiach korzysta ona z dotychczasowych organów Wspólnot (w tym sensie Unia posiada jednolite ramy instytucjonalne). Unia Europejska nie jest podmiotem, który samodzielnie korzysta z przywilejów oraz immunitetów dyplomatycznych. Posiada je ona jednak poprzez Wspólnoty Europejskie. Do momentu wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego brak było podstaw twierdzić, aby Unia posiadała zdolność działania na arenie międzynarodowej.

³² Parlament Europejski – Komisja ds. Konstytucyjnych, *Rapport sur la personnalité juridique de l'Union européenne*, PE 304.279, 21 listopada 2001; w deklaracji dołączonej do Decyzji Rady 93/591 dotyczącej nazwy Rady państwa członkowskie wyraźnie zastrzegły, że zmiana nazwy tej instytucji nie oznacza nadania Unii osobowości prawnomiędzynarodowej: Rada, *Decyzja Rady z dnia 8 listopada 1993 r. dotycząca nazwy nadanej Radzie po wejściu w życie Traktatu o Unii Europejskiej (93/591)*, Dz. U. z 16.11.1993, L 281, s. 18

³³ Konwent, *Rapport du président du groupe de travail III «Personnalité juridique» aux membres de la Convention*, CONV 305/02, WG III 16, 1 października 2002, s. 3

³⁴ Przykładowo: J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union Européenne et des Communautés Européennes*, Paryż 2002, L.G.D.J., wydanie IV, ss. 235–236; A. Tizzano, *La personnalité internationale de l'Union Européenne* (w:) M. Dony, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles 1999, Bruylant, ss. 169–204; S. Van Raepelbusch, *L'émergence de l'Union Européenne dans l'ordre juridique international* (w:) M. Dony, *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles : Bruylant, 1999, str. 261–299 ; R. Wessel, *International legal status of the European Union*, *European Foreign Affairs Review*, 1997, vol. 2, nr 1, ss. 109–129; P. Gautier, *The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, Volume 4, str. 331–361 ; J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge 2010, Cambridge University Press.

³⁵ Potwierdził to Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot w wyroku 22/70 z dnia 31 marca 1971 r., *Komisja vs. Rada* (wyrok ERTA)

Nowoutworzona Wspólna Polityka Zagraniczna i Bezpieczeństwa była kontynuacją EWP. Nie stworzyła ona nowego podmiotu prawa międzynarodowego, lecz była platformą współpracy międzyrządowej, która została instytucjonalnie związana ze Wspólnotami Europejskimi. Ponieważ dotychczasowe instrumenty EWP miały charakter „miękki”, nie było konieczności ich dostosowywania, natomiast rozporządzenia i dyrektywy wspólnotowe przyjęte w celu wykonania tych deklaracji pozostały w mocy.

Podobnie nowy trzeci filar nie nadał Unii osobowości prawnie – międzynarodowej. Dotychczasowa współpraca międzyrządowa miała głównie charakter wymiany doświadczeń oraz informacji.³⁶ Brak było jakichkolwiek instrumentów prawnie wiążących, poza konwencjami międzynarodowymi zawieranymi między państwami członkowskimi. Te jednak zostały do trzeciego filara włączone. W tym miejscu należy zauważyć, że stronami wyżej wymienionych konwencji były państwa członkowskie, a nie Unia Europejska.

Dopiero po Traktacie Amsterdamskim większość doktryny zaczęła się opowiadać za przyznaniem Unii Europejskiej osobowości prawnej. Zmiana doktrynalna wynika z tego, że Traktat Amsterdamski wprowadził do TUE art. J.14, który umożliwiał zawieranie umów międzynarodowych w ramach drugiego i trzeciego filara. W wyniku tego rozwinęła się bogata praktyka zawierania umów międzynarodowych, w których stroną nie były wspólnoty, lecz Unia Europejska.³⁷ Ponieważ faktu podpisania umowy międzynarodowej przez Unię Europejską nie można było wytłumaczyć inaczej niż poprzez posiadanie przez UE osobowości prawnomiędzynarodowej doktryna uznała, że pomimo braku w traktatach domniemuje się, że Unia tę osobowość posiada.³⁸ Należy przy tym zauważyć, że osobowość ta funkcjonowała tylko i wyłącznie w ramach drugiego i trzeciego filaru. Potwierdzeniem tego stwierdzenia jest praktyka działania UE. Unia Europejska nie była stroną żadnego traktatu międzynarodowego w ramach pierwszego filaru, gdyż w jego ramach to wspólnoty europejskie posiadały wyłączną kompetencję do zawierania umów międzynarodowych. Powstał zatem

³⁶ Parlament Europejski, *The third pillar of the Treaty on European Union. Cooperation in the fields of Justice and Home Affairs*, People's Europe Series Working paper W-8, grudzień 1996, ss. 9–10.

³⁷ Przykładowo: Agreement between the European Union and the Republic of Iceland on the participation of the Republic of Iceland in the European Union Police Mission (EUPM) in Bosnia and Herzegovina (BiH) podpisana 10/12/2002, Dz. Urz. UE z 25/09/2003, L239, s. 5; Agreement on extradition between the European Union and the United States of America podpisana 25/06/2003, Dz. Urz. UE z 19/07/2003, L181, s. 27

³⁸ J. Klabbers, *Presumptive Personality: The European Union in International Law*, (w:) M. Koskeniemi (red.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague 1998, Kluwer, s. 231–253.

nowy podmiot, ale nie doszło do zastąpienia wspólnot europejskich przez Unię Europejską. Stworzona została zatem niejako czwarta wspólnota – Unia Europejska – która funkcjonowała obok trzech już istniejących organizacji międzynarodowych, która była z nimi połączona funkcjonalnie oraz instytucjonalnie oraz do pewnego stopnia je obejmowała.

3. Pierwszy etap integracji wspólnot – Konwencja z 1957 roku oraz traktat fuzyjny z 1965 roku

W dniu wejścia traktatów rzymskich w życie istniały trzy oddzielne organizacje międzynarodowe z oddzielnymi osobowościami międzynarodowymi.³⁹ Każdy z traktatów zawierał katalog celów oraz środków, którymi te cele należy osiągnąć. Zawarto oddzielne protokoły ws. immunitetów i przywilejów dyplomatycznych oraz oddzielne protokoły dot. statutu Trybunałów Sprawiedliwości⁴⁰

W 1957 roku wraz z podpisaniem traktatów rzymskich przedstawiciele państw zdecydowali się również o częściowym połączeniu organizacyjnym dwóch instytucji. Weszła wtedy w życie Konwencja o niektórych wspólnych instytucjach Wspólnot Europejskich, która została podpisana razem z traktatami rzymskimi. Na mocy tej Konwencji postanowiono, że powstaną dwie wspólne instytucje dla wszystkich trzech Wspólnot – Zgromadzenie oraz Trybunał Sprawiedliwości (art. 1 i 3 Konwencji). Tekst tego traktatu zawierał również połączenie Komitetów Ekonomiczno – Społecznych EWG oraz Euratomu. Konwencja przewidywała także podział budżetów administracyjnych wszystkich tych instytucji po równo pomiędzy trzy Wspólnoty oraz modyfikację niektórych postanowień TEWWiS. Postanowienia TEWWiS zostały zmodyfikowane w taki sposób, aby je ujednolicić z tymi występującymi w TEWG oraz TEWEA. Procedura wprowadzania zmian do TEWWiS nie była zgodna z tą określoną w art. 96 tego traktatu (Konwencja była zwykłą umową międzynarodową i nie respektowała procedury zawartej w art. 96 TEWWiS). Państwa członkowskie mogły jednak dokonać tych zmian z tego względu, że nadal obowiązywał okres przejściowy określony w TEWiS na mocy art. 85.⁴¹

³⁹ Art. 6 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (TEW-WiS), art. 210 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), art. 184 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej (TEWEA)

⁴⁰ P. Pescatore, *Les travaux du „groupe juridique” dans la négociation des traités de Rome*, Hémecht 1982, nr 2, vol 34, s. 155; J.P., Jacques, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paryż 2006, Dalloz, wydanie IV, s. 8.

⁴¹ H. J. Lambers, *Les clauses de révision des Traités instituant les Communautés*

Kolejny etap integracji wspólnot europejskich miał miejsce w 1965 roku, kiedy został podpisany Traktat ustanawiający Jedną Radę i Jedną Komisję Wspólnot Europejskich (Traktat fuzyjny).⁴² Na mocy tego traktatu połączono Wysoką Władzę EWWiS oraz Komisję Euratomu i EWG, a także wszystkie trzy Rady wspólnot. W przypadku tych ostatnich traktat usankcjonował już istniejącą praktykę, gdyż Rady były obsługiwane przez jeden Sekretariat.⁴³ Z prawnego punktu widzenia najważniejszą operacją było połączenie kompetencji poszczególnych organów trzech różnych organizacji międzynarodowych. Operacja ta była o tyle trudna, że przepisy dotyczące instytucji bardzo różniły się pomiędzy sobą.⁴⁴ Tak jak w przypadku Konwencji z 1957 roku celem Traktatu fuzyjnego było połączenie instytucji bez ingerowania w kompetencje jakie poszczególne traktaty założycielskie dawały tym instytucjom. Odpowiednie artykuły w trzech traktatach założycielskich zostały uchylone, a w ich miejsce zaczęto stosować przepisy Traktatu fuzyjnego.

Traktat fuzyjny był istotnym elementem na drodze do stworzenia jednej organizacji międzynarodowej. Po jego wejściu w życie pojęcie „wspólnoty europejskie” zaczęło być używane na określenie nie tylko grupy wspólnot, ale też w sensie jakościowym na określenie odrębnego podmiotu – Wspólnot Europejskich.⁴⁵ Potwierdzają to same przepisy Traktatu fuzyjnego, które przemianowują Rady na „Radę Wspólnot Europejskich”, ustanawiają budżet Wspólnot Europejskich etc. Czy jednak oznacza to, że Wspólnoty Europejskie stały się nowym podmiotem prawnomiędzynarodowym? Brak jest dowodów na to, aby stwierdzić, że powstał wtedy nowy podmiot. Potwierdza to również praktyka funkcjonowania. Brak jest jakiegokolwiek umowy międzynarodowej, która wymienia jako stronę umowy Wspólnoty Europejskie. Umowy międzynarodowe były zawierane przez każdą z trzech organizacji międzynarodowych osobno. W kwestii prawa legacji Wspólnoty Europejskie utrzymywały swoje przedstawicielstwa w krajach trzecich, lecz na początku nie korzystały one z przywilejów i immunitetów dyplomatycznych. Istotne w tym zakresie jest to, że w latach 1957 – 1962 wystąpiły jaw-

Européennes, Annuaire français de droit international, vol. 7, 1961, s. 603.

⁴² Dz. Urz. WE z 13.07.1967, nr 152, s. 17.

⁴³ Ministerstwo Spraw Zagranicznych Wielkiego Księstwa Luksemburg, *Rapport du gouvernement luxembourgeois sur la fusion des exécutifs, Coopération politique européenne-Questions fondamentales*, Antécédents-Conversations bilatérales, AE 13074, 26 lipca 1960, dostępne: www.ena.lu (16.10.2010).

⁴⁴ J. Mégret, *La fusion des Exécutifs des Communautés européennes*, Annuaire français de droit international, vol. 11, 1965, s. 692.

⁴⁵ Potwierdzeniem tego jest choćby tytuł traktatu dotyczącego Grenlandii z 1985 roku: Traktat zmieniający Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie w odniesieniu do Grenlandii, Dz. Urz. z 01.02.1985, nr L 29, s. 1. Świadczy on o tym, że w języku prawnym pojęcie „Wspólnoty Europejskie” było używane w sensie nie tylko ilościowym, ale również jakościowym (Wspólnoty Europejskie jako całość).

ne konflikty kompetencyjne pomiędzy egzekutywami poszczególnych wspólnot w przedstawicielstwie Wspólnot Europejskich w Waszyngtonie, co uniemożliwiało ich jednolitą reprezentację.⁴⁶ Tym samym nie możemy jeszcze mówić o zjawisku sukcesji, gdyż żadna ze wspólnot nie zakończyła swojego bytu ani nie przekazała żadnych swoich funkcji na rzecz Wspólnot Europejskich, gdyż taki podmiot międzynarodowy jeszcze nie powstał.⁴⁷

O ile nie wystąpiło tutaj zjawisko sukcesji, o tyle można wyróżnić pewne elementy tego procesu, które pojawiły się po wejściu w życie Konwencji z 1957 roku oraz Traktatu fuzyjnego. Konsekwencją Traktatu fuzyjnego oraz Konwencji z 1957 roku było powstanie tzw. wspólnego korpusu instytucjonalnego (*tronc institutionnel commun*).⁴⁸ W założeniach powstanie wspólnych instytucji było jedynie etapem wstępnym przed połączeniem samych Wspólnot.⁴⁹ Proces łączenia się organów lub tworzenia nowych organów jest elementem fuzji organizacji międzynarodowych. Etap powołania nowych wspólnych organów połączonej organizacji jest zazwyczaj jednym z ostatnich etapów łączenia się organizacji. W przypadku Wspólnot Europejskich proces ten zaczął się zatem od końca. Konwencja z 1957 roku oraz Traktat fuzyjny stały się podstawą dla dalszego procesu łączenia się, który przebiegał nieformalnie i był uzasadniany koniecznością racjonalizacji działania wspólnot. Ma to swoje potwierdzenie w wymiarze zewnętrznym Wspólnot Europejskich. W latach 60. i 70. znacznie przyśpieszył proces otwierania kolejnych delegacji Komisji Wspólnot Europejskich, które co prawda pełniły funkcję reprezentacyjną w stosunku do tego organu, lecz *de facto* reprezentowały wszystkie trzy wspólnoty. W ten sposób w 1980 roku liczba tego typu placówek Komisji urosła do 50. Na podstawie umów dotyczących siedziby (*accords de siège*) delegacje Komisji zaczęły korzystać z przywilejów i immunitetów dyplomatycznych.⁵⁰ Jako przykład przedstawicielstwo Wspólnot Europejskich w Waszyngtonie w 1972 roku uzyskało przywileje i immunitety dyplomatyczne od rządu Stanów Zjednoczonych.⁵¹

⁴⁶ Komisja Europejska, *Taking Europe to the world: 50 years of the European Commission's External Service*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2004, s. 15; G. Smith-Scott, *An outpost of Atlanticism: Leonard Tennyson, the European Delegation in Washington and the transformation of US-European relations 1954–1974*, *Journal of European Integration History*, 2008, vol. 14, nr 2, s. 103.

⁴⁷ Potwierdza to stanowisko doktryny prawa międzynarodowego; P. R. Myers, *op. cit.*, s. 38.

⁴⁸ J. Mégret, *op. cit.*, s. 696

⁴⁹ Ibidem; Anonim, *L'exécutif unique pourra entrer en fonction le 1er janvier prochain*, *Communauté européenne*, kwiecień 1965, nr 4; 9e année, ss. 4–5, dostępne: www.ena.lu (16.10.2010).

⁵⁰ Ibidem, s. 25; należy przy tym zauważyć, że stroną tych umów nie były Wspólnoty Europejskiej, a jedynie Komisja Europejska Wspólnot Europejskich.

⁵¹ *Komisja Europejska, Taking Europe to the world: 50 years of the European Com-*

4. Zakończenie bytu EWWiS

Konkretnym przykładem sukcesji w ramach Unii Europejskiej był transfer funkcji pomiędzy EWWiS i Wspólnotą Europejską. TEWWiS został ustanowiony na okres 50 lat. Jego wygaśnięcie zostało przewidziane na dzień 23 lipca 2002 r. W celu zachowania dorobku EWWiS państwa członkowskie postanowiły o dołączeniu EWWiS do Wspólnoty Europejskiej przy okazji Traktatu z Nicei. Traktat zawierał Protokół nr 34 w sprawie skutków finansowych wygaśnięcia Traktatu EWWiS oraz w sprawie funduszu badawczego węgla i stali. Protokół wyraźnie stwierdzał w art. 1, że stosuje się zasadę sukcesji uniwersalnej, gdyż wszystkie aktywa i pasywa EWWiS, w stanie na dzień 23 lipca 2002 roku, przeszły z dniem 24 lipca 2002 roku na Wspólnotę Europejską. W dniu 27 kwietnia 2002 została przyjęta Decyzja przedstawicieli rządów państw członkowskich dotycząca wygaśnięcia TEWWiS.⁵² Decyzja została podjęta ze względu na niepewność co do wejścia w życie Traktatu z Nicei oraz dołączonego do niego wyżej wymienionego Protokołu.⁵³ Ostatecznie to Decyzja, a nie Protokół miały zastosowanie do likwidacji EWWiS, gdyż Traktat z Nicei i dołączony do niego Protokół weszły w życie dopiero w dniu 1 lutego 2003 roku. Protokół oraz przyjęte na jego mocy decyzje Rady⁵⁴ tylko i wyłącznie sankcjonowały zasady określone w Decyzji przedstawicieli rządów państw członkowskich.

Decyzja powtarzała zasadę sukcesji uniwersalnej – wszystkie aktywa i pasywa EWWiS przeszły na Wspólnotę Europejską (art. 1 Decyzji przedstawicieli rządów państw członkowskich). Zanim jednak do tego doszło majątek EWWiS zwany „EWWiS w likwidacji” został przeznaczony na uregulowanie zobowią-

mission's External Service, op. cit., s. 13.

⁵² Decision of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, of 27 February 2002, on the financial consequences of the expiry of the ECSC Treaty and on the research fund for coal and steel (2002/234/ECSC), Dz. Urz. WE z 22.03.2002, L 79, s. 42.

⁵³ B. Ubertazzi, *The end of ECSC*, European Integration online Papers 2004, vol. 8, nr 20, dostępne: eiop.or.at (16.10.2010).

⁵⁴ Council Decision of 1 February 2003 establishing the measures necessary for the implementation of the Protocol, annexed to the Treaty establishing the European Community, on the financial consequences of the expiry of the ECSC Treaty and on the Research Fund for Coal and Steel (2003/76/EC), Dz. Urz. WE z 05.02.2003, L 29, s. 22–24; Council Decision of 1 February 2003 laying down multiannual financial guidelines for managing the assets of the ECSC in liquidation and, on completion of the liquidation, the Assets of the Research Fund for Coal and Steel (2003/77/EC), Dz. Urz. WE z 05.02.2003, L 29, ss. 25–27; Council Decision of 1 February 2003 laying down the multiannual technical guidelines for the research programme of the Research Fund for Coal and Steel (2003/78/EC), Dz. Urz. WE z 05.02.2003, L 29, ss. 28–39.

zań tej organizacji międzynarodowej. Po likwidacji EWWiS pozostały majątek, nazwany „Majątkiem Funduszu Badawczego Węgla i Stali” został przeniesiony do Wspólnoty Europejskiej (punkt 5 Wytycznych finansowych dotyczących zarządzania majątkiem EWWiS w likwidacji, a po likwidacji majątkiem Funduszu Badawczego Węgla i Stali, które zostały załączone do Aneksu II Decyzji przedstawicieli rządów państw członkowskich). Operacja likwidacji a następnie transferu była zarządzana przez Komisję zgodnie z TEWWiS oraz prawem wtórnym EWWiS według stanu na dzień 23 lipca 2002 roku (punkt 1 i 2 Aneksu do Decyzji przedstawicieli rządów państw członkowskich). Decyzja przewidywała, że „Majątek Funduszu Badawczego Węgla i Stali” zostanie przeznaczony w ramach Wspólnoty Europejskiej na badania dotyczące sektorów węgla i stali (art. 1 ust. 3 Decyzji przedstawicieli rządów państw członkowskich). Protokół nr 37 dołączony do Traktatu z Lizbony podtrzymywał przeznaczenie aktywów EWWiS na cele badawcze, co oznaczało ciągłość programów oraz procedur w toku po sukcesji na rzecz Wspólnoty Europejskiej.

W kwestii transferu funkcji kompetencje dotyczące tworzenia wspólnego rynku węgla i stali zostały przejęte przez Wspólnotę Europejską. Nawet Komitet Konsultacyjny, jedyny organ własny EWWiS, został niejako przeniesiony do Wspólnoty. Na mocy decyzji Komitetu Ekonomiczno – Społecznego z dnia 23 października 2002 roku został utworzony specjalny zespół w jego ramach - Consultative Commission on Industrial Change” (CCMI)), który spełniał taką samą rolę jak Komitet Konsultacyjny EWWiS.⁵⁵ W kwestiach personalnych pracownicy EWWiS nie zostali zwolnieni, lecz przeniesiono ich do wykonywania innych funkcji w ramach jednolitej administracji Wspólnoty.⁵⁶

WE przejęła również procedury toczące się w ramach TEWWiS. Najlepiej widać to w sprawach z zakresu prawa konkurencji. Na mocy przepisów wydanych przez Komisję Europejską⁵⁷ wszelkie procedury oraz badania w toku były kontynuowane, lecz nie zgodnie z TEWWiS, ale zgodnie z TWE. Oznaczało to, że po wygaśnięciu TEWWiS w kwestiach proceduralnych postanowiono o rozciągnięciu przepisów TWE na przypadki uprzednio regulowane przez TEWWiS.

⁵⁵ B. Ubertazzi, op. cit.: szczególne znaczenie w prawie konkurencji miał Komunikatami Komisji (Communication concerning certain aspects of the treatment of competition cases resulting from the expiry of the ECSC Treaty, Dz. Urz. WE z 26.06.2002, L 152, s. 5), który w pkt 31 stwierdzał, że z momentem wygaśnięcia TEWWiS każda sprawa będzie podlegała regulacji pod kątem TWE niezależnie od tego, kiedy dany czyn antykonkurencyjny miał miejsce.

⁵⁶ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 247.

⁵⁷ Communication from the Commission concerning certain aspects of competition cases resulting from the expiry of the ECSC Treaty, Dz. Urz. WE z 26.06.2002, C 152, s. 5

W aspekcie materialnym stosowano przeważnie przepisy, które w momencie wystąpienia danego naruszenia konkurencji obowiązywały (czyli również TEWWiS).⁵⁸

Przedstawiciele państw członkowskich zdecydowali również o tym, że Wspólnota Europejska przejmie zobowiązania międzynarodowe EWWiS. Zostało to uregulowane w dwóch decyzjach przedstawicieli państw członkowskich.⁵⁹ Na mocy tych decyzji Wspólnota Europejska przejęła wszelkie zobowiązania wynikające z umów międzynarodowych zawartych przez EWWiS. Wspólnota przejęła wszelkie prawa i obowiązki, które były następnie wykonywane zgodnie z TWE. Obowiązek poinformowania państw trzecich i innych organizacji międzynarodowych o przejściu wykonywania tych umów przez Wspólnotę oraz do zainicjowania procesu dostosowania umów do nowej rzeczywistości prawnej został nałożony na Komisję.

Podsumowując, w przypadku zakończenia bytu EWWiS w aspekcie majątkowym nie można mówić bezpośrednio o sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi. Majątek EWWiS został bowiem przetransferowany do państw członkowskich, które kolektywnie zdecydowały o jego przeniesieniu na Wspólnotę Europejską. Takie stanowisko popiera również doktryna.⁶⁰ W kwestii norm prawnych WE przejęła procedury i sprawy toczące się na podstawie TEWWiS oraz funkcje regulacji rynku węgla i stali. Sukcesja nastąpiła również w odniesieniu do pracowników oraz umów międzynarodowych.

W tym miejscu należy jednak zauważyć, że istnieje również stanowisko, które przeczy, że zjawisko sukcesji wystąpiło. Uzasadnieniem dla tego poglądu jest fakt, że Unia Europejska jako jednolity aparat administracyjny została pozbawiona jednej ze specjalistycznych podstaw do swojego działania (TEWWiS). Kwestie te były już uregulowane w ogólnej podstawie do działania (TWE), zakończenie działania TEWWiS oznaczało tylko i wyłącznie zaprzestanie stosowania zasady *lex specialis derogat legi generali*.⁶¹

⁵⁸ Ibidem, art. 31–47

⁵⁹ Decision of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, of 19 July 2002, on the consequences of the expiry of the European Coal and Steel Community (ECSC) Treaty on international agreements concluded by the ECSC (2002/595/EC), Dz. Urz. WE z 23 07 2002, L 194, s. 35; Decision of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, of 19 July 2002, on the consequences of the expiry of the European Coal and Steel Community (ECSC) Treaty on international agreements concluded by the ECSC (2002/596/EC), Dz. Urz. WE z 23 07 2002, L 194, s. 36.

⁶⁰ D. Gnamou-Petauton, op. cit., s. 216.

⁶¹ B. Ubertaini, op. cit.

5. Przykład sukcesji horyzontalnej – przejęcie funkcji Unii Zachodnioeuropejskiej przez Unię Europejską

Unia Zachodnioeuropejska (UZE) opiera się na trzech traktatach:

- a) Traktat z Dunkierki został podpisany w 1947 roku pomiędzy Wielką Brytanią i Francją. Gwarantował on obydwu sojusznikom wzajemną pomoc i ochronę na wypadek zbrojnej napaści
- b) Drugi traktat – Traktat o współpracy gospodarcze, społecznej i kulturalnej oraz o wspólnej obronie (Traktat Brukselski) – został podpisany w Brukseli w 1948 roku pomiędzy Belgią, Niderlandami, Luksemburgiem, Wielką Brytanią oraz Francją. Traktat ten był rozszerzeniem Traktatu z Dunkierki.
- c) Trzeci traktat został podpisany w 1954 roku. Zwołano wtedy specjalne spotkanie z udziałem Stanów Zjednoczonych, państw – sygnatariuszy Traktatu Brukselskiego, RFN oraz Włoch. Na szczycie ustalono, że te dwa ostatnie państwa dołączą do Traktatu Brukselskiego. Na mocy porozumień paryskich z października 1954 roku Włochy i RFN dołączyły do nowej organizacji, a Traktat Brukselski został odpowiednio zmodyfikowany. W jego wyniku powstała nowa organizacja międzynarodowa – Unia Zachodnioeuropejska.⁶²

Celem tej organizacji była nie tylko wspólna obrona, ale również współpraca gospodarcza, społeczna oraz kulturowa. Szybko jednak okazało się, że element obronny stanowi najważniejszy element umowy. Pozostałe funkcje zostały przeniesione do Rady Europy w 1959 roku.⁶³ W latach 90. UZE rozpoczęła proces reformy, który zakończył się przyjęciem nowych celów organizacji. Na podstawie decyzji Rady UZE z czerwca 1992 r. podjętej w Petersbergu organizacja zyskała uprawnienie do przeprowadzania misji humanitarnych i ratunkowych, misji utrzymania pokoju oraz misji zbrojnych służących zarządzaniu kryzysami, w tym przywracaniu pokoju. Obowiązujący dziś Traktat ma zatem charakter sojuszu obronnego i organizacji bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 12 Zmodyfikowanego Traktatu Brukselskiego z 1954 roku po pięćdziesięciu latach od jego wej-

⁶² www.weu.int.

⁶³ W tym względzie ważne są dwa dokumenty: Decyzja Rady UZE - WEU Council, Decision to transfer the exercise of the social and cultural activities pursued by the organisation to the Council of Europe, 21 października 1959 oraz Rezolucja Rady Ministrów Rady Europy – Committee of Ministers, Extension of the activities of the Council of Europe in the social and cultural fields, Rezolucja (59) 23, 16 listopada 1959; publikacja na ten temat – H. Wiebringhaus, *A propos du transfert de compétences entre organisations internationales: le cas du transfert de certaines activités de l'U.E.O. au Conseil de l'Europe*, *Annuaire français de droit international*, vol. 7, nr 1, 61, s. 537–550

ścia w życie każda z jego stron ma prawo zawiesić swoje członkostwo (z rocznym okresem przejściowym).

Organizacja liczy dziesięć państw (Belgia-depozytariusz Traktatu, Francja, Luksemburg, Niderlandy, Wielka Brytania, Niemcy, Portugalia, Hiszpania, Grecja). Pozostałe państwa, mają status członka stowarzyszonego (Czechy, Węgry, Islandia, Norwegia, Polska, Turcja,) obserwatora (Austria, Dania, Finlandia, Irlandia, Szwecja) lub partnera stowarzyszonego (Bułgaria, Estonia, Litwa, Łotwa, Rumunia, Słowacja, Słowenia). Organy UZE to: Rada Unii Zachodnioeuropejskiej, złożona z Rady Ministrów – zbierającej się w Brukseli dwa razy w roku (ministrowie spraw zagranicznych i obrony państw członkowskich, przewodnictwo zmienia się co pół roku) oraz Stałej Rady – funkcjonuje ciągle; Sekretariat Generalny z siedzibą w Brukseli (obsługa działalności Rady UZE, sporządzanie sprawozdań) i Zgromadzenie Parlamentarne z siedzibą w Paryżu (delegacje parlamentów państw członkowskich).⁶⁴

Jak już to zostało wspomniane wyżej Traktat z Maastricht wprowadził filary do procesu integracji europejskiej. Drugim filarem była Wspólna Polityka Zagraniczna i Bezpieczeństwa. Formalnie Unia Europejska nie zawierała ona w sobie jednak materialnych przepisów dotyczących komponentu obronnego. Wskazuje na to brak odniesienia w art. B TUE – 1992 do wspólnej polityki obronnej UE, a także brak kompetencji do samodzielnego przeprowadzania misji wojskowych przez UE. Art. J.4 ust. 1 TUE – 1992 wspominał jedynie o tym, że WPZiB „obejmuje wszelkie sprawy dotyczące bezpieczeństwa Unii, w tym stopniowe określanie wspólnej polityki obronnej, która mogłaby doprowadzić do wspólnej obrony”. Autorzy Traktatu uznali bowiem, że funkcję implementacji polityki obronnej miała pełnić UZE. Na mocy art. J.4 ust. 2 TUE – 1992 Unia zwracała się w tym przedmiocie z prośbą do UZE. UZE stała się w ten sposób „filarem” Unii, gdyż implementowała oraz opracowywała decyzję oraz działania Unii, które miały wpływ na kwestie wojskowe. W tym celu UE i WEU były zobowiązane do określenia praktycznych aspektów współpracy.

Pomimo tego, że przepis art. J.4 TUE – 1992 przewiduje fakultatywność reakcji UZE na prośbę UE, w Deklaracji nr 30 dołączonej do Traktatu z Maastricht państwa członkowskie UZE deklarują gotowość do wypełnienia wniosków UE o wykonanie decyzji bądź działań mających wpływ na kwestie wojskowe. W tym celu siedziba UZE została przeniesiona z Londynu do Brukseli w celu lepszej koordynacji działań. Ponadto, Deklaracja zobowiązuje UZE do nawiązania bliskiej współpracy z UE. W tym celu zostały m.in. skoordynowane terminy posiedzeń organów, nawiązano współpracę pomiędzy Sekretariatami Generalnymi

⁶⁴ http://portalwiedzy.onet.pl/124545,,,unia_zachodnioeuropejska,haslo.html

UZE i Rady, a także z samą Radą oraz zharmonizowano prezydencję w obydwu organizacjach. Deklaracja zobowiązywała również do wzmocnienia zdolności operacyjnych UZE poprzez m.in. wzmocnienie komórki planistycznej UZE, organizację spotkań Szefów Sztabów (Chief of Military Staff) lub też wzmocnioną współpracę w ramach polityki zbrojeniowej.

Unia wstrzemięźliwie korzystała z art. J.4 ust. 2 TUE – 1992.⁶⁵ Traktat z Amsterdamu zmian wprowadził kilka usprawnień we wzajemnej współpracy pomiędzy UE i UZE. Art. 17 TUE – 1997 (eks – art. J.4 TUE – 1992, art. J.7 Traktatu amsterdamskiego przed zmianą numeracji) został rozbudowany. Unia Zachodnioeuropejska stała się integralną częścią rozwoju UE. Jej zadania w zakresie zarządzania kryzysami oraz misji humanitarnych i ratunkowych zostały wpisane do ust. 2 art. 17 TUE – 1997. Ponadto, w przypadku pozytywnej decyzji Rady Europejskiej Unia została zobowiązana do nawiązania bliskiej współpracy z UZE w celu integracji tej ostatniej do UE. W takiej sytuacji państwa członkowskie ratyfikują decyzję zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi (art. 17 ust. 1 akapit 2 TUE – 1997). Zgodnie z ust. 3 tego samego artykułu Unia korzysta z UZE przy implementacji decyzji i działań mających wpływ na kwestie wojskowe. Na mocy akapitu 3 wszystkie państwa (nawet te nie będące członkami UZE) mogły uczestniczyć w wykonywaniu wyżej wymienionych działań i decyzji. Deklaracja nr 3 dotycząca UZE dołączona do Traktatu z Amsterdamu zawierała deklarację Rady UZE z 22 lipca 1997, w której Rada UZE potwierdzała i rozbudowała swoje zobowiązania w odniesieniu do UE. Zmiany dotyczyły w zasadzie nowych instytucji: Jednostka Planowania i Wczesnego Ostrzegania utworzona na mocy Traktatu z Amsterdamu i składająca się m.in. z personelu UZE miała prawo korzystać z zasobów UZE (Komórki Planowania, Centrum Sytuacyjnego oraz Centrum Satelitarnego). Włączono również Komisję do kwestii dotyczących kontaktów z UZE. W kwestii zdolności operacyjnych UZE miała nadal rozwijać procedury i mechanizmy związane zarządzaniem kryzysowym oraz jednostki planistyczne oraz monitorujące sytuację międzynarodową, które uczestniczyły przy wykonywaniu operacji petersburskich. Na mocy decyzji Rady UZE z 12 września 1997 r. prezydencja UZE została zharmonizowana wraz z prezydencją z UE w ten sposób, że gdy prezydencja w UE była sprawowana przez jedno z państw – sygnatariuszy Zmodyfikowanego Traktatu Brukselskiego, wtedy to państwo sprawowało również prezydencję w UZE. Wszystkie uzgodnienia dotyczące

⁶⁵ R. Wessel, "The EU as Black Widow: Devouring the WEU to Give Birth to a European Security and Defence Policy" w: V. Kronenberger (red.), *The European Union and the International Legal Order – Discord or Harmony?*, Den Haag: TMC Asser Press, 2001, s. 411

wzajemnych relacji pomiędzy UZE i UE zostały uregulowane w Decyzji Rady z 1999 roku.⁶⁶

Proces przejmowania funkcji UZE przez UE rozpoczął się jednocześnie z decyzją o rozpoczęciu dyskusji w sprawie rozwoju komponentu militarnego UE. Przełomem była Deklaracja z Saint Malo z 1998,⁶⁷ która położyła podwaliny pod rozwój autonomicznych zdolności wojskowych UE. Konkluzje Rady Europejskiej w Kolonii z 3-4 czerwca 1999 roku⁶⁸ stanowią następny krok. W konkluzjach Rada Europejska stwierdziła, że Unia musi przejąć niektóre funkcje od UZE w celu samodzielnego decydowania o użyciu zdolności wojskowych. Rada została zatem upoważniona do decydowania również o środkach wojskowych. Raport załączony wskazywał na instytucje, które są Unii potrzebne do tego celu. Wspomniano m.in. o stałym organie złożonym z przedstawicieli państw członkowskich który byłby odpowiedzialny za kwestie wojskowe (Komitet Polityczny i Bezpieczeństwa), Komitecie Wojskowym UE (EU Military Committee) złożonym z ekspertów wojskowych, Sztabie Wojskowym UE (EU Military Staff) z Centrum Sytuacyjnym oraz Centrum Satelitarnym (Satellite Centre), a także Instytucie Studiów Strategicznych (Institute for Security Studies). Rada UZE przyjęła konkluzje Rady i zobowiązała się przygotować UZE do przejścia przez UE tych funkcji, które są konieczne do osiągnięcia przez UE samodzielných zdolności wojskowych.⁶⁹

Rada spotkała się po raz pierwszy w składzie ministrów ds. obrony w dniu 15 listopada 1999 roku.⁷⁰ Unia przejęła instytucje UZE Centrum Satelitarne oraz Instytut Studiów Strategicznych z dniem 31 grudnia 2001 roku, co zostało zapowiedziane w Raporcie Prezydencji omawianym podczas Rady Europejskiej w Nicei w dniach 7 – 10 grudnia 2000 r.⁷¹ Obydwie instytucje zaczęły funkcjonować w UE jako agencje, które zastąpiły swoje odpowiedniki ustanowione

⁶⁶ Council Decision 1999/404/CFSP concerning the arrangements for enhanced cooperation between the European Union and the Western European Union, Dz. Urz. WE z 19/06/1999, L 153, s. 1.

⁶⁷ British-French summit St Malo, Joint declaration on European defence, 3–4 grudnia 1998; M. Rutten, *From St-Malo to Nice. European defence: core documents*, Chailot paper, nr 47, maj 2001, ss. 8–9.

⁶⁸ Conclusions of the presidency, Cologne European Council, 3–4 czerwca 1999 roku; M. Rutten, *op. cit.*, ss. 41–45.

⁶⁹ WEU Council, Luxembourg Declaration, 22 – 23 listopada 1999, punkt. 4; M. Rutten, *op. cit.*, s. 67–76.

⁷⁰ R. Wessel, *The EU as Black Widow: Devouring the WEU to Give Birth to a European Security and Defence Policy*, *op. cit.*, s. 424.

⁷¹ Presidency Report on the European Security and Defence Policy, 14056/00, 30.11.2000.

w ramach UZE.⁷² UE przejęła również zobowiązania międzynarodowe UZE dotyczące misji policyjnej w Albanii.⁷³

Rada Europejska w Helsinkach z grudnia 1999 roku podjęła decyzję o utworzeniu wyżej wymienionych stałych struktur w Radzie odpowiedzialnych za kwestie wojskowe (Komitet Polityczny i Bezpieczeństwa, Komitet Wojskowy UE, Sztab Wojskowy UE). Jednocześnie odpowiednie instytucje UZE zostały zlikwidowane.⁷⁴ Na mocy konkluzji Rady państwa członkowskie zobowiązały się do ustanowienia do 2003 roku Sił Szybkiego Reagowania w liczbie 50 tysięcy – 60 tysięcy żołnierzy. Unia Europejska zyskiwała zatem własne siły wojskowe, którymi mogła dysponować oddzielnie od UZE.

Traktat nicejski został przyjęty w grudniu 2000 roku. Zawierał on zmiany, które rozdzieliły funkcjonalnie obydwie organizacje. Na mocy postanowień Traktatu zostało wykreślone z art. 17 TUE – 1997 odniesienie do konieczności korzystania przez UE z zasobów UZE przy implementacji decyzji i działań mających wpływ na kwestie wojskowe. Modyfikacje w art. 17 ust. 1 TUE – 2000 oznaczały, że UZE przestała być również traktowana jako integralna część rozwoju UE. Oznaczało to, że Unia zyskała pełną autonomię w decydowaniu w zakresie misji petersburskich.⁷⁵ Po tej dacie widać rozkwit misji wojskowych i cywilnych Unii Europejskiej.⁷⁶

UZE nie została jednak rozwiązana z tego względu, że nadal pełniła rolę sojuszu obronnego. Unia Europejska nie posiadała jeszcze wtedy odpowiedniej klauzuli, która zapewniałaby wzajemną pomoc i obronę w przypadku zbrojnego ataku. Ważne było również Zgromadzenie Parlamentarne, które stanowiło jedyne bezpośrednim forum wymiany poglądów na tematy bezpieczeństwa dla parlamentarzystów europejskich. Jego aktywność była jednak mocno ograniczona.

W listopadzie 2000 r. miała miejsce ostatnia Rada UZE na szczęblu Ministrów SZ. Od lipca 2001 r. decyzje Rady UZE (w formule 10 członków UZE) podejmowane były w trybie procedury pisemnej. Od 2002 r. państwa nie będące

⁷² Council Joint Action 2001/555/CFSP on the establishment of a European Union Satellite Centre, Dz. Urz. WE z 25.7.2001, L 200, s. 5, art. 23; Council Joint Action 2001/554/CFSP on the establishment of a European Union Institute for Security Studies, Dz. Urz. WE z 25 07 2001, L 200, s. 1, art. 20

⁷³ Presidency Report on the European Security and Defence Policy, 14056/00, 30.11.2000

⁷⁴ www.weu.int

⁷⁵ R. Wessel, *The State of Affairs in European Security and Defence Policy: The Breakthrough in the Treaty of Nice*, Journal of Conflict & Security Law, vol 8, nr 2, 2003, s. 274.

⁷⁶ Do 2009 roku zorganizowano 23 operacje wojskowe i cywilne: J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 269.

pełnymi członkami UZE nie opłacały składek do budżetu tej organizacji. Funkcjonowanie Rady UZE ograniczało się głównie do zarządzania organizacją. Spośród grup roboczych Rady UZE spotykały się wyłącznie dwie grupy robocze UZE (ds. budżetu i ds. administracyjnych). Nadal funkcjonował Sekretariat Generalny UZE, który obsługiwał jedyny faktycznie działający element UZE – Zgromadzenie Parlamentarne, spotykające się dwa razy w roku na sesjach plenarnych.

W momencie wejścia w życie Traktatu z Lizbony transfer funkcji pomiędzy UZE i UE został zakończony. Na mocy nowego art. 42 ust. 7 TUE – 2007 została ustanowiona klauzula wzajemnej obrony. Na jej podstawie gdy państwo członkowskie pada ofiarą agresji, zobowiązuje to pozostałe kraje do udzielenia mu pomocy wszelkimi dostępnymi środkami zgodnie z zasadami Karty Narodów Zjednoczonych oraz zobowiązaniami wynikającymi z członkostwa w NATO.

W tej sytuacji Deklaracja z 31 marca 2010 r. 10 państw członkowskich UZE⁷⁷ jednoznacznie rozstrzygnęła o dalszej przyszłości UZE. Z końcem czerwca 2011 r. UZE ostatecznie przestała funkcjonować w całym wymiarze. Zgodnie z sugestią dziesięciu państw członkowskich wymiar parlamentarny, jedyny filar UZE jeszcze funkcjonujący, powinien zostać zastąpiony wzmożonymi kontaktami parlamentów narodowych.

6. Sukcesja w Traktacie lizbońskim

Proces tworzenia Unii Europejskiej nie został zakończony w momencie wejścia w życie Traktatu z Nicei. Konieczność zagwarantowania większej roli obywateli UE w procesie decyzyjnym oraz przygotowanie Unii na wyzwania XXI wieku były głównym powodem rozpoczęcia prac nad kolejną reformą traktatową.⁷⁸

TL dokonuje wykreślenia art. 281 TWE – 2000 dotyczącego osobowości prawnej WE i dodaje art. 47 TUE – 2007 dotyczącego osobowości prawnej UE. Art. 1 TUE - 2007 przewiduje, że Unia Europejska jest sukcesorem tylko i wyłącznie w odniesieniu do Wspólnoty Europejskiej. Oznacza to, że WE przestała istnieć oraz że Unia Europejska utworzona na mocy TUE przejęła jej funkcje. W aspekcie proceduralnym oznaczałoby to kontynuację (domniemanej) podmiotowości UE oraz de facto wchłonięcie przez Unię Wspólnoty Europejskiej. W takim rozumieniu art. 1 TUE – 2007 jest rozumiany jako generalna podstawa sukcesji. Traktat nie określa skutków wygaśnięcia osobowości prawnomiędzy-

⁷⁷ www.weu.int

⁷⁸ J. L. Da Cruz Vilaca, *La constitution de l'Europe: mission inachevée*, (w:) *The Philip Morris Institute for Public Policy Research Discussion paper "L'Europe a-t-elle besoin d'une Constitution?"*, nr 10, czerwiec 1996, s. 11–17.

narodowej WE dla aktów prawnych przyjętych w jej ramach. Jest jedynie mowa o tym, że Unia Europejska jest sukcesorem prawnym WE.

W celu dalszej analizy charakteru sukcesji konieczne jest zbadanie konsekwencji tego procesu, które zostały opisane w Protokole nr 36 w sprawie postanowień przejściowych. Postanowienia tego Protokołu zawierają zasadę kontynuacji funkcjonowania dotychczasowych organów na podstawie poprzednich reguł do momentu przyjęcia odpowiednich dyspozycji na podstawie nowego traktatu.⁷⁹ W odniesieniu do aktów prawa to brak jest w Protokole ogólnego odniesienia do kontynuacji aktów prawnych. W tytule VII Protokołu jest natomiast opis dotyczący tylko i wyłącznie aktów przyjętych w ramach byłego II i III filara. Tekst art. 9 mówi, że akty instytucji, organów i jednostek organizacyjnych przyjętych na podstawie TUE – 2000 „zostaną utrzymane w mocy do czasu uchylenia, unieważnienia lub zmiany tych aktów w zastosowaniu Traktatów”. Ta sama zasada obowiązuje również konwencje zawarte pomiędzy państwami członkowskimi w ramach III filara. Utrzymane zostały również ograniczenia dotyczące jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości oraz uprawnień Komisji odnoszących się do skargi na niewykonanie postanowień traktatowych. Zastrzeżenia te będą jednak obowiązywać najpóźniej do momentu upływu 5 lat od wejścia w życie TL. Protokół wydawał się być konieczny z tego względu, że brak jest w nowym traktacie podstaw prawnych dla uprzednio obowiązujących specyficznych aktów prawnych w zakresie II i III filara. Oznaczałoby to zatem, że uprzednio przyjęte akty prawne zostałyby uchylone, gdyby nie wprowadzono odpowiedniej regulacji w tym zakresie.

W procesie sukcesji po wejściu w życie Traktatu z Lizbony należy wyróżnić dwa aspekty: aspekt podmiotowości prawnej Wspólnoty Europejskiej oraz Unii Europejskiej oraz aspekt materialny (*rationae materiae*) tych dwóch organizacji międzynarodowych. W warstwie podmiotowości prawnej osobowość prawna Wspólnot Europejskich wygasła, gdyż przestaje istnieć podstawa prawna w postaci art. 281 TWE – 2000, a także zostają wykreślone z tekstu wszelkie odniesienia do Wspólnot Europejskich (z wyjątkiem tych przejściowych). Następcą prawnym jest jednocześnie nowa Unia Europejska, która jest identyczna z UE opartą na TUE – 2000. W ten sposób doszło do przejęcia osobowości prawnomiędzynarodowej Wspólnoty przez Unię Europejską. W tym kontekście należy również wspomnieć o nocie werbalnej rozesłanej do państw trzecich w dniu 27 listopada 2009 r., w której przewodniczący Rady oraz Komisji informują, że po

⁷⁹ Przykładowo art. 7 Protokołu przewiduje, że do momentu przyjęcia przez Radę decyzji w sprawie składu Komitetu Ekonomiczno-Społecznego na podstawie art. 258 TWE – 2000 (nowy art. 301 TFUE), to Komitet będzie funkcjonował zgodnie ze składem podanym w tym artykule, który jest identyczny z tym sprzed wejścia TL w życie.

wejściu w życie TL Unia Europejska „będzie wykonywała wszelkie prawa i przejmie obowiązki Wspólnoty Europejskiej oraz będzie kontynuowała wykonywanie praw oraz przejmie obowiązki Unii Europejskiej.”⁸⁰ Ten sposób interpretacji ma również swoje potwierdzenie w przyjętym sposobie pracy nad reformą traktatową. Autorzy bowiem postanowili zachować TUE w jego wersji z 2000 roku po wprowadzeniu odpowiednich poprawek do tekstu. Prace nad TWE zostały zorganizowane inaczej. Podstawą dla negocjacji stał się bowiem TK, którego tekst został zmodyfikowany zgodnie z mandatem konferencji międzyrządowej.⁸¹

Pod względem materialnym można stwierdzić, że nowa Unia Europejska jest jednak identyczna z Wspólnotą Europejską opartą na TWE. Jej akty prawne bowiem nie przestają obowiązywać, a umowy międzynarodowe zawarte z podmiotami trzecimi nie wygasają. Wspólnota Europejska po TL nie przestaje także być członkiem organizacji międzynarodowych – zmianie ulega jedynie nazwa pod jaką występuje. Brak jest również zmian w odniesieniu do pracowników tej instytucji.⁸² W tej warstwie nie można zatem mówić o jakiegokolwiek zmianie statusu Wspólnoty Europejskiej. W aspekcie materialnym istnieje kontynuacja pomiędzy Wspólnotą Europejską a Unią Europejską. Całość dorobku prawnego Wspólnoty została zachowana, co oznacza, że nie doszło w tym przypadku do procesu sukcesji, lecz zastosowano zasadę kontynuacji prawa wtórnego. W tym kontekście należy uznać, że Traktat z Lizbony miał jedynie taki efekt, że dokonał tylko i wyłącznie zmiany nazwy aktów Wspólnoty Europejskiej na akty Unii Europejskiej.

Materialnie inna sytuacja występuje również na linii relacji pomiędzy Unią Europejską sprzed Traktatu z Lizbony i tą po wejściu tego traktatu w życie. Ponieważ Protokół ws. postanowień przejściowych przewiduje przejęcie wszystkich aktów ustanowionych w ramach II i III filara, wydaje się, że dorobek prawny Unii Europejskiej został uchylony. Konieczność przyjęcia ww. postanowień Protokołu wynika z naruszenia podstaw prawnych dla wydanych wcześniej aktów – Unia straciła prawo do wydawania wspólnych działań a zyskała prawo do wydawania decyzji przewidujących wspólne działania. Wydaje się jednak, że ten czynnik nie powinien być decydujący z tego względu, że większość aktów prawnych nowej Unii w zakresie II i III filara miała swoje odpowiedniki (różnica pomiędzy decyzją przewidującą wspólne działania a wspólnymi działaniami na mocy TUE – 2000 polega na nazwie). Za wyjątkiem kilku typów aktów prawnych skutki prawne tych aktów również w znacznej części pokrywały się (różnice pomiędzy dyrektywą a decyzją ramową). Można zatem stwierdzić po lekturze

⁸⁰ Tłumaczenie autora

⁸¹ J.-P. Jacqué, *Le Traité de Lisbonne: une vue cavalière*, Revue trimestrielle de droit européen, vol. 44, nr 3, lipiec wrzesień 2008, s. 441.

⁸² Informacja od urzędnika Komisji Europejskiej, 1 listopada 2010 r.

togo Protokołu, że dorobek Unii Europejskiej oraz sama Unia Europejska sprzed wejścia w życie TL została wchłonięta przez nową Unię Europejską – kontynuatorkę Wspólnoty Europejskiej.

Jednak fakt, że brak jest postanowień analogicznych do tych zawartych w TK, które przewidywały wyraźnie zastąpienie WE przez UE nie przesądza o charakterze sukcesji. Traktat z Lizbony nie określa sytuacji aktów prawnych przyjętych na podstawie TWE i w ramach Wspólnoty, ale wynika to z faktu, iż TL nie zawiera postanowienia uchylającego TWE w całości. TL jednak modyfikuje postanowienia TWE w dość znacznym stopniu, przenosząc de facto niektóre postanowienia z TWE do TUE lub je uchylając. Nie można jednak stwierdzić, że likwiduje on podstawę prawną dla większości decyzji podjętych w ramach TWE. Należy zauważyć, że podobny mechanizm został zastosowany przy okazji Traktatu amsterdamskiego. Tam jednak przewidziano zasadę kontynuacji w odniesieniu do aktów prawnych jak i postanowień poszczególnych przepisów, które zostały uchylone, co oznaczało m.in. że bieg terminów rozpoczętych przed wejściem w życie Traktatu nie został przerwany.⁸³

Na tej podstawie należy stwierdzić, że przy Traktacie z Lizbony doszło do zjawiska sukcesji. W warstwie podmiotowości prawnej istnieje identyczność pomiędzy Unią Europejską sprzed TL i po jego wejściu w życie. Nowa Unia Europejska wchłonęła przy tym podmiotowość prawną Wspólnoty Europejskiej. W warstwie materialnej stara UE uległa całkowitemu przekształceniu. Jej akty prawne przestały istnieć, ale na mocy Protokołu nr 36 zostały one utrzymane w mocy. Natomiast dorobek Wspólnoty pozostał nienaruszony i nadal obowiązuje bez żadnych zmian. Wynika z powyższego, że sukcesja zaszła tylko i wyłącznie na poziomie podmiotowości prawnej UE i WE. W warstwie merytorycznej można uznać, że stara Unia przeszła radykalną zmianę wewnętrzną, która jednak nie kwalifikuje się jako sukcesja z tego względu, że brak jest przeniesienia kompetencji oraz odrębności prawnej pomiędzy starą Unią i nową Unią. Stara Unia została jedynie wyposażona w nowe instrumenty prawne. Wspólnotowy dorobek prawny jest natomiast przejęty przez nową Unię na podstawie art. 1 TUE – 2007 czyli na podstawie sukcesji uniwersalnej.

Podsumowanie

Na wstępie wykazałem, że zjawisko sukcesji prawnomiędzynarodowej pomiędzy organizacjami międzynarodowymi wykazuje się pewną specyfiką

⁸³ Art. 10 traktatu amsterdamskiego

w stosunku do sukcesji państw. Na tym tle sukcesja w ramach Unii Europejskiej wykazuje również pewne unikalne cechy. Przede wszystkim, z przyczyn politycznych. Postulat połączenia wspólnot europejskich realizowano stopniowo. Wpierw połączono instytucje tych trzech organizacji. Jest to o tyle specyficzne, że w procesach łączenia się podmiotów powołanie wspólnych organów jest jednym z ostatnich etapów. Zwieńczeniem sukcesji był Traktat z Lizbony, który utworzył jednolitą Unię Europejską opierającą się na dotychczasowych traktatach. W mojej ocenie nowa Unia Europejska jest kontynuatorem Unii Europejskiej opartej na TUE sprzed wejścia w życie TL, natomiast rozwiązaniu uległy Wspólnoty Europejskie. Warto zatem zauważyć, że formalnie UE jako jednolita organizacja międzynarodowa powstała dopiero w 2007 roku, ale ten proces został zapoczątkowany już w 1957 roku, wraz z przyjęciem Konwencji o niektórych wspólnych instytucjach.

W aspekcie horyzontalnym można zauważyć, że sukcesja pomiędzy Unią Europejską/Wspólnotą Europejską a organizacjami trzecimi były oparte wyłącznie o procesy absorpcji. Doktryna jest zgodna, że Konwencja z Schengen nie ustanowiła oddzielnej organizacji międzynarodowej. Jednakże część autorów stwierdza, że funkcjonowanie tej Konwencji było zbliżone do reżimu organizacji międzynarodowej.⁸⁴ Nie można zatem jednoznacznie stwierdzić czy zjawisko sukcesji pomiędzy organizacjami międzynarodowymi wystąpiło w tym przypadku. Mniej wątpliwości wzbudza za to przejęcie funkcji przez UE od Unii Zachodnioeuropejskiej. W wyniku tego procesu UZE przestało istnieć w 2011 roku.

Na tej podstawie można wyróżnić następujące cechy sukcesji w ramach Unii Europejskiej. Przede wszystkim, w odróżnieniu od międzynarodowej praktyki proces ten był wieloetapowy i opierał się o postanowienia traktatów rewizyjnych. Sukcesja była oparta przede wszystkim na procesie absorpcji oraz łączenia (fuzji). Jej celem było utworzenie jednolitej organizacji międzynarodowej. W ramach sukcesji starano się zawsze zachować ciągłość *acquis communautaire*, poszczególnych instytucji, a także w kwestiach majątku oraz pracowników. Proces ten można podzielić na dwa kierunki – wertykalny (od wspólnot europejskich do UE) oraz horyzontalny (pomiędzy wspólnotami europejskimi/Unią Europejską a organizacjami trzecimi). W aspekcie wertykalnym sukcesja rozpoczęła się od późniejszego etapu, czyli od powołania wspólnych instytucji.

Nie można jasno określić stanu docelowego procesu integracji europejskiej. Wydaje się jednak, że proces integracji w ramach Unii Europejskiej nie został jeszcze zakończony. Sukcesja stała się ważnym instrumentem w procesie

⁸⁴ J. Klabbers, *An introduction to international institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 323 przypis 11.

integracji europejskiej i w przyszłości na pewno będzie jeszcze wykorzystywana. Nawet po TL w ramach Unii Europejskiej można zauważyć „blizny” występujące po dawnych filarach oraz nadal istniejącą rozdzielną między UE oraz Euratomem. Następny etap na drodze do tworzenia jednolitej organizacji międzynarodowej będzie najprawdopodobniej polegał na zniesieniu odrębności w jej ramach. Ponadto, po TL można się spodziewać, że sukcesja będzie odtąd przebiegała tylko i wyłącznie w kierunku horyzontalnym. Unia będzie zapewne przejmowała kolejne funkcje innych organizacji w zakresie np. utrzymania pokoju oraz w domenę gospodarczej.

SUCCESSION BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND EUROPEAN COMMUNITIES AS WELL AS OTHER INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

The history of European integration after the Second World War started in the 1951 with the creation of the European Coal and Steel Community. Further developments led to the establishment of the European Union. This article's main focus is the analysis of evolution of different European international organizations that brought about the creation of the European Union. The aim is to examine the succession between international organizations in the history of the European Union. This study tries to discern characteristics of succession between European international organizations which enabled the creation of the European Union in comparison with general principles of succession between international organizations.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stronie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.