

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Arbitraż krajowy na tle standardów międzynarodowych
- Sądowa kontrola postępowania arbitrażowego z perspektywy doświadczeń międzynarodowych
- Zakaz handlu ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka
- Cywilnoprawne znaczenie przebaczenia
- Pytanie o zasadność *causa* wspólnoty życiowej przy czynnościach przysparzających pomiędzy konkubentami
- Prawne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej przez fundacje
- Delegacja obowiązków a odpowiedzialność karna
- Sankcja karna a sankcja administracyjna jako środek przeciwdziałania manipulacji instrumentami finansowymi w wybranych krajach europejskich

1 (193)
2013

WARSZAWA 2013
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2012



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

**Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2012 r. z liczbą 6 punktów za publikację.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów
ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma
THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH)
internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© 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

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Marcin Aślanowicz

Warszawa

ARBITRAŻ KRAJOWY NA TLE STANDARDÓW MIĘDZYNARODOWYCH	7
1. Uwagi wstępne.....	7
2. Ustawa Modelowa – zakres i charakter wprowadzonych zmian	8
3. Ustawa Modelowa oraz kpc - wzajemne relacje pomiędzy sądownictwem arbitrażowym, a sądownictwem powszechnym	14
4. Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL – zagadnienia wybrane ..	18
5. Postępowanie według zasad UNCITRAL vs postępowanie przed sądem powszechnym.....	29
6. Uwagi końcowe	32
NATIONAL ARBITRATION IN LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS	33

mgr Monika Bareła

Uniwersytet Warszawski

SĄDOWA KONTROLA POSTĘPOWANIA ARBITRAŻOWEGO Z PERSPEKTYWY DOŚWIADCZEŃ MIĘDZYNARODOWYCH	35
I. Uwagi wstępne.....	35
II. Źródła prawa	40
III. Zakres badania wyroków sądów arbitrażowych przez sądy państwowe	44
IV. Przesłanki uchylenia wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy	51
V. Odmowa uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy	55
VI. Kwestie szczególne	58
VII. Problematyka wyłączenia uprawnienia sądu państwowego do kontroli wyroku sądu polubownego	59
JUDICIAL REVIEW OF ARBITRATION PROCEEDINGS IN LIGHT OF INTERNATIONAL PRACTICE	67

dr Milena J. Sokołowska-Walewska

Uniwersytet w Białymstoku

ZAKAZ HANDLU LUDŹMI Z PERSPEKTYWY SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA.....	69
I. Wprowadzenie.....	69
II. Podstawowe dokumenty regulujące prawa człowieka (odnoszące się do procederu handlu ludźmi w ogóle)	73
III. Podstawowe dokumenty regulujące prawa dziecka	82
IV. Podstawowe dokumenty regulujące prawa kobiet	95
V. Podsumowanie	98
PROHIBITION OF TRAFFICKING FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS	100

dr Magdalena Wilejczyk

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

CYWILNOPRAWNE ZNACZENIE PRZEBACZENIA	101
1. Charakter prawny przebaczenia.....	101
2. Przesłanki skuteczności przebaczenia	104
3. Formułowane w literaturze twierdzenia krytyczne odnoszące się do obowiązującej regulacji	105
4. Dalsze uwagi krytyczne, nawiązujące do argumentu, że przebaczenie nie musi oznaczać darowania kary	108
CIVIL LAW MEANING OF FORGIVENESS	112

dr Jakub M. Łukasiewicz

Uniwersytet Rzeszowski

PYTANIE O ZASADNOŚĆ CAUSA WSPÓLNOTY ŻYCIOWEJ PRZY CZYNNOŚCIACH PRZYSZPARZAJĄCYCH POMIĘDZY KONKUBENTAMI	113
Zagadnienia wstępne dotyczące tradycyjnej triady causarum.....	115
Przysporzenie z nienależnego świadczenia.....	122
Causa „wspólnoty życiowej”	126
A QUESTION CONCERNING THE CAUSA OF A LIFE COMMUNITY IN LEGAL INCREMENTAL ACTS BETWEEN COHABITEES	130

dr Joanna Dominowska

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

PRAWNE ASPEKTY PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ FUNDACJE	131
I. Wstęp	131
II. Podstawowe fakty o fundacjach i prowadzonej przez nie działalności gospodarczej	133
III. Zalety konstrukcji fundacji w prowadzeniu działalności gospodarczej.....	136
IV. Działalność gospodarcza fundacji a przywileje podatkowe.....	140
V. Podsumowanie	144
Streszczenie	144
LEGAL ASPECTS OF FOUNDATION'S BUSINESS ACTIVITY	145

dr Elżbieta Hryniewicz

Uniwersytet im. A. Mickiewicza, Poznań

DELEGACJA OBOWIĄZKÓW A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA	147
1. Wprowadzenie	147
2. Charakter odpowiedzialności a funkcje prawa karnego	148
3. Karnoprawne skutki podziału obowiązków w organach kolegialnych	152
4. Przekazanie części obowiązków podmiotowi zewnętrznemu	155
5. Przekazanie części obowiązków pracownikowi jednostki	157
6. Podsumowanie	161
DELEGATION OF RESPONSIBILITY AND CRIMINAL LIABILITY	163

dr Anna Błachnio-Parzych

Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa

SANKCJA KARNA A SANKCJA ADMINISTRACYJNA JAKO ŚRODEK PRZECIWDZIAŁANIA MANIPULACJI INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI W WYBRANYCH KRAJACH EUROPEJSKICH.....	165
I. Wprowadzenie	165
II. Sankcje grożące z tytułu manipulacji instrumentami finansowymi w Polsce	168
III. Sankcje grożące z tytułu manipulacji instrumentami finansowymi w wybranych krajach europejskich.....	169
IV. Wnioski	180
THE CRIMINAL SANCTION AND THE ADMINISTRATIVE SANCTION AS MEASURES TO COMBAT MARKET MANIPULATION IN SELECTED EU COUNTRIES	188
Informacje dla Autorów.....	189

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Marcin Aślanowicz ■

UNCITRAL – REGULAMIN I USTAWA MODELOWA

1. Uwagi wstępne¹

W 2006 roku UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law* – Komisja Międzynarodowego Prawa Handlowego Narodów Zjednoczonych) zmieniła i unowocześniła Ustawę Modelową (*UNCITRAL Model Law*) o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1985 roku. Pomimo że Ustawa Modelowa – stanowiąc alternatywę dla konwencji międzynarodowej – nie prowadzi do skutku ujednolicenia prawa (a więc stworzenia norm wspólnych, o identycznej treści dla poszczególnych państw)², to stanowi ona źródło prawa, na którym w szerokim zakresie opierają się systemy prawne w różnych jurysdykcjach. Jest ona jednocześnie aktem o olbrzymim znaczeniu dla formowania

¹ Niniejsze opracowanie stanowi treść referatu przygotowanego na konferencję naukową „Arbitraż krajowy na tle standardów międzynarodowych”, zorganizowaną w dniu 22 listopada 2012 roku przez Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Gospodarczej oraz Sąd Polubowny (Arbitrażowy) przy Związku Banków Polskich. Ze względu na ograniczone ramy referatu, niemożliwe było dokonanie pełnej analizy wszystkich sygnalizowanych w niniejszym opracowaniu zagadnień – siłą rzeczy przeprowadzony tutaj wywód jest więc istotnie ograniczony i odnosi się jedynie do wybranych zagadnień prawnych. Na wstępie warto także zwrócić uwagę, iż niektóre z przedstawionych uwag (np. odnośnie relacji Ustawy Modelowej do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego czy też postępowania arbitrażowego według zasad UNCITRAL wobec postępowania przed sądami powszechnymi) można odnieść ogólnie do postępowania prowadzonego przed sądami polubownymi, a nie jedynie do postępowania arbitrażowego prowadzonego zgodnie z zasadami UNCITRAL.

² Por. A. Szumański, (w:) P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL*, Warszawa 2011, s. 11, nb. 11.

nowoczesnych ustawodawstw arbitrażowych, w tym także ustawodawstwa polskiego³.

Przepisy polskiego Kodeksu postępowania cywilnego zostały dopasowane do Ustawy Modelowej (w jej oryginalnym brzmieniu z 1985 roku) w dniu 28 lipca 2005 roku, w wyniku dokonania odpowiedniej nowelizacji art. 1154–1217, która jednocześnie uchyliła dotychczasowe przepisy dotyczące sądu polubownego – tj. art. 695–715 kpc. Polski ustawodawca nie dostosował natomiast dotychczas w pełni regulacji kpc do zmian Ustawy Modelowej przyjętych w 2006 roku.

W dniu 29 czerwca 2010 roku została uchwalona przez UNCITRAL nowa wersja Regulaminu Arbitrażowego (dalej określony jako „Regulamin 2010”), opublikowana w języku angielskim w dniu 12 lipca 2010 roku (a następnie w pozostałych oficjalnych wersjach językowych UNCITRAL – tj. arabskiej, chińskiej, francuskiej, hiszpańskiej i rosyjskiej). Regulamin ten wszedł w życie w dniu 15 sierpnia 2010 roku oraz zastąpił poprzedni Regulamin Arbitrażowy z dnia 28 kwietnia 1976 roku, obowiązujący przez niemal 35 lat. Nowy Regulamin ma zastosowanie do umów arbitrażowych zawartych po dniu jego wejścia w życie, przy czym zgodnie z jego regulacją art. 1 ust. 2 domniemywa się, że strony umowy o arbitraż zawartej po 15 sierpnia 2010 roku odwołały się do aktualnej wersji Regulaminu (chyba że uzgodniły one stosowanie innej jego wersji).

Zmiany wprowadzone w ostatnich latach do Ustawy Modelowej oraz Regulaminu wskazują na znaczenie jakie UNCITRAL przywiązuje do dostosowania tworzonych przez siebie regulacji do wymogów obrotu prawnego oraz do zapewnienia nowoczesności i elastyczności proponowanych konstrukcji prawnych. Dzięki temu oba te akty prawne należy uznać za równie prekursorskie, co kluczowe dla międzynarodowego porządku arbitrażowego.

2. Ustawa Modelowa – zakres i charakter wprowadzonych zmian

Zakres zmian Ustawy Modelowej UNCITRAL przyjętych w 2006 roku jest przedmiotowo stosunkowo niewielki i polega na: dodaniu nowego przepisu art. 2A, zmianie regulacji art. 7 oraz dodaniu nowego rozdziału IVA. Przepisy te (a zwłaszcza zawarte w rozdziale IVA art. 17–17 J, dotyczące środków tym-

³ Zob. też A. Kąkolecki, P. Nowaczyk, (w:) A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*, t. 8, Warszawa 2010, s. 68.

czasowych i postanowień wstępnych) mają jednak bardzo istotne znaczenie systemowe. Ich pełne wdrożenie do prawa polskiego dobitnie rzutować będzie na praktykę obrotu, pozostaje więc mieć nadzieję, iż proces ten zostanie przeprowadzony stosunkowo szybko⁴.

Zgodnie z nową regulacją art. 2A, przy interpretowaniu Ustawy Modelowej należy wziąć pod uwagę jej międzynarodowe pochodzenie oraz potrzebę promowania jedności w jej zastosowaniu oraz zasady dobrej wiary. Pytania i wątpliwości dotyczące zagadnień nieuregulowanych wprost w Ustawie Modelowej będą rozstrzygane zgodnie z zasadami ogólnymi, na których oparta jest Ustawa Modelowa.

Wskazany przepis nakazuje więc ustawodawcy uwzględniać specyfikę związaną z implementacją do systemu krajowego ponadnarodowego modelu prawa, jak również wprowadzać to prawo w sposób umożliwiający i ułatwiający zachowanie jego międzynarodowego charakteru, jak również zgodnie z zasadami dobrej wiary. Co do zasad ogólnych, na których oparta jest Ustawa Modelowa, w doktrynie prawa przyjmuje się⁵, iż są to: równoprawne traktowanie stron sporu (art. 18), zasada właściwości składu orzekającego do orzekania o swojej kompetencji (art. 16) oraz zasada niezależności oraz bezstronności arbitra (art. 12).

Dokonana zmiana regulacji art. 7 Ustawy Modelowej polega na istotnym zliberalizowaniu wymaganej formy zapisu na sąd polubowny. Zgodnie z dotychczas obowiązującym brzmieniem tego przepisu, zapis (będący umową stron o poddanie pod arbitraż wszystkich lub określonych sporów, które powstały lub mogą między nimi powstać w związku z określonym stosunkiem prawnym, umownym lub nie) winien być zawarty na piśmie oraz mieć formę klauzuli arbitrażowej w umowie lub w formie oddzielnej umowy. Nowa regulacja szeroko normuje zaś cztery kwalifikowane sytuacje, w których forma pisemna uznawana jest za dochowaną (przy czym jedynie dwie z nich – unormowane w art. 7 ust. 4 i 5 – występowały już we wcześniejszym brzmieniu Ustawy Modelowej).

Zgodnie z art. 7 ust. 3 Ustawy Modelowej, treść zapisu może być zarejestrowana w dowolnej formie, niezależnie od tego, czy zapis na sąd polubowny lub umowa zostały zawarte ustnie, w sposób dorozumiany, czy w jakikolwiek inny sposób.

⁴ Por. M. Szymańska, *Regulacje UNCITRAL w zakresie zabezpieczenia roszczeń dochodzonych przed sądem arbitrażowym (polubownym) a prawo polskie*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 8/2008, s. 58.

⁵ Zob. A. Szumański, *Kierunki zmian ustawodawstwa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 1/2007, s. 53.

Także uzgodnienie zapisu w drodze komunikacji elektronicznej uznawane jest za wystarczające, przy czym za komunikację elektroniczną rozumie się każdą komunikację dokonywaną przez strony za pomocą przekazu danych – a więc informacji wygenerowanej, wysłanej, otrzymanej lub zachowanej za pomocą środków elektronicznych, magnetycznych, optycznych lub podobnych, włączając w to, lecz nie wyłącznie, elektroniczną wymianę danych (EDI), pocztę elektroniczną, telegram, telex lub telekopiarkę (art. 7 ust. 4).

Art. 7 ust. 5 uznaje jako wyrażony pisemnie zapis na sąd polubowny, jeżeli jest on zawarty w wymienionych przez strony pozwie oraz odpowiedzi na pozew, gdzie zaistnienie zapisu na sąd polubowny jest powoływane przez jedną ze stron i nie jest zaprzeczone przez drugą. Podobną konstrukcję wprowadza art. 7 ust. 6 Ustawy Modelowej, zgodnie z którym odwołanie do umowy lub innego dokumentu zawierającego klauzulę arbitrażową stanowi zapis na sąd polubowny na piśmie, jeśli odwołanie jest tego rodzaju, że czyni tę klauzulę częścią umowy. Niezależnie od tego, iż praktyczne zastosowanie obu tych regulacji (w przypadku ich transponowania do krajowych porządków prawnych) wydaje się być raczej ograniczone, to z pewnością należy je uznać – jako ułatwiające wszczęcie i prowadzenie postępowania arbitrażowego – jako zmianę idącą w dobrym kierunku.

Wprowadzona w 2006 roku zmiana Ustawy Modelowej wprowadza także opcję II brzmienia art. 7 – będącą wersją istotnie uproszczoną w stosunku do opcji I oraz wyłącznie definiującą zapis na sąd polubowny w sposób w pełni odpowiadający brzmieniu art. 7 ust. 1 zdanie pierwsze opcji I. Ma ona mieć zastosowanie w przypadku, gdy kwestie uregulowane w opcji I pozostają już uregulowane przepisami prawa krajowego, a co za tym idzie, nie ma potrzeby sięgania w tym zakresie do regulacji Ustawy Modelowej.

W nowym rozdziale IVA Ustawy Modelowej (zatytułowanym „Środki tymczasowe i postanowienia wstępne”, obejmującym łącznie 11 artykułów pogrupowanych w 5 działach) dokonano zmiany treści art. 17 (odnoszącego się do uprawnień zespołu orzekającego do stosowania środków tymczasowych), warunków stosowania tychże (art. 17A), jak również dotyczącą zarządzeń wstępnych (dział 2), kwestii wspólnych dotyczących środków zabezpieczających oraz zarządzeń wstępnych (dział 3), uznania i wykonania środków tymczasowych (dział 4) oraz środków tymczasowych stosowanych przez sąd (dział 5).

Dotychczasowa regulacja Ustawy Modelowej dotycząca środków tymczasowych pozostawała lakoniczna i ograniczała się do przyznania zespołowi orzekającemu prawa do zastosowania takiego środka w sytuacji, w której zespół orzekający uzna to za celowe z punktu widzenia przedmiotu sporu. Art. 17 Ustawy Modelowej we wcześniej obowiązującym brzmieniu przyznawał także

zespółowi orzekającemu prawo nałożenia na stronę żądającą wydania środka tymczasowego zobowiązania zabezpieczenia w postaci kaucji.

Nowa regulacja Ustawy Modelowej dotycząca środków tymczasowych została istotnie rozbudowana. Przede wszystkim art. 17 ust. 1 przyznaje zespołowi orzekającemu prawo do zastosowania na wniosek strony (o ile strony nie postanowiły inaczej) środka tymczasowego⁶. Art. 17 ust. 2 wprowadza natomiast definicję legalną środka tymczasowego, definiując go jako środek o charakterze czasowym, niezależnie od tego, czy zastosowany w formie wyroku czy w innej formie, na podstawie którego – w dowolnym czasie przed wydaniem wyroku ostatecznie rozstrzygającego spór – zespół orzekający wydaje nakaz wobec strony. Jednocześnie wprowadzony został zamknięty katalog środków tymczasowych, mogących być zastosowanych przez zespół orzekający, a obejmujący: utrzymanie lub przywrócenie *status quo* do czasu rozstrzygnięcia sporu; podjęcie działania zapobiegającego lub powstrzymania się od działań, które mogą obecnie lub w przyszłości wyrządzić szkodę lub uszczerbek dla samego postępowania arbitrażowego; zapewnienie środka zabezpieczającego składniki majątkowe, z których przysły wyrok może być zaspokojony; jak również zabezpieczenie dowodów, które mogą być relewantne lub istotne dla rozstrzygnięcia sporu. Katalog powyższy pozostaje stosunkowo zbliżony do katalogu sposobów zabezpieczenia roszczeń przewidzianego w art. 747 kpc oraz w art. 755 par. 1 kpc (pomimo otwartego charakteru tego ostatniego) oraz daje on zespołowi orzekającemu szeroki wachlarz instrumentów zabezpieczających interesy wnioskodawcy.

Art. 17 A Ustawy Modelowej wprowadza konieczność zastosowania przez zespół orzekający przed wydaniem postanowienia o wydaniu środka tymczasowego tzw. „testu proporcjonalności”⁷. Polega on na weryfikacji, czy: ewentualny brak zastosowania środka może skutkować powstaniem szkody niedającej się dostatecznie naprawić poprzez zasądzenie odszkodowania oraz czy w przypadku zastosowania środka szkoda taka znacząco przewyższa szkodę, która może

⁶ Przepis ten jest odzwierciedlony w art. 1181 par. 1 zdanie pierwsze kpc, zgodnie z którym „jeżeli strony nie uzgodniły inaczej, sąd polubowny na wniosek strony, która uprawdopodobniła dochodzone roszczenie, może postanowić o zastosowaniu takiego sposobu zabezpieczenia, który uzna za właściwy ze względu na przedmiot sporu”. Regulacja ta stanowi istotną zmianę w stosunku do stanu prawnego obowiązującego w polskim systemie prawnym przed nowelizacją kpc na mocy ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku oraz rozwiązuje szereg wcześniej istniejących problemów prawnych, zob. też L. Łabędzki, *Zabezpieczenie roszczenia w postępowaniu polubownym*, „Radca Prawny” nr 4/2003, s. 127 i nast.

⁷ Zob. A. Szumański, *Kierunki zmian ustawodawstwa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 1/2007, s. 54.

być poniesiona przez stronę, wobec której środek jest stosowany; jak również sprawdzeniu, czy istnieje uzasadniona możliwość, że strona żądająca zabezpieczenia wygra spór co do meritum.

W dziale 2 omawianego rozdziału IVA Ustawy Modelowej przyjęto regulację umożliwiającą stronie (o ile strony nie postanowią inaczej) złożenie wniosku o zastosowanie środka tymczasowego wraz z wnioskiem o wydanie zarządzenia wstępnego zobowiązującego stronę do powstrzymania się od udaremnienia celu wnioskowanego środka tymczasowego. Takie zarządzenie wstępne będzie wydane przez zespół orzekający, jeśli w jego ocenie uprzednie ujawnienie złożonego wniosku może powodować udaremnienie celu tego środka.

Art. 17 C Ustawy Modelowej szczegółowo określa procedurę związaną z wydawaniem zarządzeń wstępnych. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, niezwłocznie po podjęciu rozstrzygnięcia przez zespół orzekający w przedmiocie zarządzenia wstępnego, zespół orzekający powiadamia o tym wszystkie strony wniosku o zastosowanie środka tymczasowego, wniosku o wydanie zarządzenia wstępnego, samego zarządzenia wstępnego, jeśli zostało wydane, oraz wszelkiej innej korespondencji, w tym komunikacji w formie ustnej pomiędzy stronami i zespołem orzekającym, pozostającymi w związku z tym zarządzeniem. Jednocześnie (por. ust. 2) zespół orzekający umożliwia stronom przedstawienie swojej sprawy w możliwie jak najwcześniejszym terminie, jak również (por. ust. 3) rozpatruje wszystkie zarzuty wniesione przeciwko zarządzeniu wstępnemu.

Duże znaczenie praktyczne ma regulacja zawarta w art. 17 C ust. 4 i 5. Przepisy te podkreślają ich tymczasowy charakter – zarządzenia wstępne wygasają bowiem w ciągu 20 dni od dnia wydania przez zespół orzekający. Jednocześnie, zarządzenie wstępne wydane przez zespół orzekający ma moc obowiązującą jedynie wobec stron, lecz nie podlega wykonaniu przez sąd powszechny i nie stanowi wyroku.

W dziale 3 rozdziału IVA Ustawy Modelowej zawarte zostały przepisy wspólne dotyczące środków zabezpieczających i zarządzeń wstępnych. Regulacja ta normuje zasady dotyczące możliwości zmiany, zawieszenia lub uchylenia zastosowanego środka tymczasowego (art. 17 D)⁸, uprawnienia zespołu orzekającego do żądania udzielenia odpowiedniego zabezpieczenia przez stronę występującą o zastosowanie środka tymczasowego (art. 17 E)⁹, uprawnienia zespołu orzekającego do żądania ujawnienia wszelkich istotnych zmian okoliczności, w oparciu o które strona wnosiła o zastosowanie środków tymczasowych i korespondującą z tym obowiązku ujawnienia przez stronę występującą o wy-

⁸ Odpowiednik tego przepisu stanowi art. 742 kpc.

⁹ Por. art. 739 koc, zob. też art. 295 par. 2 ksh.

danie zarządzenia wstępnego (art. 17 F)¹⁰, jak również odpowiedzialności strony występującej o zastosowanie środka tymczasowego lub wydanie zarządzenia wstępnego za wszelkie koszty i szkody którejkolwiek ze stron, spowodowane przez ten środek lub zarządzenie, w przypadku późniejszego uznania przez zespół orzekający, że środek lub zarządzenie nie powinny być zostać udzielone w ówczesnych okolicznościach (art. 17 G)¹¹.

Przepisy działu 4 rozdziału IVA Ustawy Modelowej normują zagadnienia uznania i wykonania środków tymczasowych (art. 17 H), jak również warunków odmowy tegoż uznania i wykonania (art. 17 I). Celem wprowadzenia wskazanych postanowień jest zapewnienie wiążącego charakteru środków tymczasowych zastosowanych przez zespół orzekający w każdym przypadku nie objętym enumeratywnie wyliczonymi wyłączeniami określonymi w art. 17 I pkt 1 lit. (a) – (b) Ustawy Modelowej.

Bardzo istotne znaczenie – zarówno w aspekcie konstrukcyjno-prawnym, jak i przedmiotowym – ma regulacja art. 17 J, zawarta w dziale 5 rozdziału IVA Ustawy Modelowej. Przepis ten potwierdza bowiem równoległe kompetencje odnośnie stosowania środków tymczasowych ze strony zespołu orzekającego oraz ze strony sądu powszechnego, podkreślając równe prawo tego ostatniego do stosowania środków tymczasowych w związku z postępowaniem arbitrażowym, niezależnie od tego, czy miejsce tego postępowania znajduje się na terytorium państwa, jeżeli ma ono związek z postępowaniem toczącym się przed sądem. Sąd powszechny wykonuje przy tym swoje uprawnienia zgodnie z obowiązującą go procedurą, mając na względzie szczególny charakter międzynarodowego postępowania arbitrażowego.

Mając na względzie brzmienie art. 17 J Ustawy Modelowej oraz dopuszczalny scenariusz równoległego toczenia się postępowania zabezpieczającego przed sądem powszechnym oraz sądem polubownym, nie można wykluczyć wydania przez każdy z tych sądów odmiennych postanowień w przedmiocie zabezpieczenia. Jak podkreśla się bowiem¹², odmienne są przesłanki

¹⁰ Przepis ten nie znajduje swojego bezpośredniego odpowiednika w regulacji kpc, niewielkie podobieństwo konstrukcji prawnej można natomiast starać się wywieść z art. 742 par. 1 kpc. W przypadku podniesienia przez obowiązanego żądania uchylenia lub zmiany prawomocnego postanowienia, którym udzielono zabezpieczenie, gdy odpadnie lub zmieni się przyczyna zabezpieczenia, uprawniony w replice zobowiązany będzie bowiem do przedstawiania aktualnych okoliczności mających podstawę do udzielenia zabezpieczenia, a nie okoliczności według stanu na dzień wniesienia oryginalnego wniosku o udzielenie zabezpieczenia.

¹¹ Por. art. 746 kpc.

¹² Zob. szerzej M. Kocur, *Zabezpieczenie roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym*, „MOP” nr 15/2006, s. 799 i nast., wraz z powołaną tam literaturą.

ustanowienia zabezpieczenia w obu tych postępowaniach, a jednocześnie ewentualne wydanie postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia (niezależnie od tego, czy byłoby to postanowienie oddalające, czy też uwzględniające wniosek o jego udzielenie) nie będzie stanowiło przeszkody do następczego wydania postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia o odmiennej treści. W konsekwencji, w obrocie funkcjonować mogą równolegle – różniące się od siebie – postanowienia wydane przez sąd powszechny oraz przez sąd polubowny. Taki stan rzeczy nie powinien jednak budzić zastrzeżeń natury systemowej, a to choćby z tego względu, iż analogiczna sytuacja może powstać w przypadku wydania odmiennych postanowień dotyczących zabezpieczenia tymczasowego przez dwa sądy powszechne¹³.

W zakresie nie opisanym powyżej, aktualność zachowuje Ustawa Modelowa w swoim oryginalnym brzmieniu przyjętym w 1985 roku.

3. Ustawa Modelowa oraz kpc – wzajemne relacje pomiędzy sądownictwem arbitrażowym a sądownictwem powszechnym

Przepisy art. 1154–1217 Kodeksu postępowania cywilnego opierają się na brzmieniu Ustawy Modelowej w wersji z 1985 roku. Regulacja polska podobna jest przez to do unormowań dotyczących sądownictwa polubownego opierających się na Ustawie Modelowej i obowiązujących w wielu innych nowoczesnych systemach prawnych, jak choćby we Francji czy w Niemczech¹⁴.

Analiza wszelkich istotnych zagadnień prawnych związanych z regulacją części piątej kpc istotnie wykraczałaby poza ramy niniejszej publikacji. W związku z tym, poniżej przedstawione zostanie jedynie kilka uwag odnoszących się do wzajemnych relacji pomiędzy sądownictwem arbitrażowym a sądownictwem powszechnym, na gruncie obecnie obowiązujących przepi-

¹³ Tego rodzaju sytuacja może się przykładowo zdarzyć w sporze wynikającym ze stosunku najmu, w razie wniesienia wniosku o udzielenie zabezpieczenia tymczasowego jednocześnie do sądu właściwego ze względu na siedzibę pozwanego (zgodnie z art. 30 kpc) oraz do sądu właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości (zgodnie z art. 37 kpc).

¹⁴ Także wiele innych państw wywodzących, z różnych tradycji prawnych (jak np. Australia, Azerbejdżan, Bahrajn, Białoruś, Bułgaria, Chile, Egipt, Rosja, Filipiny, Grecja, Hiszpania, Iran, Kenia, Litwa, Meksyk, Węgry, Ukraina, a także szereg stanów amerykańskich) przyjęło, w różnym stopniu, rozwiązania wynikające z Ustawy Modelowej, por. R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183(1)–183 (15), 1154–1217 kpc)*, Warszawa 2006, s. 105.

sów¹⁵. Relacje te warto zaś przede wszystkim analizować na dwóch płaszczyznach – tj. polegającej na współdziałaniu i udzielaniu tzw. pomocy oraz na wykonywaniu czynności kontrolno–nadzorczych¹⁶.

Czynności polegające na współdziałaniu sądów powszechnych z sądami polubownymi oraz udzielaniu sądom polubownym pomocy przez sądy powszechne służą zapewnieniu należytego i sprawnego działania sądu polubownego oraz niezakłóconego przebiegu postępowania przed tym sądem¹⁷. W tej grupie czynności zawarte są uprawnienia sądów powszechnych określone w art. 1166, art. 1171 par. 2, art. 1172, art. 1173, art. 1177 par. 2, art. 1178 par. 2, art. 1192 oraz art. 1204 par. 1 i 3 kpc.

Art. 1166 kpc (odpowiadający art. 17 J Ustawy Modelowej¹⁸) statuuje możliwość zabezpieczenia przez sąd powszechny roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym (również gdy miejsce postępowania znajduje się poza granicami Polski lub nie jest oznaczone), pomimo poddania sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Pomimo iż właściwość sądu powszechnego do udzielenia zabezpieczenia roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym wynika także z ogólnej regulacji art. 730 par. 1 kpc¹⁹, unormowanie art. 1166 kpc – odnoszące się wprost do wzajemnego ukształtowania relacji pomiędzy sądem powszechnym i sądem polubownym – z pewnością sprzyja pewności obrotu.

Regulacja art. art. 1171 par. 2, art. 1172, art. 1173, art. 1177 par. 2 oraz art. 1178 par. 2 kpc (odpowiadająca art. 11–15 Ustawy Modelowej) dotyczy szeregu zagadnień związanych z powoływaniem, odwoływaniem i wyznaczeniem arbitrów sądów polubownych. Warto podkreślić, iż w każdym z przypadków do których odnoszą się powołane tu przepisy, sąd powszechny wszczyna

¹⁵ Niniejszy wywód przedstawiony został w oparciu o odpowiednie przepisy kpc oraz korespondujące z nimi postanowienia Ustawy Modelowej. Wskazać w tym miejscu należy, iż z analizowanych przepisów jedynie kilka – tj. art. 1204 kpc (odnoszący się do płaszczyzny współdziałania sądów powszechnych i sądów polubownych) oraz art. 1165 kpc (odnoszący się do kontrolno–nadzorczej roli sądów powszechnych) – nie znajduje swojego oparcia wprost w regulacji Ustawy Modelowej, jednocześnie nie pozostając jednak z nią w sprzeczności.

¹⁶ Tak trafnie Ł. Błaszczak, *Nadzór sądu powszechnego nad działalnością sądu polubownego* (cz. I), Prawo Spółek nr 3/2006, s. 35 i nast., zob. też T. Ereciński, *Arbitraż a sądownictwo państwowe*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 2/1994, s. 2 i nast.

¹⁷ T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 58.

¹⁸ Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na zgodność regulacji art. 1166 Kpc z art. 17 J Ustawy Modelowej w brzmieniu z 2006 roku, i to pomimo

¹⁹ Por. M. Ullasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1549, nb. 1.

postępowanie na wniosek strony, nigdy zaś z urzędu. Taka konstrukcja prawna potwierdza pomocniczy charakter analizowanych kompetencji sądu powszechnego wobec uprawnień sądu polubownego.

Fundamentalne znaczenie praktyczne ma art. 1192 kpc (odpowiadający art. 27 Ustawy Modelowej), zgodnie z którym sąd polubowny może zwrócić się do sądu powszechnego o przeprowadzenie dowodu lub dokonanie innej czynności, której sąd polubowny nie może dokonać. Mając na uwadze, iż dla przebiegu i rozstrzygnięcia sprawy dowód z zeznań świadków lub biegłych czy też przesłuchania stron odgrywa często kluczową rolę, a sąd polubowny nie ma prawa stosowania wobec tych osób środków przymusu gwarantujących skuteczne przeprowadzenie dowodu, pomoc sądu powszechnego w omawianym zakresie wielokrotnie okazuje się niezbędną dla należytej oceny wzajemnych praw i roszczeń stron przez zespół orzekający. W tym kontekście rodzi się jednak istotne pytanie – tj. czy sąd powszechny ma obowiązek zastosowania się do wezwania sądu polubownego i musi przeprowadzić wnioskowaną czynność, czy też może sądowi polubownemu odmówić pomocy. Wykładnia celowościowa omawianego przepisu skłania do wniosku, iż możliwość odmowy pomocy przez sąd powszechny mogłaby mieć miejsce jedynie w szczególnych przypadkach – np. gdyby wnioskowana czynność była sprzeczna z prawem lub miała na celu wyrządzenie szkody osobie trzeciej²⁰.

Art. 1204 kpc, nakładający na sąd polubowny obowiązek złożenia w sądzie powszechnym akt sprawy wraz z oryginałem wyroku, jak również uprawniający sąd powszechny do wglądu w archiwa własne stałych sądów polubownych, ma charakter przede wszystkim techniczno-organizacyjny.

Czynności kontrolno-nadzorcze sądów powszechnych nad sądami polubownymi mają na celu zapewnienie prawidłowości przebiegu postępowania przed sądem polubownym oraz badanie legalności rozstrzygnięcia wydanego przez ten sąd. Do tej grupy czynności należy zaliczyć uprawnienia sądów powszechnych wynikające z regulacji art. 1165, art. 1176 par. 2 i 4, art. 1180 par. 3, art. 1205 oraz art. 1212 i nast. kpc.

Art. 1165 kpc wprowadza prawo sądu powszechnego do badania prawidłowości zapisu na sąd polubowny, w razie wniesienia sprawy dotyczącej sporu objętej tym zapisem (choć w ograniczonym zakresie – gdyż jedynie w razie podniesienia przez pozwanego lub uczestnika postępowania nieprocesowego

²⁰ Zob. też Ł. Błaszczak, *Sąd polubowny a sąd powszechny – określenie wzajemnych relacji w świetle przepisów kodeksu postępowania cywilnego*, „Ius et Administratio” 2006 numer specjalny (red. B. Sagan), s. 20 i powołana tam literatura, zwłaszcza M. A. Myrcha, *Sady polubowne w prawie kanonicznym*, Studium prawno-porównawcze, Lublin 1948, s. 178.

zarzutu zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy). Uprawnienie o podobnym charakterze wprowadza także regulacja art. 1180 par. 3 Kpc (por. art. 16 ust. 3 Ustawy Modelowej), zgodnie z którą sąd powszechny rozstrzyga o zarzucie braku właściwości sądu polubownego, w razie wydania przez sąd polubowny postanowienia o oddaleniu takiego zarzutu oraz złożenia przez którąkolwiek ze stron wniosku o rozstrzygnięcie przedmiotowej kwestii przez sąd powszechny.

Art. 1176 Kpc (odpowiadający art. 6 Ustawy Modelowej) – dopuszczający określenie przez strony trybu postępowania o wyłączenie arbitra – przewiduje możliwość ingerencji sądu powszechnego w dwóch przypadkach: tj. jeżeli w terminie miesiąca od dnia, w którym strona zgłosiła do sądu polubownego żądanie wyłączenia arbitra w trybie określonym przez strony, arbiter nie zostanie wyłączony (par. 2) oraz jeżeli w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym doręczono arbitrowi zawiadomienie o żądaniu jego wyłączenia, arbiter ten nie ustąpi lub nie zostanie odwołany na mocy zgodnych oświadczeń stron złożonych na piśmie (par. 4). W obu tych przypadkach strona żądająca wyłączenia może wystąpić (w terminie następnych dwóch tygodni od, odpowiednio, niewyłączenia lub nieodwołania arbitra), do sądu powszechnego z wnioskiem o wyłączenie arbitra.

Pomimo iż w doktrynie prawa silnie zarysowany jest pogląd o zaliczeniu czynności określonych w art. 1176 Kpc do grupy polegających na udzielaniu pomocy sądom polubownym²¹, przyjąć raczej należy, iż mieszczą się one w drugiej z omawianych tu kategorii. Charakter uprawnień sądu powszechnego nie różni tu się bowiem od charakteru pozostałych analizowanych uprawnień tego typu, w których sąd powszechny rozstrzyga o materii odnoszącej się do podstawowych zasad funkcjonowania sądu polubownego.

Najdalej idącym uprawnieniem kontrolno-nadzorczym sądu powszechnego nad sądem polubownym pozostaje te wynikające z regulacji art. 1205 Kpc (odpowiadającemu art. 34 ust. 1 Ustawy Modelowej), przyznające sądowi powszechnemu prawo do uchylenia wyroku sądu polubownego, w razie wniesienia skargi o jego uchylenie przez stronę postępowania przed sądem polubownym. Wąska, enumeratywnie wyliczona w art. 1206 Kpc (art. 34 ust. 2 Ustawy Modelowej) lista przesłanek mogących stanowić podstawę skargi zbliża ją konstrukcyjnie do skargi o wznowienie postępowania²², czyniąc ją przez to nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia rozstrzygnięć zapadłych w toku postępowania przed sądem polubownym.

²¹ Por. T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 59 wraz z powołaną tam literaturą.

²² Tak trafnie K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. III, *Komentarz*, Warszawa 2007, s. 313, nb. 10.

Stosunkowo podobny charakter – choć co do zasady zmierzający raczej do potwierdzenia formalnej poprawności orzeczenia wydanego przez sąd polubowny – mają uprawnienia sądu powszechnego określone w art. 1212 i nast. Kpc (art. 35–36 Ustawy Modelowej), na mocy których sąd powszechny orzeka o uznaniu lub stwierdzeniu wykonalności wyroku sądu polubownego.

4. Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL – zagadnienia wybrane

Powszechnie przyjmuje się, iż Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL zawiera najnowocześniejsze zasady prowadzenia międzynarodowych postępowań arbitrażowych²³. Jest on wykorzystywany przede wszystkim w międzynarodowych arbitrażach *ad hoc*, ale także w arbitrażach krajowych, jak również w arbitrażach administrowanych przez różne stałe instytucje arbitrażowe. Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL jest przy tym jednym z najczęściej wykorzystywanych na świecie regulaminów arbitrażowych, a co więcej – pomimo że został pierwotnie skonstruowany dla arbitrażu handlowego – pozostaje on drugim regulaminem pod względem zastosowania w sporach pomiędzy inwestorami i państwami, po Zasadach ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*²⁴.

Analiza całości Regulaminu bądź też choćby wszystkich jego kluczowych postanowień jest oczywiście w ramach niniejszej publikacji niemożliwa²⁵.

²³ Por. T. Szurski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy (sądownictwo polubowne w międzynarodowych stosunkach handlowych)*, „Radca Prawny” nr 1/2003, s. 77.

²⁴ Por. M. Szymańska, *Zmiany Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL – aktualny stan prac*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 6/2008, s. 117. Autorka ta wskazuje przy tym, iż Zasady ICSID zostały w roku 2006 unowocześnione, wprowadzając większą przejrzystość i możliwość udziału stron trzecich w postępowaniach między inwestorami i państwami – w trend ten wpisują się także zmiany do Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL wprowadzone w 2010 roku.

²⁵ Interesującą analizę kluczowych postanowień Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL przedstawia M. Tomaszewski, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL 2010*, „e-Przegląd Arbitrażowy”, nr 3/2010, s. 5 i nast. P. Nowaczyk, będący członkiem polskiej delegacji na sesję UNCITRAL w sprawie przygotowania Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL, wskazuje czternaście najważniejszych zmian między tekstem „nowym” a „starym” Regulaminu (odnosząc się do art. 1, 2, 4, 6, 7, 11–13, 16, 17 pkt 5, 26, 27, 28, 35 oraz 41), por. P. Nowaczyk, *Nowy Regulamin UNCITRAL od kuchni*, „e-Przegląd Arbitrażowy” nr 3/2010, s. 19 i nast. O stanie i przebiegu prac nad projektem zmian do Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL zob. też m.in. M. Szymańska, *Zmiany Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL – aktualny stan prac*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 6/2008, s. 115 i nast. oraz M. Szymańska, *Zmiana Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL – rezultaty 52 sesji Grupy Roboczej*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 2/2010, s. 60 i nast.

Mając to na uwadze, poniżej pokrótce omówione zostaną jedynie wybrane kwestie związane z praktycznym stosowaniem Regulaminu, tj. zagadnienie poufności vs jawności postępowania arbitrażowego, formy umowy o arbitraż, organu powołującego i wyznaczającego oraz wyłączenia i zastępowania arbitrów.

I. Poufność czy jawność postępowania arbitrażowego

Zgodnie z art. 28 ust. 3 Regulaminu Arbitrażowego 2010, rozprawy arbitrażowe odbywają się przy drzwiach zamkniętych, o ile strony nie postanowią inaczej. Regulacja ta wpisuje się w ogólną tendencję poufności postępowania arbitrażowego, choć regulaminy poszczególnych sądów arbitrażowych przewidują odmienne unormowania i inaczej rozkładają akcenty w tym zakresie. Dla porównania wskazać tu można postanowienie art. 22 pkt 3 Regulaminu Arbitrażowego Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (*International Chamber of Commerce – ICC*), na podstawie którego zarządzenia dotyczące poufności prowadzonego postępowania arbitrażowego dokonywane są przez zespół orzekający na wniosek stron.

Bliźniaczą wobec siebie regulację omawianej kwestii wprowadzają regulaminy największych polskich stałych sądów arbitrażowych – tj. Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie oraz Sądu Arbitrażowego przy Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan. W obu przypadkach stwierdza się²⁶, iż rozprawa jest niejawna. W postępowaniach prowadzonych przed oboma wskazywanymi sądami, w posiedzeniach mogą brać udział jedynie osoby wezwane oraz nie więcej niż dwie osoby wskazane przez każdą ze stron (przy czym w przypadku Sądu Arbitrażowego przy KIG na obecność tych osób zgodę musi wyrazić Zespół Orzekający). Na posiedzeniu mogą być również obecni wybrani przedstawiciele Sądu (w przypadku Sądu Arbitrażowego przy KIG – Prezes Sądu, Sekretarz Generalny Sądu i członkowie Rady Arbitrażowej, zaś w przypadku Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan – osoby spośród członków Komitetu Arbitrażowego lub Komitetu Nominacyjnego). Nieco bardziej liberalny pozostaje Regulamin Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, zgodnie z którym za zgodą stron i Zespołu Orzekającego w posiedzeniu mogą brać również udział inne osoby (bez wprowadzenia ograniczeń co do ich liczby).

²⁶ Por. par. 36 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG oraz par. 45 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan.

W doktrynie prawa wskazuje się, iż poufność postępowania arbitrażowego uznawana jest za jedną z zalet międzynarodowego arbitrażu handlowego, może jednak także stanowić jego wadę²⁷. Poufność może bowiem sprzyjać naruszeniu etycznych i moralnych zasad postępowania, gdyż jego niepubliczny charakter wpływa na zwiększenie stawianych zarzutów działania w złej wierze, nieprawdziwości oświadczeń, niekompetencji²⁸. Z drugiej jednak strony, ewentualna jawność prowadzonego postępowania mogłaby doprowadzić do naruszenia tajemnic handlowych czy tajemnic przedsiębiorstwa stron sporu.

Próba zrównoważania interesów przemawiających za poufnością oraz interesów przemawiających za jawnością postępowania arbitrażowego jest zadaniem niezmiernie trudnym. Wydaje się, iż zasadnym mogłoby być przyjęcie pewnego kompromisu polegającego na przyjęciu zasady odbywania rozpraw przy drzwiach otwartych, jeżeli za odbyciem rozprawy przy drzwiach zamkniętych nie będzie przemawiał ważny interes strony, w tym w szczególności ryzyko ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Za pewien punkt odniesienia takiego unormowania można by uznać obowiązujące przepisy Kpc (art. 9, 148, 153), które gwarantują stronom ochronę ich ważnych interesów w tym zakresie, przy zachowaniu ogólnej zasady jawności postępowania.

W powyższym kontekście warto wskazać, iż tendencję zmierzającą do rozszerzenia jawności postępowania arbitrażowego dostrzec można zarówno w regulaminach międzynarodowych instytucji arbitrażowych²⁹, jak i w międzynarodowym arbitrażu inwestycyjnym³⁰, przy czym tendencja ta daje się zauważyć w wielu – tak wielostronnych, jak i dwustronnych umowach dotyczących wymiany handlowej i inwestycji zagranicznych³¹. Co prawda, w tym przypadku

²⁷ Tak np. J. Rajski, *Poufność a jawność w arbitrażu międzynarodowym*, „e-Przegląd Arbitrażowy” nr 2/2011, s. 5.

²⁸ Por. J. Rajski, *ibidem*, s. 6 oraz powołana tam literatura – A. Redfern, M. Hunter przy współpracy N. Blackaby i C. Partides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londyn 2004.

²⁹ Obszerną analizę tej tendencji, popartą przykładami rozwiązań przyjętych przez szereg międzynarodowych instytucji arbitrażowych, przeprowadza K. Szczepanowska-Kozłowska, *Obowiązek zachowania poufności w międzynarodowym arbitrażu handlowym* (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 305 i nast.

³⁰ Por. K. Michałowska, *Poufność czy jawność międzynarodowego arbitrażu inwestycyjnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 7/2009, s. 58.

³¹ Interesującą analizę w tym zakresie przedstawia K. Michałowska, *ibidem*, s. 53–57, wskazując na element jawności arbitrażu inwestycyjnego w ramach układu NAFTA, w modelowej umowie BIT Stanów Zjednoczonych z 2004 roku, w najnowszych umowach o popieraniu i ochronie inwestycji (odnosząc się tu do umów pomiędzy Kanadą a Łotwą, Republiką Czeską i Rumunią) oraz w Regulaminie Arbitrażowym ICSID.

za ograniczeniem poufności postępowania dodatkowo przemawia interes społeczny, polegający przede wszystkim na prawie do dostępu do informacji publicznych, jednak w pozostałym zakresie sposób ukształtowania praw i obowiązków stron nie odbiega zauważalnie od siebie.

Argumentem mogącym także przemawiać za zwiększeniem ogólnej jawności postępowania arbitrażowego jest prawo stron do wyłączenia lub ograniczenia jawności postępowania (w całości lub w części) na mocy wzajemnej umowy. Umowa taka uzgadniać może poufność określonych dokumentów i dowodów przedstawianych w toku sprawy, czy też wprowadzać reguły dotyczące zasad i trybu ujawnienia kwestii poufnych³². Możliwość poczynienia uzgodnień normujących takie zasady zarówno na etapie ustalania przez strony brzmienia klauzuli arbitrażowej, jak i na etapie rozpoczęcia (bądź wręcz prowadzenia) postępowania czyni strony pełnymi dysponentami postępowania i chroni w pełni ich uzasadnione interesy procesowe.

II. Forma umowy o arbitraż

Regulamin 2010 nie nakłada na strony obowiązku zawarcia umowy o arbitraż w formie pisemnej. Stanowisko takie można wywieść zarówno z wykładni historycznej brzmienia art. 1 ust. 1 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL³³, jak i z samego faktu braku takiego obowiązku w treści Regulaminu. W konsekwencji przyjąć należy, iż rozstrzygnięcie sporu arbitrażowego zgodne z postanowieniami Regulaminu 2010 nastąpi w każdym przypadku, w którym strony zgodnie tak postanowią – niezależnie od tego, czy nastąpi to w formie ustnej, elektronicznej, czy też pisemnej.

Obowiązującą obecnie regulację Regulaminu 2010 dotyczącą formy umowy o arbitraż należy uznać za rozwiązanie atrakcyjne dla stron – zwłaszcza w dobie rosnącej roli komunikacji elektronicznej oraz prowadzonych w ten sposób uzgodnień pomiędzy przedsiębiorcami. Nie zmienia to oczywiście faktu, iż uelastycznienie wymogów formalnych koniecznych do uznania poddania powstałego sporu rozstrzygnięciu sądu arbitrażowego orzekającego zgodnie

³² Zob. też J. Rajski, *Zagadnienia poufności w arbitrażu handlowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 6/2001, s. 3.

³³ Tak A. Szumański, *Możliwy wpływ Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL w wersji z roku 2010 na polskie prawo arbitrażowe (zagadnienia wybrane)* (w:) „*Aurea Praxis Aurea Theoria*”, Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, t. II, Warszawa 2011, s. 1874, w którym autor dokonuje porównania z treścią dawnego art. 1 ust. 1 Regulaminu Arbitrażowego z 1976 roku, który rozpoczynał się od słów: „Jeżeli strony uzgodnią na piśmie [...]”.

z zasadami UNCITRAL nie eliminuje wszystkich potencjalnie dyskusyjnych kwestii formalnych związanych z oceną skuteczności uzgodnienia pomiędzy stronami ważnego zapisu na sąd polubowny³⁴. W braku pisemnego uzgodnienia treści zapisu na sąd polubowny powstawać mogą bowiem istotne wątpliwości nie tylko co do forum arbitrażowego, które ma rozstrzygać powstały pomiędzy stronami spór, ale także choćby co do wersji Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL< na podstawie którego spór będzie rozstrzygany. Oczywiście *gros* tych wątpliwości można rozstrzygnąć w przypadku dokonania przez strony uzgodnień w formie elektronicznej.

Innego rodzaju problem występować może w przypadku sporów powstałych w razie zawarcia pomiędzy stronami wielu umów związanych z jedną transakcją i służących jednemu celowi gospodarczemu, w których tylko niektóre zawierają pisemne zapisy na sąd polubowny³⁵. W takiej sytuacji przyjąć można domniemanie wyrażenia przez strony zgody na rozstrzygnięcie wszystkich sporów powstałych na gruncie tak ukształtowanego stosunku prawnego przez ustanowiony sąd polubowny – jednak ewentualny sprzeciw jednej ze stron wobec zastosowania takiego rozwiązania stanowić mogłoby podstawę do złożenia skargi o uchylenie wydanego w ten sposób wyroku na gruncie art. 1206 par. 1 pkt 1 Kpc.

W kontekście niniejszych rozważań warto wskazać na odmienną, bardziej rygorystyczną, regulację polskiego ustawodawcy dotyczącą formy umowy o arbitraż³⁶. Zgodnie bowiem z postanowieniem art. 1162 par. 1 Kpc, zapis na sąd polubowny powinien być sporządzony na piśmie, przy czym wymaganie dotyczące formy zapisu jest spełnione także wtedy, gdy zapis zamieszczony został w wymienionych pomiędzy stronami pismach lub oświadczeniach złożonych za pomocą środków porozumiewania się na odległość, które pozwalają ustalić jego treść (art. 1162 par. 2 zdanie pierwsze Kpc).

³⁴ Kwestie te analizuje A. Szumański, op. cit., s. 1876–1878, zob. też powołana tam literatura.

³⁵ Zob. szerzej A. Szumański, op. cit., s. 1877.

³⁶ Regulacja ta została jednak zliberalizowana w porównaniu do brzmienia art. 698 Kpc, pozostającego w mocy do 2005 roku. Na gruncie tego przepisu bowiem, umowa o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego (zapisu na sąd polubowny) powinna być sporządzona na piśmie i podpisana przez obie strony. W doktrynie prawa i w orzecznictwie przeważał przy tym pogląd, iż ewentualne niezachowanie formy określonej w art. 698 par. 1 Kpc nie wywołuje skutków prawnych tzn. jest dotknięte nieważnością, por. S. Dalka, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II (red. K. Piasecki), Warszawa 2000, s. 637, nb. 4, zob. też m.in. powołane tam orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 1969 roku, I CZ 3/68 z glosą S. Hanausek, „OSP” nr 7–8/1971, poz. 139.

W doktrynie prawa istnieją rozbieżności co do oceny skutków prawnych niezachowania formy pisemnej (rozumianej w sposób określony w art. 1162 Kpc) do uzgodnienia zapisu na sąd polubowny. Zdaniem większości komentatorów³⁷, zapis na sąd polubowny sporządzony bez zachowania wymogów formalnych dotknięty jest sankcją nieważności. Wydaje się jednak, iż za bardziej zasadne należy uznać stanowisko, iż zgodnie z art. 73 par. 1 kc, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, zaś zważywszy na niewprowadzenie takiego rygoru w odniesieniu do regulacji art. 1162 kc, ewentualne niedochowanie formy pisemnej zapisu na sąd polubowny może wywołać jedynie jego bezskuteczność³⁸ bądź wręcz, że forma pisemna zapisu na sąd polubowny zastrzeżona jest wyłącznie dla celów dowodowych³⁹.

Zwłaszcza ten ostatni pogląd odpowiadałby zauważalnej tendencji zmierzającej do zliberalizowania wymogów formalnych odnoszących się do umowy o arbitraż: wyrażonej zarówno w Regulaminie 2010, jak i w Ustawie Modelowej – zgodnie z którą, pomimo że formalnie zapis na sąd polubowny powinien być zawarty na piśmie (art. 7 ust. 2), to jest on traktowany jak zawarty na piśmie, jeżeli jego treść jest zarejestrowana w dowolnej formie, niezależnie od tego, czy zapis na sąd polubowny lub umowa zostały zawarte ustnie, w sposób dorozumiany, czy w jakikolwiek inny sposób (art. 7 ust. 3). Wskazać tu jednocześnie należy, iż także wiele umów międzynarodowych regulujących omawianą kwestię przyjmuje znacznie bardziej elastyczną konstrukcję prawną, aniżeli ta wynikająca z unormowania art. 1162 Kpc. Odnieść się tu można choćby do Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych sporządzonej w Nowym Jorku w dniu 10 czerwca 1958 roku (która uznaje formę pisemną umowy o poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego za dochowaną zarówno w razie podpisania jej przez strony, jak i w wyniku wymiany listów lub telegramów – por. art. II ust. 2), Konwencji europejskiej o międzynarodowym

³⁷ Por. R. Morek, *Mediacja i arbitraż* (art. 183(1)–183 (15), 1154–1217 Kpc), Warszawa 2006, s. 144, nb. 11, K. Weitz, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz* (red. T. Ereciński), Warszawa 2012, s. 711, nb. 9, zob. też M. Dragun-Gertner, *Głosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 11 grudnia 1996 roku*, I ACz 1007/96, „OSP” nr 7–8/1997, poz. 146.

³⁸ Por. M. Pazdan, *Bezskuteczność lub nieważność zapisu na sąd polubowny w prawie polskim* (w:) *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana dr hab. T. Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 118, zob. też A. Jakubecki, *Komentarz do art. 1162 Kpc, System informacji Legalis*, nb. 1.

³⁹ Tak Ł. Błaszczak, *Skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego*, „Prawo Spółek” nr 2/2005, s. 30, zob. też M. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, Kraków 2005 (red. A. Jakubecki), s. 1471.

arbitrażu handlowym z dnia 21 kwietnia 1961 roku (która dopuszcza zawarcie umowy o arbitraż w formie pisemnej, jak i w drodze wymiany listów, telegramów lub zawiadomień dalekopisem – por. art. I ust. 2 lit. a), czy też Dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 roku w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (która nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by w przypadku sporu między usługodawcą świadczącym usługi społeczeństwa informacyjnego i usługobiorcą, ich ustawodawstwo nie stanowiło przeszkody w stosowaniu pozasądowej drogi rozstrzygania sporów dostępnej na mocy prawa krajowego, łącznie z wykorzystaniem stosownych środków elektronicznych – por. art. 17)⁴⁰.

III. Organ powołujący i wyznaczający

Art. 6 Regulaminu 2010 kompleksowo reguluje wszystkie kwestie związane z wyznaczeniem i funkcjami organu powołującego oraz organu wyznaczającego⁴¹, które w poprzedniej wersji Regulaminu unormowane były w wielu odrębnych postanowieniach.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 Regulaminu 2010, jeżeli strony nie uzgodniły jeszcze organu powołującego, strona może w każdym czasie zaproponować jedną lub więcej niż jedną instytucję lub osobę, w tym Sekretarza Generalnego Stałego Sądu Arbitrażowego w Hadze (dalej określonego jako „SSA”), która działałaby w charakterze organu powołującego. Jak słusznie podnosi się w doktrynie⁴², przepis ten stanowi istotną zachętę dla stron do możliwie szybkiego wyznaczenia takiego organu.

W przypadku braku uzgodnienia przez wszystkie strony wyboru organu powołującego w terminie 30 dni od dnia otrzymania propozycji przedstawionej zgodnie z art. 6 ust. 1, każda ze stron może żądać wyznaczenia organu powo-

⁴⁰ Zob. szerzej B. Kaczmarek-Templin, *Kilka uwag o elektronicznej postaci umowy o arbitraż w kontekście przepisów regulujących formę zapisu na sąd polubowny*, „ADR” nr 3/2010, s. 7 wraz z powołaną tam literaturą, w tym zwłaszcza M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż. Podstawowe problemy prawne*, „PUG” nr 1/1994, s. 13 i nast.

⁴¹ Rolą organu powołującego pozostaje wybór arbitra (arbitrów) w przypadku niedokonania wyboru przez strony postępowania bądź też niedokonanie wyboru arbitra przewodniczącego przez arbitrów powołanych przez strony, podczas gdy rolą organu wyznaczającego jest wskazanie organu powołującego dla wykonania zadań wskazanych powyżej, por. szerzej A. Szumański, (w:) P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL*, Warszawa 2011, s. 118, nb. 1–3.

⁴² Por. M. Tomaszewski, op. cit., s. 8.

lującego przez Sekretarza Generalnego SSA. Wyznaczenia zastępczego organu powołującego przez Sekretarza Generalnego SSA może także żądać każda ze stron w przypadku odmówienia przez organ powołujący podjęcia działań lub braku powołania arbitra w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku strony w tym zakresie, braku działania w jakimkolwiek innym terminie przewidzianym w Regulaminie lub braku wydania postanowienia w przedmiocie wyłączenia arbitra w rozsądnym terminie po otrzymaniu wniosku strony w tym zakresie (por. art. 6 ust. 4 Regulaminu 2010).

Znaczenie powyższej regulacji jest nie do przecenienia – zapewnia ona bowiem uniknięcie impasu w procedurze arbitrażowej, wynikającego ze stworzenia trudności w ukonstytuowaniu się zespołu orzekającego, co bezpośrednio mogłoby prowadzić do zablokowania postępowania⁴³. Jedną z najprostszych, a zarazem najbardziej skutecznych metod opóźnienia wszczęcia postępowania arbitrażowego przez pozwanego może bowiem właśnie być utrudnianie ukonstytuowania się zespołu orzekającego poprzez brak wyboru arbitra bądź arbitra jedynego⁴⁴.

Przyjętą w art. 6 Regulaminu 2010 konstrukcję, w której organ powołujący oraz organ wyznaczający pozostaje z góry zdefiniowany, należy ocenić wysoko⁴⁵. Dzięki temu nie ma ryzyka „przeniesienia” trudności związanych z ukonstytuowaniem się zespołu orzekającego na wskazanie organu powołującego lub organu wyznaczającego – co w ostatecznym rozrachunku wywoływałoby w pełni analogiczny skutek zablokowania działania zespołu orzekającego, a więc podważałoby celowość przyjęcia omawianej regulacji.

Interesującym zagadnieniem związanym z omawianą problematyką pozostaje pytanie o zakres kompetencji organu powołującego. W Regulaminie 2010 kompetencje te zostały określone szeroko (por. art. 8, art. 9 ust. 2, art. 9 ust. 3, art. 10 ust. 3, art. 14 ust. 1). Najdalej idące uprawnienie przyznaje jednak organowi powołującemu art. 7 ust. 2 – dopuszczający w sytuacji, w której (inne)

⁴³ Por. A. Tynel, *Organ zastępczej nominacji arbitrów* (w:) *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Ciałusowi*, (red. A. Janik) s. 645.

⁴⁴ Kluczowe znaczenie skutecznych mechanizmów odnoszących się do zasad nominacji zastępczej arbitrów dostrzegane jest przez przedstawicieli doktryny prawa, zob. szerzej A. Tynel, *ibidem*, s. 646 i nast. Kwestia ta odgrywa szczególnie istotną rolę w przypadku arbitrażu *ad hoc*, w których strony umowy z zapisem na sąd polubowny powinny same zadbać o uregulowanie kwestii organu zastępczej nominacji, zamieszczając stosowny zapis wskazujący na taki organ.

⁴⁵ Podobnie A. Szumański, *Nowe kompetencje organu powołującego (nominacyjnego) w świetle Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL z roku 2010*, (w:) *Proces cywilny. Nauka – Kodyfikacja – Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Feliksowi Zedlerowi*, (red. P. Gregorczyk, K. Knoppek, M. Walasik) Warszawa 2012, s. 875.

strony nie ustosunkowały się do propozycji strony dotyczącej powołania arbitra jedyne go w terminie 30 dni od dnia otrzymania wezwania na arbitraż oraz nie powołały drugiego arbitra, powołanie na wniosek strony arbitra jedyne go, jeżeli uznał, że w świetle okoliczności sprawy jest to bardziej właściwe. W praktyce uprawnienie to oznacza, że organ powołujący dokonuje zmiany modelu zespołu orzekającego z trzyosobowego na model arbitra jedyne go. Rozwiązanie takie (wzorowane na regulaminach niektórych stałych sądów arbitrażowych⁴⁶) w zamierzeniu ma być wykorzystywane przede wszystkim w niezbyt skomplikowanych sprawach, przyznając organowi powołującemu daleko posuniętą dyskrejonalność decyzji w tym zakresie, daje mu jednocześnie możliwość wpływania na bieg postępowania arbitrażowego, przez co powinno być stosowane z daleko posuniętą ostrożnością.

IV. Wyłączenie i zastępowanie arbitrów

Za jedną z zasad postępowania arbitrażowego uznać można stałość składu sądu arbitrażowego. W praktyce częstokroć konieczne staje się jednak dokonywanie zmian w składzie arbitrów – co wynika zarówno z inicjatywy samego arbitra, jak i z inicjatywy stron postępowania. W większości przypadków⁴⁷ potrzeba taka spowodowana jest powstaniem lub ujawnieniem sytuacji konfliktu interesów – polegającej na naruszeniu zasady bezstronności i niezależności arbitra⁴⁸. Gwarancję stosowania tych zasad wprowadza art. 12 Regulaminu 2010, zgod-

⁴⁶ Por. A. Szumański, *Nowe kompetencje...*, s. 881.

⁴⁷ Zdarzają się oczywiście także przypadki konieczności zastąpienia arbitra ze względu na inne okoliczności, takie jak np. śmierć bądź niemożność dalszego wykonywania swojej funkcji z powodów zdrowotnych, zawodowych lub innych.

⁴⁸ Zasady te wynikają bezpośrednio z art. 11 Regulaminu 2010, który nakazuje, aby „w przypadku gdy do danej osoby zwrócono się w związku z możliwością powołania jej do pełnienia funkcji arbitra, osoba ta ujawniła wszystkie okoliczności mogące wzbudzać uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności. Z chwilą jego powołania oraz w całym okresie postępowania arbitrażowego, arbiter niezwłocznie ujawnia wszystkie takie okoliczności stronom i pozostałym arbitrom, chyba że strony zostały już przez niego poinformowane o tych okolicznościach”. *International Bar Association (IBA)* przyjął zaś w 2004 roku powszechnie stosowane wytyczne dotyczące konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu, w których na trzech listach szczegółowo określone zostały okoliczności dyskwalifikujące arbitra zawsze (czerwona lista bezwzględna) i co do zasady (czerwona lista względna), jak również okoliczności nie dyskwalifikujące arbitra, choć wymagające ujawnienia (lista pomarańczowa), oraz okoliczności dotyczące arbitra nie podlegające ujawnieniu i nie budzące wątpliwości co do jego bezstronności i niezależności (lista zielona).

nie z którym wobec każdego arbitra może być złożony wniosek o wyłączenie w przypadku okoliczności budzących uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności tego arbitra. Uprawnienie strony do złożenia wniosku o wyłączenie powołanego przez siebie arbitra pozostaje przy tym ograniczone do przyczyn, o których dowiedziała się ona po jego powołaniu.

W przypadku zajścia przyczyn uzasadniających wyłączenie arbitra (bądź też innych okoliczności skutkujących jego ustąpieniem z zajmowanej funkcji), Regulamin 2010 nakazuje w art. 14 powołanie lub wybór arbitra zastępczego zgodnie z trybem mającym zastosowanie w przypadku powoływania lub wyboru arbitra zastępowanego. Kluczowe znaczenie ma w tym kontekście brzmienie art. 14 ust. 2 Regulaminu 2010, zgodnie z którym jeżeli, na wniosek strony, organ powołujący uznał, że w świetle wyjątkowych okoliczności sprawy, uzasadnionym byłoby pozbawienie strony przysługującego jej prawa do powołania arbitra zastępczego, organ powołujący może po umożliwieniu stronom i pozostałym arbitrom przedstawienia stanowisk: (a) powołać arbitra zastępczego lub (b) po zamknięciu rozpraw upoważnić pozostałych arbitrów do kontynuowania arbitrażu i wydania postanowienia lub wyroku. Szczególną uwagę zwraca brzmienie *in fine* wskazanego przepisu, *de facto* sankcjonuje on bowiem, w sytuacjach szczególnych, rozstrzygnięcie sporu przez zespół orzekający w niepełnym składzie.

To właśnie to zagadnienie – odnoszące się do kwestii prowadzenia postępowania arbitrażowego oraz wydawania wyroków przez zespoły orzekające w niepełnym składzie (w literaturze określane jako „kadłubowe” zespoły orzekające lub jako zespoły „obcięte”) „*truncated tribunals*” – stanowi jeden z najciekawszych problemów związanych z funkcjonowaniem sądów arbitrażowych. Zjawisko takie (poza sytuacją określoną cytowanym powyżej art. 14 ust. 2 Regulaminu 2010) może powstać w sytuacji, w której jeden z arbitrów bojkotuje postępowanie, z reguły w jego końcowej fazie (często już po zamknięciu rozprawy, a przed samym wydaniem wyroku), poprzez złożenie rezygnacji ze swojej funkcji. Przyczyny, dla których do bojkotu takiego dochodzi (tj. – przykładowo – czy następuje on w porozumieniu z nominującą stroną, czy bez takiego porozumienia, bądź czy jest on spowodowany przyczynami obiektywnymi, czy subiektywnymi, bądź wreszcie, czy następuje w ramach protestu wobec sposobu wykonywania swoich obowiązków przez pozostałych arbitrów, czy też bez uzasadnionych powodów), nie mają przy tym istotnego znaczenia, w każdym przypadku zachodzi bowiem analogiczna sytuacja procesowa, polegająca na powstaniu wątpliwości co do zdolności zespołu orzekającego do dalszego procedowania w sprawie.

W doktrynie pojawia się pogląd⁴⁹, iż powołanie arbitra zastępczego (zgodnie z art. 1178 Kpc) eliminuje w ogóle problem istnienia „kadłubowego” zespołu orzekającego, gdyż zespół ten jest wówczas zespołem „pełnym”, w konsekwencji czego może on z pewnością wydać wyrok rozstrzygający spór stron. Z poglądem tym trudno jest jednak w pełni się zgodzić. Jak trafnie sygnalizuje bowiem B. Kordasiewicz i A. Barczewski⁵⁰, jeżeli arbiter sabotujący postępowanie działał w porozumieniu ze stroną, to zachodzi znaczne prawdopodobieństwo, że arbiter zastępczy, wybrany przez tę samą stronę, będzie zachowywał się w podobny sposób. Nawet jednak gdyby tak nie było (przez co nie dochodziłoby do trwałego paraliżu prowadzonego postępowania), to wybór arbitra zastępczego, zwłaszcza w długotrwałych i skomplikowanych postępowaniach, prowadzić będzie do ich istotnego przedłużenia, co może uniemożliwiać drugiej stronie osiągnięcie zamierzonego celu postępowania. W konsekwencji aktualne pozostawać będzie pytanie o dopuszczalność i ważność wyroku wydanego przez „kadłubowy” zespół orzekający.

Stanowisko w powyższej kwestii zależeć będzie przede wszystkim od odpowiedzi na pytanie, czy większe znaczenie powinno odgrywać zapewnienie formalnej poprawności przebiegu postępowania, czy też raczej zapobieżenie próbom jego torpedowania przez ustępującego w końcowej fazie procesu arbitra. Wydaje się, iż ze względów praktycznych priorytet należy przyznać temu drugiemu interesowi, w przeciwnym razie impas decyzyjny zespołu orzekającego (o zmieniającym się składzie) może postawić pod znakiem zapytania efektywność rozstrzygnięć wydawanych w postępowaniu arbitrażowym. Każde z przyjętych w tym zakresie rozwiązań będzie jednak obarczone istotną potencjalną wadą, polegającą na powstaniu podstawy do złożenia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego ze względu na, odpowiednio, pozbawienie możliwości obrony swych praw (tj. art. 1206 par. 1 pkt 2 Kpc) bądź niezachowanie wymagań co do składu sądu polubownego (tj. art. 1206 par. 1 pkt 4 Kpc). W związku z tym szczególnie duże znaczenie odgrywać będzie treść regulacji dotyczącej omawianego zagadnienia, przyjętej w regulaminie orzekającego w sprawie sądu polubownego.

⁴⁹ Por. A. Szumański, (w:) A. Szumański (red.), *Arbitraż handlowy*, t. 8, Warszawa 2010, s. 418, wraz z powołaną tam literaturą.

⁵⁰ B. Kordasiewicz, A. Barczewski, *Dopuszczalność wydawania wyroków przez tzw. kadłubowe zespoły orzekające („truncated tribunals”)*, (w:) *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, Warszawa 2010, s. 203.

Regulamin 2010 wprowadza elastyczną konstrukcję prawną dotyczącą prezentowanej kwestii⁵¹ – przewidując w art. 15, iż w przypadku zastąpienia arbitra, postępowanie zostaje podjęte od momentu, w którym zastąpiony arbiter przestał pełnić swoje funkcje, o ile zespół orzekający nie postanowi inaczej⁵². Oznacza to, iż to zespół orzekający (już w nowym – uzupełnionym składzie) decydować będzie o tym, czy celowe i konieczne jest powtórzenie przeprowadzonego postępowania arbitrażowego, czy też postępowanie powinno zostać kontynuowane od daty, w której dotychczasowy arbiter ustąpił. Regulamin 2010 nie ogranicza przy tym zespołu orzekającego w decyzji podejmowanej w tym zakresie, nie wprowadza też koniecznych do spełnienia warunków dla ewentualnego powtórzenia całości lub części postępowania. Przyjęcie takiej konstrukcji wydaje się relatywnie najbezpieczniejszym rozwiązaniem kontrowersji prawnych związanych z „kadłubowymi” zespołami orzekającymi, co jednak oczywiście nie eliminuje całkowicie ryzyka skutecznego podważania rozstrzygnięć zespołów orzekających wydanych w zgodzie z art. 15 Regulaminu 2010.

5. Postępowanie według zasad UNCITRAL vs postępowanie przed sądem powszechnym

Rozwiązywanie sporów w trybie postępowania arbitrażowego – czy to na podstawie Regulaminu UNCITRAL, czy to innych regulacji arbitrażowych – ma bez wątpienia bardzo wiele przewag nad prowadzeniem postępowania przed sądem powszechnym. Nie można jednak uznać, że przewagi te mają charakter bezwzględny.

Podstawową wadą postępowania arbitrażowego pozostają jego koszty, na które składają się nie tylko wysokie opłaty arbitrażowe, ale także wartość czasu koniecznego do poświęcenia przez kierowników przedsiębiorstw na przygotowanie

⁵¹ Regulacja ta różni się przy tym od unormowania wcześniej przyjętego w art. 14 Regulaminu 1976, zgodnie z którym w razie zastąpienia arbitra jedynego lub arbitra przewodniczącego wszelkie rozprawy odbyte uprzednio zostaną powtórzone; zaś w razie zastąpienia innego arbitra uprzednie rozprawy mogą być powtórzone na mocy swobodnej decyzji sądu arbitrażowego.

⁵² B. Kordasiewicz, A. Barczewski, op. cit., s. 213, przeprowadzają interesującą analizę regulacji regulaminów stałych sądów arbitrażowych, konkludując, iż wiele z nich (np. ICDR, LCIA, SCC, WIPO, DIS) dopuszcza kontynuowanie postępowania i wydanie wyroku w razie nieuzasadnionej absencji jednego z arbitrów – co *de facto* oznacza uznanie (w określonych przypadkach) prawidłowości rozstrzygnięć wydawanych przez „kadłubowe” zespoły orzekające.

materiału dowodowego i prowadzenie postępowania)⁵³. Koszty te ulegają przy tym stałemu zwiększeniu, tak ze względu na rosnące wynagrodzenia arbitrów, jak i z powodu zwiększających się kosztów administracyjno-organizacyjnych.

Z innych wad postępowania arbitrażowego należy zwrócić uwagę na utrudnienia związane z przeprowadzeniem dowodu z zeznań świadków w sytuacji, w której świadczenie ci odmawiają stawienia na rozprawie arbitrażowej. Praktyka dowodzi przy tym, iż wykorzystanie regulacji art. 1192 par. 1 Kpc – na podstawie której sąd polubowny może zwrócić się o przeprowadzenie dowodu lub wykonanie innej czynności, której sąd polubowny nie może wykonać, do sądu rejonowego, w którego okręgu dowód lub czynności powinny być przeprowadzone, zaś w postępowaniu dowodowym przed sądem rejonowym mogą wziąć udział strony i arbitrzy z prawem zadawania pytań – nie tylko istotnie spowalnia postępowanie, ale także nie gwarantuje sprawności i skuteczności jego przeprowadzenia.

Jednoinstancyjność postępowania arbitrażowego może być uznawana zarówno za przewagę, jak i wadę tego postępowania nad postępowaniem przed sądem powszechnym. Z punktu widzenia weryfikacji poprawności wniosków wyciąganych przez zespoły orzekające oraz mając na uwadze kontrolę jakości wydawanych rozstrzygnięć, brak instancji odwoławczej można jednak uznać bardziej za minus tej procedury.

Poza istnieniem kilku wskazanych powyżej wad postępowania arbitrażowego, przed sądownictwem polubownym *sensu largo* stoi także szereg istotnych wyzwań. K. Stefanowicz⁵⁴ zalicza do nich m.in. relacje z sądami powszechnymi (w tym właśnie wzrost kosztów arbitrażu oraz nadużywanie postępowań skargowych); zachowanie przewagi szybkości postępowań arbitrażowych w zestawieniu z sądami państwowymi; zachowanie dywersyfikacji odmian postępowań arbitrażowych (procedury uproszczone, postępowania szczególne); gwarancje niezawisłości i transparentności arbitrów; właściwe praktyki pełnomocników stron (monitoring naruszeń, propagowanie dobrych praktyk); czy też pryncypialność w kwestii konfliktu interesów arbitrów. Trudno nie zgodzić się z powyższym wyliczeniem, trzeba przy tym przyznać, iż w równym stopniu odnosi się ono do postępowań prowadzonych przed stałymi sądami polubownymi, jak i postępowań arbitrażowych prowadzonych *ad hoc* (w tym postępowań prowadzonych na podstawie Regulaminu UNCITRAL).

⁵³ Zob. szerzej T. Szurski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy (sądownictwo polubowne w międzynarodowych stosunkach handlowych)*, „Radca Prawny” nr 1/2003, s. 87.

⁵⁴ Por. K. Stefanowicz, *Krajobraz arbitrażowy w Polsce – widok subiektywny (w:) Arbitraż w Polsce* (red. B. Gessel Kalinowska – vel Kalisz), Warszawa 2011, s. 17–18.

Istnienie wymienionych wad i wyzwań stojących przed arbitrażem nie zmniejsza niekwestionowanej atrakcyjności rozwiązywania sporów w ten właśnie sposób. Niemniej jednak, z pewnością celowa jest dalsza wspólna praca zarówno środowiska naukowego, jak i praktyków stosowania prawa arbitrażowego, zmierzająca do stałego ulepszania procedur rozwiązywania sporów. Jednocześnie, jak często podnosi się w doktrynie prawa, zasadne jest szersze wykorzystanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów (zwanym jako „ADR” – *alternative dispute resolution*), co umożliwia istotne redukcję kosztów postępowania. Do metod tych zalicza się przede wszystkim bezpośrednie negocjacje ugodowe pomiędzy stronami oraz postępowanie mediacyjne. Znaczenie tych metod zostało także dostrzeżone zarówno przez polskiego ustawodawcę, który w przyjętej w 2005 roku nowelizacji Kpc dodał odrębny rozdział dotyczący mediacji i postępowania pojednawczego do przepisów dotyczących postępowania przed sądami pierwszej instancji, jak też przez ustawodawców innych państw Unii Europejskiej⁵⁵.

Podstawową wadą alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów pozostaje fakt, iż zawarta w ten sposób ugoda nie prowadzi do uzyskania przez strony tytułu wykonawczego, który umożliwiałby egzekucję roszczeń w razie braku realizacji przyjętych na siebie zobowiązań przez drugą stronę. W praktyce oznacza to, iż możliwe jest nadużywanie postępowania ADR do prowadzenia negocjacji lub uczestniczenia w mediacji przez stronę, której intencją nie jest wykonanie przyjmowanych na siebie zobowiązań – co stawiać będzie w niekorzystnej sytuacji procesowej stronę działającą w dobrej wierze.

Dla wypełnienia powyższej luki, w dniu 24 czerwca 2002 roku, UNCITRAL przyjął ustawę wzorcową w sprawie postępowania pojednawczego w międzynarodowych stosunkach handlowych (*UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*). Pomimo iż obecnie wciąż trudno jest ocenić czy akt ten będzie równie skutecznym środkiem na rzecz przyjmowania i ujednolicania krajowych regulacji prawnych dotyczących mediacji lub koncyliacji jak ustawa modelowa UNCITRAL o międzynarodowym arbitrażu handlowym⁵⁶, to przyjęte w nim regulacje czynią go dla ustawodawców wartościowym punktem odniesienia.

⁵⁵ Zob. szerzej M. Bobrowicz, *Mediacje gospodarcze – jak mediować i przekonywać*, Warszawa 2004, s. 103 i nast. oraz R. Morek, *ADR – w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 133 i nast.

⁵⁶ Tak trafnie i wciąż aktualnie R. Morek, op. cit., s. 32, nb. 5, zob. też J. Rajski, *Rola mediacji przy rozwiązywaniu sporów związanych ze stosunkami w obrocie gospodarczym*, (w:) *Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśińskiemu*, Poznań 2005, s. 914.

W szczególności zwrócić należy w tym kontekście uwagę na art. 15 ustawy wzorcowej, zgodnie z którym w przypadku osiągnięcia i podpisania przez strony w postępowaniu pojednawczym ugody rozstrzygającej spór, takie rozstrzygnięcie ugodowe jest wiążące i podlega egzekucji. Jak zakłada się przy tym⁵⁷, państwo wprowadzające ustawę wzorcową do swego ustawodawstwa może albo bezpośrednio określić sposób egzekwowania zawartych przez strony sporów porozumień (ugód), albo też odwołać się do przepisów rządzących taką egzekucją, możliwe jest także uczynienie obowiązkową procedury egzekwowania porozumień. W każdym z tych przypadków – co najważniejsze – zakończenie powstałego sporu w drodze ugody wywierać będzie tożsame skutki prawne z zakończeniem go w wyniku wydania wyroku, czy to w postępowaniu arbitrażowym, czy to w postępowaniu przed sądem powszechnym. Dzięki temu strona, licząca na zakończenie sporu w wyniku zastosowania alternatywnych metod jego rozwiązywania, nie będzie ponosiła dotychczas największego ryzyka stosowania wskazanej procedury.

6. Uwagi końcowe

Jak już sygnalizowano, niniejsze opracowanie dalekie jest od wyczerpującej analizy wszystkich poruszonych w nim kwestii – taka mogłaby zostać dokonana jedynie w ramach obszernej monografii naukowej. Celem referatu pozostawało przede wszystkim zasygnalizowanie wybranych, szczególnie interesujących zagadnień prawnych, związanych z Ustawą Modelową oraz Regulaminem 2010. Znacząca część z przedstawionych uwag odnosi się przy tym nie tylko do postępowania arbitrażowego prowadzonego zgodnie z zasadami UNCITRAL, ale ogólnie do postępowania prowadzonego przez sądy polubowne.

Wpływ Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL oraz Ustawy Modelowej UNCITRAL na międzynarodowe i polskie postępowania arbitrażowe pozostaje nie do przecenienia⁵⁸. Dzięki swojemu uniwersalnemu charakterowi, regulacje UNCITRAL mają znacznie szersze zastosowanie praktyczne aniżeli regulaminy stałych sądów arbitrażowych, nawet o tak ugruntowanej i niekwestionowanej pozycji, jak *The American Arbitration Association* (AAA – Amerykańskiego

⁵⁷ Zob. szerzej T. Szurski, *Ustawa wzorcową UNCITRAL w sprawie międzynarodowego rozjemstwa handlowego (postępowań pojednawczych) – uwagi ogólne*, „Radca Prawny” nr 1/2003, s. 100.

⁵⁸ Zob. też A. Szumański, *Magna Carta międzynarodowego arbitrażu handlowego w świetle art. 17 Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL z 2010 roku*, „PPH” nr 7/2011, s. 5 i nast.

Stowarzyszenia Arbitrażowego), *International Chamber of Commerce* w Paryżu (ICC – Międzynarodowej Izby Handlowej), *London Court of International Arbitration* (LCIA – Londyńskiego Sądu Międzynarodowego Arbitrażu), *Vienna International Arbitral Centre* (Wiedeńskiego Centrum Międzynarodowego Arbitrażu), czy też *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC – Sztokholmskiej Izby Handlowej). Pozostaje mieć jednocześnie nadzieję, iż wciąż zdobywane przez praktyków prawa oraz przedstawicieli doktryny doświadczenia w stosowaniu Regulaminu Arbitrażowego UNCITRAL pozwalać będą na dalsze jego unowocześnianie i ulepszanie.

NATIONAL ARBITRATION IN LIGHT OF INTERNATIONAL STANDARDS

UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) amended and modernized the *UNCITRAL Model Law* on International Commercial Arbitration of 1985 in 2006. The provisions of the Polish Civil Procedures Code were aligned to the Model Law (in its original wording of 1985) on 28 July 2005, by amending Articles 1154 – 1217 accordingly, simultaneously repealing the regulations to date on the arbitration court – i.e. Articles 695 – 715 of the CPC. However, the Polish legislator has not yet fully aligned the regulations of the CPC to the amendments of the Model Law adopted in 2006.

A new version of the Arbitration Rules was adopted by UNCITRAL on 29 June 2010, which was published in English on 12 July 2010 (and later in the other official UNCITRAL language versions).

The amendments made to the Model Law and the Rules demonstrate the importance which UNCITRAL attaches to the alignment of the regulations it creates to the requirements of legal transactions and to the assurance of modernity and flexibility of the proposed legal structures. As a result, both of these acts of law should be considered equally precursory, which is of key importance to the international arbitral order. An analysis has been conducted in this publication of the interrelationships between arbitration and the general judiciary, together with an analysis of selected issues related to the UNCITRAL Arbitration Rules and arbitration proceedings conducted in accordance with these rules.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Monika Bareła ■

SĄDOWA KONTROLA POSTĘPOWANIA ARBITRAŻOWEGO Z PERSPEKTYWY DOŚWIADCZEŃ MIĘDZYNARODOWYCH

I. Uwagi wstępne

Kontrola orzeczeń sądów arbitrażowych przez sądy krajowe (państwowe) należy do obszaru zagadnień relacji sądu państwowego i sądu polubownego¹. W zasadzie każdy system prawny, który sankcjonuje wyroki sądów prywatnych, poprzez zrównanie ich mocy z wyrokami sądów państwowych, jednocześnie przewiduje określone formy kontroli orzeczeń zapadłych przed sądem polubownym, czyli zawiera regulacje dotyczące postępowania przed państwowym sądem krajowym, będącym możliwym następstwem arbitrażu², którego przedmiotem jest kontrola orzeczenia zapadłego przed sądem polubownym.

Kontrola może mieć miejsce – po pierwsze – na skutek żądania uchyle-
nia (ustalenia nieważności, nieistnienia) orzeczenia sądu polubownego, gdy

¹ J. P. Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 2008, s. 496–497, 598 i nast., T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 381, A. Zielony, *Wprowadzenie wyroku sądu polubownego do krajowego porządku prawnego na przykładzie wybranych obcych systemów prawnych*, (w:) *Aurea Praxis, Aurea Theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*, Warszawa 2011, s. 2010 i nast., Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 241, Łuszczak/Szpara (w:) *System prawa handlowego*, Tom 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 566, M. Michalska, *Sąd polubowny według włoskiego KPC*, (w:) *Sądu polubowne i mediacja*, red. Jan Olszewski, Warszawa 2008, s. 333–335.

² Łuszczak/Szpara (w:) *System prawa handlowego*, Tom 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 566.

według jednej ze stron postępowanie arbitrażowe zostało dotknięte istotnymi wadami. Żądanie takie jest dopuszczalne najczęściej wobec wyroków zapadłych na terytorium państwa orzekającego lub gdy prawo państwa orzekającego właściwe jest z uwagi na umowę procesową stron sporu arbitrażowego³.

Po drugie kontrola następować będzie w ramach postępowania zmierzającego do uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego, gdy strona nie chce dobrowolnie wykonać wyroku i sprzeciwia się stwierdzeniu jego wykonalności⁴. Sytuacja taka może mieć miejsce zarówno, gdy chodzi o wyroki wydane w państwie prowadzenia egzekucji jak w innym państwie niż to, w którym wierzyciel prowadzi egzekucje. Wymienione przypadki stanowią chyba najbardziej znaczącą i wyraźną formę kontroli sądownictwa powszechnego nad sądem polubownym.

Kwestia kontroli sądów państwowych nad orzeczeniami arbitrażowymi jest bardzo różnie rozwiązywana w poszczególnych systemach krajowych. Zasadą jest, że postępowania te nie mogą być wszczynane z urzędu, a jedynie na wniosek uprawnionego podmiotu. Ich funkcją jest wyeliminowanie z obrotu prawnego orzeczeń wydanych w ramach postępowań przed sądem polubownym, których wynik, najczęściej z uwagi na podstawowe zasady porządku prawnego, nie może być usankcjonowany przez dane państwo. W literaturze wskazuje się na naruszenie w postępowaniu przed sądem polubownym podstawowych zasad rzetelnego procesu lub gdy orzeczenie z innych przyczyn narusza porządek publiczny, a także niekiedy, gdy wymaga tego interes osób trzecich⁵.

Formy kontroli wyroku sądu polubownego w poszczególnych państwach mogą być zróżnicowane w zależności od tego, czy mamy do czynienia z wyrokiem arbitrażowym krajowym, czy też zagranicznym. W odniesieniu do tego drugiego możliwe jest jedynie przeprowadzenie postępowania w przedmio-

³ Problematyka prawa właściwego dla danego sporu arbitrażowego zasadniczo wykracza poza temat niniejszego opracowania, por. w tym zakresie por. np. J. Szpara, *Miejsce wydania wyroku a miejsce arbitrażu (w kontekście uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych)*, *Materiały pokonferencyjne „Perspektywy rozwoju sądownictwa arbitrażowego”* Katowice, 20–21.11.2008 r., „ADR” nr 2/2009, s. 112 i nast. Uprawnienie sądu państwowego do ingerencji w orzeczenie arbitrażowe w regulacjach międzynarodowych (np. Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 10 czerwca 1958 r. czy Ustawa Modelowa UNCITRAL w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego z 1985 r.) i wielu ustawach poszczególnych państw przypisuje się temu państwu, na terytorium którego orzeczenie to zostało wydane i tę regułę przyjęto na potrzeby niniejszego opracowania.

⁴ F. Anselm, *Der englische Arbitration Act 1996: Dargestellt und erläutert anhand eines Vergleichs mit dem SchiedsVfG 1997*, München 2004, s. 192, opubl. <http://kops.ub.uni-konstanz.de/bitstream/handle/urn:nbn:de:bsz:352-opus-12497/Diss.pdf?sequence=1>.

⁵ Łuszczak/Szpara, op. cit., s. 566.

cie uznania lub stwierdzenia wykonalności, bez możliwości wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego⁶. Gdy zaś chodzi o wyrok arbitrażowy krajowy, to kontrola może zostać zainicjowana poprzez skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego albo poprzez postępowanie zmierzające do uzyskania wykonalności wyroku⁷.

Różnica w badaniu przez sąd państwowy orzeczenia krajowego sądu polubownego w ramach skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego a orzeczenia zagranicznego sądu polubownego w ramach postępowania o jego uznanie lub stwierdzenie wykonalności wyraża się przede wszystkim w skutku orzeczenia sądu państwowego dla wyroku sądu polubownego. Odmowa uznania lub wykonania wyroku zagranicznego, odmiennie niż uchylenie krajowego wyroku arbitrażowego, nigdy nie spowoduje jego wyeliminowania z obrotu prawnego.

⁶ Zasada ta wydaje się być oczywista i bezdyskusyjna w literaturze prawa międzynarodowego, por. M. Wiebecke, *Das Anfechtungsverfahren* (w:) *Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit*, pod red. H. Torggler, Wien 2007, s. 224, 239, F. Anselm, op. cit. s. 183–184, J.P. Lachmann, op. cit., s. 521 oraz wyrok Trybunału Federalnego Niemiec z dnia 2 listopada 2000 r. w sprawie III ZB 55/99 (Düsseldorf), *Neue Juristische Wochenschrift*, z 2001 r., s. 373, 374. Tak na gruncie prawa polskiego np. R. Morek, *Mediacja i arbitraż* (art. 183¹–183⁵, 1154–1217 KPC), *Komentarz*, Warszawa 2006, s. 254. Ostatnio zasadę tę potwierdził Sąd Najwyższy w Delhi w orzeczeniu z dnia 6 września 2012 r. w sprawie Bharat Aluminium v. Kaiser Aluminium (C.A. No. 7019/2005). W wydanym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że indyjskie sądy nie mają kompetencji orzekania w przedmiocie uchylenia wyroków sądów arbitrażowych wydanych poza terytorium Indii. Indyjski Sąd Najwyższy zmienił przyjętą we wcześniejszych orzeczeniach w sprawach: *Bhatia International v. Bulk Trading SA* i *Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services Ltd* zasadę, zgodnie z którą indyjskie sądy były kompetentne do kontrolowania także wyroków sądów arbitrażowych wydanych poza terytorium Indii. Rozstrzygnięcia te były negatywnie oceniane w doktrynie międzynarodowego arbitrażu, a praktyka sądów indyjskich krytykowana jako niezgodna z powszechnie przyjętą na świecie zasadą, zgodnie z którą wyrok arbitrażowy może podlegać uchyleniu wyłącznie w państwie, w którym został on wydany. Sąd Najwyższy w Delhi oparł swoje rozstrzygnięcie na Części I, Sekcji 34 Indyjskiej Ustawy o Arbitrażu i Koncyliacji z 1996 r. (Arbitration and Conciliation Ordinance) i stwierdził, że wspomniana część Ustawy – jako oparta na UNCITRAL-owskim Prawie modelowym – nie znajduje zastosowania do postępowań arbitrażowych toczących się poza granicami Indii i w konsekwencji, że sąd indyjski nie jest władny, aby uchylić wyrok sądu polubownego wydany w innym państwie. W tym zakresie por. informację udostępnianą przez WilmerHale International Arbitration Alert, http://www.wilmerhale.com/litigation/international_arbitration/.

⁷ Kwestię wykonalności krajowych wyroków sądów polubownych regulują wyłącznie przepisy wewnętrzne poszczególnych państw, co wykracza poza przedmiot niniejszej pracy. Warto jednak nadmienić, że katalog przesłanek wykonalności wyroku krajowego, jeśli w ogóle jest określony, to zwykle bardzo wąsko, np. art. 1488 francuskiej procedury cywilnej stwierdza, że odmowa nadania *exequatur* może nastąpić wtedy, gdy wyrok sądu polubownego jest oczywiście sprzeczny z porządkiem publicznym.

Wyrok, któremu odmówiono uznania lub wykonania, nie zostaje uchylony, a tym bardziej jego treść nie będzie zmieniona poprzez merytoryczne orzeczenie sądu państwowego. Odmowa uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego powoduje wyłącznie, że wyrok taki nie będzie wywoływał skutków prawnych w państwie, w którym wydano to orzeczenie, jak też może mieć wpływ na możliwość jego uchylecia, uznania lub wykonania w innym państwie niż państwo, które pierwotnie odmówiło jego uznania lub wykonania⁸.

Odnosnie charakteru prawnego samego wniosku o uchylenie wyroku sądu polubownego to doktryna przyjmuje, że powództwo o uchylenie wyroku sądu polubownego jest powództwem o ukształtowanie prawa (*Rechtsgestaltungsklage*)⁹ i nie ma charakteru środka odwoławczego, choć wskazuje się na pewne cechy zbliżone do skargi o stwierdzenie nieważności wyroku lub o wznowienie postępowania¹⁰.

Niezbędne jest zwrócenie uwagi, że poszczególne ustawodawstwa przewidują różne inne pochodne – do skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego – formy sprawowania kontroli nad orzeczeniem krajowego sądu polubownego. Wskazać należy na obowiązujący m.in. w Austrii (§ 612 austriackiego ZPO) i Szwecji (art. 33 szwedzkiej ustawy o arbitrażu) odrębny środek prawny, zmierzający do ustalenia nieistnienia lub nieważności wyroku sądu arbitrażowego¹¹. Również prawo greckie rozróżnia (w art. 901 greckiego Kodeksu postępowania cywilnego)¹² orzeczenie nieistniejące, w sytuacji gdy orzeczenie dotyczyło sprawy, która nie mogła być przedmiotem umowy, nie było w ogóle umowy o arbitraż, orzeczenie wydano przeciwko nieistniejącej osobie fizycznej lub prawnej. Wówczas wnosi się odrębne powództwo o ustalenie nieistnienia tego wyroku lub podnosi zarzut wyroku nieistniejącego w toku innego postępowania, a te czynności procesowe nie są ograniczone czasowo.

⁸ W zakresie skutków odmowy uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego w jednym państwie dla rozstrzygnięć, które zapaść mogą w innym państwie por. np. W. Popiołek, *Odmowa uznania (wykonania) zagranicznego orzeczenia arbitrażowego na podstawie art. V Konwencji Nowojorskiej* (w:) Aurea Praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego, Warszawa 2011, s. 1799–1811, w tym literatura wskazana w przypisie 10, M. Kuropatwiński, *Uznawalność uchylonych orzeczeń sądów arbitrażowych w Polsce?* Biuletyn Arbitrażowy 2009, Rn 9, s. 100 i nast.

⁹ Tak doktryna austriacka, np. G. Zeiler, *Schiedsverfahren*, wyd.: 1, 2006, s. 265.

¹⁰ S. Riegler, 9w:) S. Reigler, A. Petsche, A. Fremuth-Wolf, M. Platte, C. Liebscher, *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, Juris Publishing, 2007, s. 871.

¹¹ W zakresie regulacji austriackiej por. więcej M. Wiebecke, op. cit., s. 242–243. Autor wskazuje, iż postępowanie to dotyczy sytuacji, kiedy wyrok sądu polubownego w rzeczywistości nie spełnia wymagań dla uznania go za wyrok sądu polubownego.

¹² T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 389.

W niektórych systemach prawnych, w których brak bezpośrednich regulacji dotyczących nieważności czy nieistnienia wyroków sądów polubownych, koncepcję taką wypracowała doktryna. Odróżnienie przez doktrynę wyroków arbitrażowych od wyroków nieistniejących powoduje przypisanie możliwości wniesienia skargi o uchylenie wyroku tylko wobec wyroku istniejącego. Koncepcja wyroków nieistniejących w zagranicznej literaturze opiera się na weryfikacji minimalnych warunków, które muszą być spełnione, aby dany akt uznać za wyrok arbitrażowy, przy czym katalog tych minimalnych wymogów jest w doktrynach państw obcych przedmiotem dyskusji. Generalnie wymienia się: sporządzenie wyroku na piśmie, wydanie przez osoby powołane jako arbitrzy i podpisanie przez co najmniej większość arbitrów. Przykładowo doktryna szwajcarska stoi na stanowisku, że w szczególnych sytuacjach (np. brak arbitrażowości sporu) wyrok sądu polubownego jest nieważny z mocy prawa i nie wywołuje skutków prawnych¹³.

Ponadto orzecznictwo szwajcarskiego Trybunału Federalnego dopuściło jako środek zaskżenia od wyroku sądu polubownego skargę restytucyjną (Revision), stwierdzając, iż brak wyraźnych regulacji w tym zakresie to przeoczenie ustawodawcy, a powstała luka powinna być uzupełniona poprzez analogiczne stosowanie przepisów o wznowieniu postępowania¹⁴. Koncepcja nieważności wyroku sądu polubownego znana jest również doktrynie prawa niemieckiego, która stwierdza, że w takim przypadku odpada potrzeba jego uchylania, albowiem z mocy prawa nie wywołuje skutków prawnych¹⁵.

Również holenderska doktryna i orzecznictwo wypracowały koncepcję powództwa o stwierdzenie nieistnienia orzeczenia sądu arbitrażowego. Specyfiką tej regulacji procesowej jest to, że w ramach takiego powództwa o ustalenie można anulować orzeczenie sprzeczne z porządkiem publicznym, co nie jest w Holandii możliwe w ramach normalnej skargi o uchylenie z art. 649 holenderskiego kpc¹⁶. Procedura francuska przewiduje możliwość zaskżenia wyroku sądu polubownego nadzwyczajnymi środkami zaskżenia w postaci

¹³ Za taką koncepcją opowiada się H. U. Walder, *Zur Bedeutung des Begriffes absolut nichtiger Urteile im Lichte der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtslehre*, (w:) *Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65 Geburtstag, 6 April 1989*, red. W. F. Lindacher, Bielefeld 1989, s. 335–337, jednakże doktryna nie jest w tym zakresie zgodna, por. więcej A. Zielony, op. cit., przypis 217, s. 2055.

¹⁴ Tak wyrok Trybunału Federalnego z dnia 11.03.1992 r., *Perrodo v. Société S., AFT 118 II 199*, por. B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Stämpfli Verlag, 2006, s. 52 i nast.

¹⁵ W. Voit, *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, red. H.-J. Musielak, München 2007, s. 2524.

¹⁶ T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 389.

skargi o wznowienie postępowania (art. 1502 CPC) czy skargi opozycyjnej osoby trzeciej (art. 1501 CPC)¹⁷.

II. Źródła prawa

W zależności od tego, czy sąd państwowy orzekać będzie w przedmiocie uchylenia (unieważnienia, ustalenia nieistnienia) wyroku sądu polubownego, czy też w przedmiocie uznania bądź stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego, możliwe jest posłużenie się przez sąd przepisami dowolnego rodzaju.

I) Uchylenie wyroku sądu polubownego

Przepisy, które przewidują możliwość wyeliminowania ostatecznego krajowego wyroku sądu polubownego z obrotu prawnego, to wewnętrzne regulacje poszczególnych państw. Przepisy te, mimo że w szczegółach wykazują z jednej strony dużą różnorodność, to nierzadko czerpią swą inspirację lub są wynikiem prostej implementacji rozwiązania Ustawy Modelowej UNCITRAL w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego z 1985 r.¹⁸, Zgodnie z treścią jej art. 34 wyłącznym środkiem zaskarżenia wyroku sądu polubownego jest wniosek o jego uchylenie (określany niekiedy jako wniosek o unieważnienie), na podstawach tam określonych, co doprecyzowują regulacje procedur cywilnych lub ustaw arbitrażowych poszczególnych państw.

Od tej zasady istnieje jeden wyjątek dla państw stron Konwencji o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych między państwami i obywatelami innych państw z dnia 18 marca 1965 r. (tzw. Konwencja waszyngtońska) w zakresie wyroków sądów arbitrażowych wydanych na jej podstawie. Wskazana Konwencja jest głównym aktem prawa międzynarodowego, regulującym rozstrzyganie sporów inwestycyjnych między inwestorami jednego państwa a państwem przyjmującym inwestycję, oraz jest podstawą działań Międzynarodowego Centrum Rozwiązywania Sporów Inwestycyjnych (ICSID). Jej zastosowanie związane jest z zawieranymi przez poszczególne państwa umowami dwustronnymi w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji (Bilateral Investment

¹⁷ Zob. przypis 100 w: A. Zielony, op. cit., s. 2027.

¹⁸ Tłumaczenia ustawy wzorcowej dokonał M. Adamczyk, PPHZ 1992, t. 16. W zakresie inspiracji poszczególnych ustawodawstw por. np. uzasadnienie nowelizacji austriackiego postępowania arbitrażowego: <http://www.cm.arbitration-austria.at/dokumente/Materialien.pdf>.

Treates – BIT)¹⁹, jednakże nie każde państwo związane umowami BIT jest stroną Konwencji waszyngtońskiej²⁰. Konwencja ta w art. 52 zawiera autonomiczną regulację dotyczącą systemu kontroli wyroków arbitrażowych. Wprowadza regułę, zgodnie z którą wyroki wydane na jej podstawie nie mogą być przedmiotem żadnego postępowania przed sądem państwowym w miejscu arbitrażu, mającego na celu ich wzruszenie. Istotą tego zapisu jest wyłączenie postępowania arbitrażowego, prowadzonego na jego podstawie, spod kontroli sądów państwowych²¹.

Nie zawiera natomiast regulacji dotyczących uchylenia orzeczenia sądów polubownych przez poszczególne państwa – strony, Konwencja Europejska z 1961 r. o międzynarodowym arbitrażu handlowym²² mimo, że jej art. IX zatytułowano „Uchylenie orzeczenia arbitrażowego”. Wskazany artykuł ustanawia jedynie zasadę, zgodnie z którą uchylenie w jednym z państw będących stroną niniejszej Konwencji orzeczenia arbitrażowego podlegającego Konwencji stanowi przyczynę odmowy uznania lub wykonania tego orzeczenia w innych państwach – stronach niniejszej Konwencji tylko wówczas, gdy to uchylenie orzeczono w państwie, w którym lub według prawa którego orzeczenie to zostało wydane i tylko z powodów w tym artykule wymienionych.

Reasumując, wskazać należy, iż z wyjątkiem postanowień wiążących państwa – strony Konwencji waszyngtońskiej, jedynie wewnętrzne porządki prawne regulują przesłanki uchylenia wyroku krajowego sądu polubownego.

Spośród wszystkich istotnych regulacji wyróżnić należy specyfikę rozwiązań przyjętych np. we Francji, Szwajcarii, Szwecji, Belgii, Włoszech, gdzie wyróżnia się odrębny reżim prawny dla wyroków wydanych w ramach krajowego postępowania polubownego a wyroków wydanych również na terytorium państwa, ale w ramach międzynarodowego postępowania arbitrażowego. Z tego rozróżnienia wynikają dwie główne konsekwencje. Po pierwsze, na tym tle ustawodawstwa krajowe dokonują rozróżnienia w zakresie warunków i przesłanek postępowania w przedmiocie uchylenia wyroku sądu polubownego krajowego i uchylenia wyroku sądu polubownego międzynarodowego. Po drugie, część ustawodawstw dopuszcza możliwość wyłączenia przez strony w arbitrażu

¹⁹ Więcej na ten temat por. W. Sadowski, *Sądowa kontrola wyroków arbitrażowych w sporach inwestycyjnych*, Materiały pokonferencyjne „Perspektywy rozwoju sądownictwa arbitrażowego” Katowice, 20–21.11.2008 r., „ADR” nr 2/2009.

²⁰ Według stanu na czerwiec 2012 r. Konwencję waszyngtońską podpisało 161 państw, por. informacje zamieszczone na: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&langage=English>.

²¹ W. Sadowski, op. cit. s. 37.

²² Konwencja podpisana w Genewie 21 kwietnia 1961 r. (Dz. U. z 1964 r., Nr 40, poz. 270).

międzynarodowym prawa do wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego wydanego na jego terytorium.

Każde z państw tworzy jednocześnie własną definicję postępowania prowadzonego na jego terytorium, które uznaje za „międzynarodowe”. Przykładowo ustawodawca francuski za arbitraż międzynarodowy uznaje arbitraż, którego przedmiotem są interesy handlu międzynarodowego²³. Arbitraż międzynarodowy w Szwajcarii, zgodnie z art. 176 ust. 1 szwajcarskiego Prawa prywatnego międzynarodowego (IPGR²⁴, w odróżnieniu od arbitrażu krajowego, który aktualnie unormowany został w szwajcarskiej ustawie o postępowaniu cywilnym²⁵), to arbitraż prowadzony pomiędzy stronami, z których przynajmniej jedna nie posiada miejsca zamieszkania ani stałego pobytu w Szwajcarii.

Rozróżnienie arbitrażu krajowego i międzynarodowego ma zasadnicze znaczenie dla zakresu kontroli sprawowanego nad takim wyrokiem przez sąd państwowy. Czytelny w tym zakresie będzie szczególnie przykład francuskiej procedury cywilnej, w której kontrola nad orzeczeniem wyroku sądu polubownego wydanego na terytorium Francji w arbitrażu międzynarodowym odbywa się na zasadach podobnych do kontroli zagranicznego wyroku sądu polubownego, a nie na zasadach przewidzianych dla krajowych wyroków. W konsekwencji według prawa francuskiego uznanie i wykonanie wyroku sądu polubownego, wydanego w arbitrażu międzynarodowym, na podstawie art. 1514 CPC następuje na takich samych warunkach, jak uznanie i wykonanie zagranicznego wyroku sądu polubownego. Strona musi wykazać jego istnienie, a nadto wyrok taki nie może być oczywiście sprzeczny z międzynarodowym porządkiem publicznym²⁶. Wyrokowi takiemu musi być nadany *exequatur* (art. 1516 ust. 1 CPC), a w przypadku odmowy nadania *exequatur* stronom przysługuje apelacja. W przypadku arbitrażu międzynarodowego, uwzględniając skargę o uchylenie

²³ Na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów francuskiej procedury cywilnej arbitrażu krajowego dotyczył art. 1481 procedury francuskiej – CPC, zaś arbitrażu międzynarodowego – art. 1501 NCPC, tak T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 386, na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów A. Zielony, op. cit., s. 2024 oraz przypis 72 i nast.

²⁴ Tekst ustawy opublikowano np. na stronie Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html>.

²⁵ Tekst szwajcarskiej ustawy o postępowaniu cywilnym z dnia 18 grudnia 2008 r., która weszła w życie 1 stycznia 2011 r. udostępnia Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft, por. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c272.html>.

²⁶ Co istotne, według części autorów dla potrzeb egzekucji przepisy francuskie nie wprowadziły różnicy pomiędzy wyrokiem wydanym we Francji w arbitrażu międzynarodowym a zagranicznym wyrokiem sądu polubownego, tak A. Zielony, op. cit., s. 2032 oraz 2038 i 2039.

wyroku sądu polubownego sąd państwowy, nie może orzekać merytorycznie, a tylko uchylić wyrok²⁷.

Również włoski ustawodawca dokonał rozróżnienia pomiędzy arbitrażem krajowym i międzynarodowym. Zgodnie z nim, jeżeli wyrok sądu polubownego dotyczy stron mających miejsce zamieszkania lub siedzibę na terenie Republiki Włoskiej, sąd apelacyjny orzeka co do istoty sprawy w wypadku, gdy wyrok był zaskarżony z powodów wskazanych w art. 829 ust. 1 pkt 5–12 oraz ust. 3–5 włoskiej procedury cywilnej, pod warunkiem, że strony w umowie o arbitraż lub później inaczej nie postanowiły. Jednak gdy jedna ze stron do dnia podpisania umowy o arbitraż miała miejsce zamieszkania lub siedzibę za granicą, sąd apelacyjny rozstrzyga co do istoty sprawy tylko, jeśli strony tak postanowiły w umowie o arbitraż albo złożyły zgodny wniosek. Różnica w zakresie arbitrażu krajowego i międzynarodowego sprowadza się do tego, że w tym pierwszym wypadku sąd apelacyjny może niejako automatycznie orzec co do istoty sprawy (jeśli strony nie postanowiły inaczej), natomiast w drugim sąd apelacyjny potrzebuje zawsze jednoznacznie wyrażonej woli stron w tym zakresie²⁸.

II) Uznanie i stwierdzenie wykonalności zagranicznego wyroku sądu polubownego

Źródłem prawa dla sądu państwowego w zakresie uznawania i wykonywania przez państwo orzeczeń zagranicznych sądów polubownych są regulacje dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, szereg państw²⁹ jest związanych jako strona postanowieniami konwencji międzynarodowych, tj. Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 10 czerwca 1958 r.³⁰, (Konwencja nowojorska) czy modyfikującej jej zapisy Konwencji europejskiej w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego z 1961 r.³¹. Prawo międzynarodowe, które swoim zakresem obejmuje kwestie kontroli zagranicznych orzeczeń sądów polubownych jest oczywiście szczególnie istotne.

²⁷ Ibidem, s. 2049.

²⁸ Więcej por. M. Michalska, *Zaskarżenie wyroku sądu polubownego według włoskiego Kodeksu postępowania cywilnego*, „ADR” nr 1/2008.

²⁹ Aktualnie stroną Konwencji jest około 140 państw, por. http://arbitraz.laszczyk.pl/_adr/63/ Wybrane zagadnienia stosowania Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych.pdf.

³⁰ Dz. U. z 1962 r., Nr 9, poz. 61.

³¹ Dz. U. z 1964 r., Nr 40, poz. 270.

Kontrola zagranicznego wyroku sądu polubownego odbywa się też na podstawie wewnętrznych regulacji dotyczących uznania lub wykonania zagranicznego wyroku sądu polubownego, przy czym niektóre państwa, jak np. Szwajcaria czy Niemcy, w zakresie uznania i wykonania wyroków sądów zagranicznych odwołują się wprost do postanowień Konwencji nowojorskiej z 1958 r. (tak § 1061 ust. 1 niemieckiego ZPO czy art. 194 szwajcarskiego IPRG).

III. Zakres badania wyroków sądów arbitrażowych przez sądy państwowe

I) Badanie przesłanek formalnych

Wymienione powyżej źródła prawa wyznaczają przesłanki i podstawy kontroli wyroków sądów polubownych przez sądy państwowe, czyli zakres ingerencji sądu w orzeczenia sądu polubownego. Generalną zasadą w praktyce międzynarodowej jest brak prawa do merytorycznego badania przez sąd państwowy wyroku sądu polubownego³² (*revision au fond*), a tylko możliwość domagania się jego uchylecia (stwierdzenia nieważności) na podstawie enumeratywnie wskazanych przesłanek³³.

Zasada ta doznaje licznych odstępstw. Analiza poszczególnych ustawodawstw wykazuje na sporą liczbę regulacji, w których sądy państwowe mają praktyczną możliwość dokonania pełnej kontroli merytorycznej rozstrzygnięcia wydanego w ramach postępowania arbitrażowego³⁴. W poszczególnych państwach środek ten określony jest jako żądanie lub zażalenie, przy czym w niektórych ustawodawstwach ten środek posiada dodatkowo elementy skargi o wznowienie postępowania (np. w Belgii, Grecji, Holandii)³⁵. Do badania merytorycznego wyroku sądu polubownego może też dojść w sytuacji rozpatrywania zarzutu naruszenia porządku publicznego czy też wyjścia poza zakres kompetencji sądu polubownego, co do części sporu.

³² Por. przykładowo M. Wiebecke, op. cit. s. 223.

³³ E. Marszałkowska-Krześ, Ł. Błaszczak, *Kontrola wyroku sądu polubownego przez sąd powszechny*, „ADR” nr 4/2011, s. 65–66.

³⁴ Szczególnie w przypadku podziału na regulacje dotyczące krajowego i międzynarodowego arbitrażu wyraźnie jest możliwość znacznie dalszej ingerencji w tzw. orzeczenie czysto krajowe, por. np. rozwiązania Francji czy Szwajcarii.

³⁵ T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 386.

II) Badanie merytoryczne przez sąd państwowy orzeczenia sądu polubownego

1. Problematyka klauzuli porządku publicznego

W postępowaniach zarówno o uchylenie wzroku sądu polubownego, czy w postępowaniach o jego uznanie czy stwierdzenie wykonalności, sąd państwowy może ustalać zgodność kontrolowanego rozstrzygnięcia z klauzulą porządku publicznego, czyli ustalać, czy z uwagi na ochronę porządku prawnego państwa orzeczenie nie pochodzące od organu sądowego ma odnieść skutek prawny³⁶.

„Porządek publiczny” chroni interesy związane z suwerennością państwa i jest koncepcją, która wyraża ogólną ideę wartości chronionych przez państwo. W sferze materialnoprawnej oznacza badanie wyników realizacji stosunku prawnego w aspekcie tych ogólnie chronionych idei danego państwa. Oznacza to, że w ramach skargi o uchylenie (uznanie i wykonanie orzeczenia sądu polubownego) sąd państwowy może wnikać w istotę sporu, który był przedmiotem analizy sądu polubownego i znalazł wyraz w postaci wyroku sądu polubownego.

Wprawdzie Sąd Najwyższy Austrii uznał, że zarzut naruszenia porządku publicznego nie powinien prowadzić do faktycznego czy prawnego badania wyroku sądu polubownego³⁷, niemniej jednak, jak słusznie się zauważa – trudno ocenić, czy dany wyrok narusza materialnoprawny porządek prawny, jeśli nie bada się samego stosunku prawnego i wyniku jego realizacji bądź odmowy realizacji dla zachowania porządku prawnego danego państwa. Co więcej, doktryna wskazuje, iż niezastosowanie przez sąd polubowny przepisów bezwzględnie obowiązujących może nastąpić z uwagi na błędną ocenę tego sądu, iż nie ma przesłanek do ich stosowania, oznacza możliwość naruszenia porządku publicznego, gdy fakty sprawy zostały błędnie ocenione³⁸. W związku z tym wskazuje się na problem związany z badaniem podstawy faktycznej wyroku arbitrażowe-

³⁶ Kwestia klauzuli porządku publicznego wymagałaby odrębnego opracowania, niniejsza praca sygnalizuje styk problematyki klauzuli porządku prawnego a badanie przez sąd państwowy *de facto* zasadności merytorycznej rozstrzygnięcia sądu państwowego. Odnośnie samej klauzuli porządku publicznego jako przesłanki warunkującej skuteczność wyroku sądu polubownego por. więcej: A. Wiśniewski, *Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylenia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego)*, *Materiały pokonferencyjne „Perspektywy rozwoju sądownictwa arbitrażowego”*, Katowice 20–21.11.2008 r., „ADR” nr 2/2009, Ł. Błaszczak, *Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego*, „ADR” nr 3/2008.

³⁷ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego w Wiedniu z dnia 1 kwietnia 2008 r. GZ 5 Ob 272/07, opubl. na: [http://www.jusguide.at/index.php?id=88&tx_ttnews\[tt_news\]=1603](http://www.jusguide.at/index.php?id=88&tx_ttnews[tt_news]=1603), tak też A. Wiśniewski, op. cit.

³⁸ A. Wiśniewski, op. cit.

go i dopuszczalności ponownego zbadania faktów sprawy przez sąd państwowy z uwagi na zarzut naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących³⁹.

Kwestia zakresu kontroli orzeczenia sądu polubownego przez sąd państwowy, czy to w ramach skargi o uchylenie, czy uznanie i wykonanie wyroku sądu polubownego zależeć będzie od tego, czy według danego państwa naruszenie porządku publicznego wiąże się wyłącznie z naruszeniem podstawowych (fundamentalnych) zasad, czy też oddziaływanie tej klauzuli obejmuje także naruszenie norm bezwzględnie obowiązujących. W sposób przychylny dla sądów polubownych Sąd Najwyższy w Wiedniu w cytowanym orzeczeniu z dnia 1 kwietnia 2008 r.⁴⁰ stwierdził, że nie każde naruszenie normy bezwzględnie obowiązującej oznacza naruszenie porządku publicznego, a wyroki sądów polubownych nie mogą być uchylone z uwagi na każde naruszenie normy bezwzględnie obowiązującej.

Problem określenia zakresu merytorycznej kontroli orzeczenia arbitrażowego przez sąd państwowy wygląda jeszcze inaczej, gdy arbitrzy zostali upoważnieni do orzekania na podstawie ogólnych zasad prawa lub zasad słuszności⁴¹. W doktrynie podkreśla się, iż wówczas zastosowanie klauzuli porządku publicznego będzie, przynajmniej w odniesieniu do zasad słuszności, wątpliwe⁴².

Jedynie wzmiankować można o aspekcie zgodności orzeczenia wyroku sądu polubownego z porządkiem prawnym Unii Europejskiej⁴³. Niewątpliwie,

³⁹ Sam cyt. wyżej autor wskazuje, iż należałoby dopuścić w ramach prowadzonej przez sąd państwowy kontroli, możliwość weryfikacji podstawy faktycznej rozstrzygnięcia arbitrow, w wypadku jednak, gdy – po pierwsze – zarzut naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących sąd państwowy uznałby za uzasadniony, a po drugie – dodatkowo istniałoby zagrożenie naruszenia w ten sposób jednej z podstawowych zasad porządku prawnego. Autor wskazuje, że dokonanie takiego ustalenia mogłoby być niezwykle trudne, niemniej jednak nie można pozbawiać sądu państwowego możliwości kontroli podstawy faktycznej wyroku arbitrażowego. Sąd państwowy może zapobiegać rażącym i oczywistym rozbieżnościom pomiędzy faktami przyjętymi w aktach sprawy arbitrażowej a faktami uwzględnionymi w podstawie wyroku arbitrażowego. Autor wskazuje na zasadę *pacta sunt servanda* – jak ustalić, czy umowa została rzeczywiście zawarta, nie analizując faktów? – zasadniczo nie byłoby to w ogóle możliwe.

⁴⁰ Orzeczenie wskazane w przypisie 37.

⁴¹ Por. P. Pösch, *Internationales Schiedsverfahren in Österreich und inländische Gerichtsbarkeit* (§ 28 JN), GesRZ 1980, 72ff., W. Melis, *Yearbook, Commercial Arbitration IX–1984*, 159ff.

⁴² Por. A. Wiśniewski, op. cit. Jeszcze inną kwestią jest zagadnienie kontroli orzeczenia sądu arbitrażowego przez sąd państwowy w sytuacji pojawienia się zarzutu popełnienia przestępstwa przy wydawaniu rozstrzygnięcia, w tym zakresie por. P. Cioch, K. Mularczyk, *Sprawozdanie z seminarium naukowego „Sądowa kontrola rozstrzygnięć arbitrażowych i ugód mediacyjnych”* „ADR” nr 4/2010.

⁴³ A. Różalska-Kucal, *„Międzynarodowy arbitraż inwestycyjny – potrzeba zmian*

obecnie uznanie i wykonanie zagranicznych wyroków arbitrażowych jest wyłączone spod działania rozporządzenia Rady (WE) Nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych. Prawo Unii nie ingeruje w kwestię uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego, z pewnymi jednak wyjątkami. Najgłośniejszy z nich został sformułowany przez Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Eco Swiss* (wyrok z 25.2.1999 r., C-126/97)⁴⁴, w której Trybunał stwierdził, że prawo UE stanowi część porządku publicznego. Sąd państwa członkowskiego ma więc obowiązek uchylić wyrok arbitrażowy (w ramach odpowiedniego postępowania ze skargi o uchylenie), jeżeli wyrok ten jest sprzeczny z art. 85 TWE (obecnie art. 101 TFUE), na podstawie klauzuli porządku publicznego, a to oznacza konieczność jego badania przez sąd państwowy pod kątem zgodności z porządkiem wspólnotowym.

2. Możliwość oddzielenia w rozstrzygnięciu spraw, które zostały poddane arbitrażowi, od rozstrzygnięcia spraw nie poddanych arbitrażowi (Art. V ust. 1 c) Konwencji nowojorskiej)

W świetle art. V ust. 1 c Konwencji nowojorskiej odmowa uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego może mieć miejsce, gdy orzeczenie odnosi się do sporu nie wymienionego w kompromisie lub nie podpadającego pod zakres klauzuli arbitrażowej albo że zawiera rozstrzygnięcia przekraczające granice kompromisu lub klauzuli arbitrażowej; jeżeli jednak rozstrzygnięcie spraw, które zostały poddane arbitrażowi, da się oddzielić od rozstrzygnięcia spraw nie poddanych arbitrażowi, to ta część orzeczenia, która zawiera rozstrzygnięcie spraw poddanych arbitrażowi, może zostać uznana i wykonana. Z powyższego można wyciągnąć wniosek, że części orzeczenia sąd może odmówić exequatur, a części może nadać. To rozwiązanie nie dyskwalifikuje od razu całego orzeczenia, chyba że w całości nie odnosi się ono do sporu wymienionego w umowie o arbitraż. Chcąc oddzielić poszczególne części orzeczenia i wyłowić tę część, którą można uznać lub wykonać, sąd państwowy musi wnikać w meritum orzeczenia, co poniekąd może pozostawać w sprzeczności z zakresem kontroli

regulacji prawnych” – *sprawozdanie z konferencji*, „ADR” nr 1/2011, s. 86–87 (panel zaprezentowany przez mec. J. Szparę oraz mec. M. Łaszczuka).

⁴⁴ Treść orzeczenia opubl. np.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

dokonywanej w ramach postępowania o uznanie lub wykonanie. Jednakże, jak wskazuje się, takie uregulowanie jest korzystniejsze dla wierzyciela, ponieważ eliminuje możliwość odmowy uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego niekiedy z bardzo błahego powodu⁴⁵.

Warto zwrócić uwagę, że konieczność „oddzielenia” kwestii mieszczących się w kompetencjach sądu polubownego od kwestii wykraczających poza umowę stron przewidują również regulacje wewnętrzne państw, np. § 611 ust. 2 pkt 3 austriackiego ZPO wskazuje, iż uchyleniu ulega wyrok arbitrażowy, gdy spór, który rozstrzyga, nie jest wspomniany w umowie arbitrażowej albo nie podpada pod postanowienia klauzuli arbitrażowej, albo zawiera rozstrzygnięcia, które przekraczają granice zapisu arbitrażowego; jeżeli jednak postanowienia orzeczenia, które odnoszą się do kwestii poddanych pod arbitraż, mogą być oddzielone od postanowień dotyczących kwestii niepoddanych arbitrażowi, jedynie część orzeczenia zawierająca rozstrzygnięcia dotyczące kwestii niepoddanych pod arbitraż będzie mogła być uchylona; doktryna podobną zasadę odnosi do § 1059 ust. II pkt 1 d) niemieckiego ZPO⁴⁶.

3. Możliwość badania merytorycznego wyroków sądów polubownych przewidziana przez poszczególne ustawodawstwa krajowe w ramach rozpatrywania wniosku o uchylenie wyroku sądu polubownego (lub podobnego środka)

Zgodnie z duchem Ustawy Modelowej UNCITRAL z 1985 r., strony biorą na siebie ryzyko, że wyrok wydany przez sąd polubowny będzie zawierał rozstrzygnięcie błędne, tj. naruszające przepisy prawa materialnego⁴⁷. Co jednak oczywiste, nie wszystkie państwa taką zasadę transportowały do wewnętrznych regulacji.

Zasada, zgodnie z którą sąd państwowy z reguły nie ma prawa merytorycznego badania wyroku sądu arbitrażowego, a tylko może uchylić to orzeczenie z przyczyn wyczerpująco wyliczonych w ustawie⁴⁸, może w związku z tym do-

⁴⁵ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, op.cit. s., 308–309 oraz B. Wysocka, *Uznanie i wykonanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych w Polsce*, Warszawa 1988, s. 63.

⁴⁶ M. Wiebecke, op. cit., s. 233.

⁴⁷ O. Chukwumerije, *The English Arbitration Act of 1996*, 15 Arb. Int'l 171 (1999), s. 189.

⁴⁸ E. Marszałkowska-Krześ, Ł. Błaszczak, *Kontrola wyroku sądu polubownego przez sąd powszechny*, „ADR” nr 4/2011, s. 65–66.

znać uszczerbku z uwagi na występującą w niektórych systemach krajowych możliwość podnoszenia zarzutów o charakterze merytorycznym (apelacyjnym).

Przykładem takich regulacji jest włoski system prawny, gdzie zakres badania orzeczenia arbitrażowego przez sąd państwowy będzie uzależniony od rodzaju zapadłego orzeczenia. Wskazany porządek prawny przewiduje dwa rodzaje rozstrzygnięć sądu polubownego, które podlegają zaskarżeniu w odrębnym trybie. Nowelizacją z 2006 r. wprowadzono zasadnicze zmiany w zakresie przesłanek zaskarżenia z powodu nieważności z powołaniem się na naruszenie prawa materialnego (*errori in iudicando*), dopuszczając taką możliwość, gdy wyraźnie przewidywały ją strony albo wprowadza ją ustawa (art. 829 ust. 3 włoskiej procedury cywilnej)⁴⁹.

Wypadki, w których z mocy ustawy dopuszczalne jest zaskarżenie wyroku sądu polubownego z powodu naruszenia prawa materialnego, są wymienione m.in. w art. 829 ust. 4 włoskiej procedury cywilnej, zgodnie z którym zaskarżenie wyroku sądu polubownego z powołaniem się na naruszenie prawa materialnego jest zawsze dopuszczalne w sprawach określonych w art. 409 albo jeśli arbitrzy rozstrzygnęli kwestię wstępną, która nie mogła być poddana pod rozstrzygnięcie sądu polubownego⁵⁰. Zasadą jest, iż wyrok sądu polubownego może być zaskarżony z powodu naruszenia prawa materialnego, jeśli strony lub ustawa przewidywały taką możliwość, a rozstrzygnięcie nie zostało oparte na zasadach słuszności⁵¹.

Możliwość zaskarżenia apelacją wyroku sądu arbitrażowego przewidują przepisy procedury cywilnej francuskiej w art. 1489 francuskiego CPC, przy czym możliwość taka jest przewidziana przy spełnieniu dwóch warunków: po pierwsze – musi być przewidziana w umowie stron, a po drugie dotyczyć wyłącznie wyroku wydanego w arbitrażu krajowym, czyli w rozumieniu prawa francuskiego, którego przedmiotem nie są interesy handlu międzynarodowego. W przypadku gdy strony nie przewidywały apelacji, to wówczas przysługuje im skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 1491 CPC). O ile w przy-

⁴⁹ Więcej por.: M. Michalska, *Zaskarżenie wyroku sądu polubownego według włoskiego Kodeksu postępowania cywilnego*, „ADR”, nr 1/2008, s. 55–62 oraz M. Michalska, *Sąd polubowny według włoskiego KPC*, (w:) *Sądu polubowne i mediacja*, red. Jan Olszewski, Warszawa 2008, s. 333–335.

⁵⁰ G. Vecchio, (w:) *Il nuovo processo arbitrale. Commento alle novità introdotte dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40*, red. C. Cecchella, Guida al diritto 2006, nr 4, s. 165 i 169, podają za: M. Michalska, *Zaskarżenie wyroku sądu polubownego według włoskiego Kodeksu postępowania cywilnego*, „ADR” nr 1/2008.

⁵¹ G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile t. 2. L'arbitrato - L'esecuzione forzata – I procedimenti speciali*, Padwa 2007, s. 50, podają za: M. Michalska, op. cit.

padku uchylenia wyroku sądu polubownego traci on wszelkie skutki prawne, to w przypadku apelacji sąd państwowy rozstrzyga co do meritum sprawy i orzeczenie sądu państwowego wchodzi w miejsce wyroku sądu polubownego⁵².

Możliwość badania przez sąd państwowy prawidłowości wydanego wyroku posiada wielowiekową tradycję w prawie angielskim. Inaczej niż w większości systemów prawnych, prawo angielskie dopuszcza możliwość badania nie tylko wad postępowania, ale również prawidłowość zastosowanego prawa w danym sporze, a więc dopuszcza badanie zawartości treści orzeczenia (*appeal on a point of law*)⁵³. Podważanie orzeczeń sądu polubownego może nastąpić na podstawie art. 67 Arbitration Act, czyli w sytuacji przekroczenia/braku kompetencji sądu polubownego. Wprawdzie instytucja „*appeal on a question of law*” jest ograniczona, to strony na podstawie art. 69 Arbitration Act poprzez stosowny zapis umowy mogą zarówno wyłączyć, jak i rozszerzać – w granicach określonych ustawą – badanie wyroku sądu polubownego pod kątem prawidłowości zastosowanego. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Arbitration Act zarzut naruszenia prawa przez sąd polubowny może dotyczyć wyłącznie prawa Anglii, Walii albo Irlandii⁵⁴. Jak zauważył Sąd Najwyższy w Londynie – sądy państwowe mogą badać wyroki sądów polubownych w ramach apelacji, ale tylko w granicach, jakie przewidują to przepisy prawa. W związku z tym angielski sąd państwowy nie może dokonywać oceny sprawy pod kątem ustaleń faktycznych sądu polubownego, nawet jeśli taką kompetencję sądu strony przewidziały w umowie na sąd polubowny⁵⁵.

Ustawodawstwo Ameryki Północnej⁵⁶, jest obok rozwiązań przyjętych w Szwajcarii, Włoszech i państwach Ameryki Łacińskiej⁵⁷, przykładem ustawodawstwa, które przewiduje możliwość wniesienia innego, poza wnioskiem o uchylenie

⁵² A. Zielony, op. cit., s. 2030–2031 oraz literatura podana w przypisie 110, s. 2031. Co istotne, autor wskazuje jednocześnie, że w systemie prawa francuskiego skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego co do zasady nie jest środkiem o kasatoryjnym charakterze. Jej uwzględnienie powoduje bowiem na podstawie art. 1493 CPC, o ile strony nie postanowią odmiennie, że sąd państwowy, uchylając wyrok arbitrażowy, ma obowiązek rozstrzygnąć spór rozpoznany w uchylonym orzeczeniu i w granicach powierzonych arbitrom – por. op. cit., przypis 108, s. 2030.

⁵³ S. K. Huber, *State regulation of arbitration proceedings: judicial review of arbitration awards by state courts*, s. 576 – 577, opubl. <http://cardozoocr.com/vol10no2/509–578.pdf>.

⁵⁴ Więcej por. F. Anselm, op. cit. s. 202–206.

⁵⁵ Wyrok Sądu Najwyższego w Londynie z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie Guangzhou Dockyards Co Ltd v. ENE Aegiali I.

⁵⁶ M. Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein 1968, s. 335 i nast.

⁵⁷ A. J. van den Berg, *L'arbitrage commercial en Amérique Latine*, „Revue de l'arbitrage” 1979, s. 184–191, podaję za T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 386, przypis 15.

nie, środka odwoławczego do sądu państwowego od wyroku sądu polubownego. Środek ten ma charakter apelacji i, jak wskazuje się, jest rzadko stosowany.

IV. Przesłanki uchylenia wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy

Pomimo sporej różnorodności w określaniu przesłanek uchylenia wyroku sądu polubownego, analiza wewnętrznych regulacji poszczególnych państw pozwala na wyodrębnienie pewnych powtarzających się grup okoliczności, wspólnych dla poszczególnych porządków prawnych, co do których z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że ich wystąpienie będzie stanowić podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego⁵⁸ w każdym układzie procesowym.

Warto przy tym podkreślić, iż okoliczność, będąca podstawą do uchylenia wyroku sądu polubownego, może być różnie kwalifikowana przez ustawę danego państwa. Przykładowo, brak zdolności arbitrażowej stanowi podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego, określoną w art. 1059 ust. 2 pkt. 2 a) niemieckiej procedury cywilnej (ZPO). Jak wskazują komentatorzy, w podstawach uchylenia wyroku sądu polubownego, określonych w art. 68 angielskiej Arbitration Act z 1996 r., który wymienia wady proceduralne, przesłanka taka nie została wyartykułowana⁵⁹. Natomiast brak zdolności arbitrażowej prowadzi do nieważności zapisu na sąd polubowny, tym samym jest to podstawa do uchylenia wyroku sądu polubownego w oparciu o art. 67 Arbitration Act, który określa jako podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego brak kompetencji tego sądu do rozstrzygnięcia sprawy. Ewentualnie, brak zdolności arbitrażowej można uznać za podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego na tej podstawie, że narusza to porządek publiczny⁶⁰.

Katalog przesłanek uchylenia (unieważnienia) orzeczenia sądu arbitrażowego przez sąd polubowny zwykle zbliżony jest do art. 34 ust. 2 Ustawy Modelowej UNCITRAL, przy czym poszczególne państwa wykazują się niekiedy dużą różnorodnością przyjętych rozwiązań. W związku z tym wskazać można na:

⁵⁸ Przesłanki ustalenia nieważności/nieistnienia wyroku sądu polubownego mieszczą się w przesłankach uchylenia wyroku sądu polubownego w państwach, które nie wyodrębniają takiego katalogu podstaw kwestionowania wyroku.

⁵⁹ Przesłanka braku zdolności arbitrażowej stanowi natomiast, zgodnie z art. 103 Arbitration Act, podstawę do odmowy wykonania zagranicznego wyroku sądu polubownego.

⁶⁰ Por. F. Anselm, op. cit, s. 192.

1. Brak zdadności arbitrażowej, czyli sytuacja, w której jedna ze stron umowy o arbitraż nie była zdolna do czynności prawnych lub nie miała zdadności arbitrażowej. Przesłankę tę artykułuje np. § 1059 ust. II pkt 1 a) niemieckiego ZPO, art. 44 ust. 1 japońskiej ustawy arbitrażowej, § 611 ust. 2 pkt. 7 austriackiego ZPO.
2. Naruszenie zasady równości stron, czyli sytuacja, w której jedna ze stron np. nie została należycie powiadomiona o mianowaniu arbitra lub o postępowaniu arbitrażowym albo też z innego powodu nie mogła dochodzić swoich praw. Zasadę tę przewiduje chociażby art. 1074 ust. II lit. g belgijskiego kpc, art. 1484 francuskiego kpc, art. 33 angielskiego Arbitration Act, art. 44 ust. 3 japońskiej ustawy arbitrażowej. Także na gruncie prawa amerykańskiego (art. 10 a amerykańskiego Arbitration Act) naruszenie procedury, które skutkuje w zachwianiu równości stron, jest przesłanką do uchylenia wyroku. W prawie niemieckim zasada ta wyrażona jest w art. 1042 niemieckiego ZPO, a sankcjonuje ją § 1059 ust. II pkt 1 b) i c) ZPO. Zgodnie z art. 190 ust. 2 lit. d szwajcarskiego IPRG, naruszenie zasady równości stron oraz prawa do bycia wysłuchanym w postępowaniu kontradiktoryjnym prowadzi do uchylenia wyroku sądu polubownego. Nieprzestrzeganie w toku postępowania arbitrażowego zasady kontradiktoryjności stanowi podstawę do uchylenia decyzji arbitrów na podstawie art. 808³ ust. 2 f) włoskiego kodeksu postępowania cywilnego. Z kolei § 594 ust. 2 zd. 1 austriackiego ZPO przewiduje, że strony muszą być przed sądem polubownym równo traktowane. Podobnie, zgodnie z art. 34 ust. 2 lit. a ii) Ustawy Modelowej UNCITRAL można żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeśli strona nie była należycie zawiadomiona o wyznaczeniu arbitra. Sytuacja, w której sąd polubowny nie respektował zasady kontradiktoryjności, stanowi podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego na podstawie art. 1492 ust. 4 francuskiego CPC.
3. Orzeczenie dotyczy sporu niewymienionego w umowie o arbitraż lub przekracza zakres umowy o arbitraż albo klauzuli arbitrażowej. Przesłankę tę artykułuje np. § 1059 ust. II pkt 1 d) niemieckiego ZPO, zgodnie z którym uchyleniu ulega wyrok arbitrażowy, gdy spór, który rozstrzyga, nie jest wspomniany w umowie arbitrażowej albo nie podpada pod postanowienia klauzuli arbitrażowej, albo zawiera rozstrzygnięcia, które przekraczają granice zapisu arbitrażowego. Podobną regulację przewiduje § 611 ust. 2 pkt 3 austriackiego ZPO. Brak właściwości sądu arbitrażowego, jak też przekroczenie przez ten sąd

poza zakres pozwu lub nieobjęcie wszystkich kwestii poddanych pod rozstrzygnięcie trybunału stanowi podstawę do uchylenia jego wyroku na podstawie art. 190 (2) (lit. b i c) szwajcarskiego IPRG. Podjęcie przez arbitrów decyzji co do sporu nieobjętego umową o arbitraż lub rozstrzygnięcie w wyroku o roszczeniach nieobjętych umową o arbitraż, pod warunkiem, że strona w toku postępowania arbitrażowego zgłaszała zarzuty, iż wnioski strony przeciwnej dotyczą roszczeń wykraczających poza zakres umowy o arbitraż, a także gdy w wyroku rozstrzygnięto co do meritum spór, który nie mógł być merytorycznie rozstrzygnięty, stanowi podstawę do uchylenia decyzji arbitrów przez sąd państwowy na podstawie art. 808³ ust. 2 b) i art. 829 ust. 1 pkt 4 włoskiej ustawy procesowej. Podobną zasadę wyraża art. 44 ust. 4 japońskiej ustawy arbitrażowej. Sytuacja, w której sąd polubowny rozstrzygnął sprawę, nie biorąc pod uwagę zadania, które zostało mu powierzone, stanowi podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego na podstawie art. 1492 ust. 3 francuskiego CPC. Brak kompetencji sądu polubownego do rozpoznania sprawy bądź jej przekroczenie stanowi podstawę do uchylenia orzeczenia sądu polubownego zgodnie z art. 67 angielskiego Arbitration Act⁶¹.

4. Naruszenie przez sąd polubowny określonych przez strony zasad postępowania. Powszechnie aprobowaną zasadą, która musi być przestrzegana w trakcie postępowania przed sądem polubownym, jest branie pod uwagę zasad postępowania ustalonych przez strony. Okoliczność ta na podstawie art. 36 ust. 1 lit. a ii) Ustawy Modelowej UNCITRAL stanowi podstawę odmowy uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego. Jej naruszenie ma miejsce również wówczas, gdy utworzenie sądu arbitrażowego lub postępowanie arbitrażowe nie było zgodne z porozumieniem stron lub, że w razie braku takiego porozumienia utworzenie sądu lub postępowanie było niezgodne z przepisem powszechnie (bezwzględnie) obowiązującym (aczkolwiek wiele ustawodawstw traktuje niewłaściwe ukonstytuowanie się sądu polubownego jako odrębną przesłankę uchylenia wyroku – tak np. § 1059 ust. 2 pkt. 1 lit. d pierwsza alternatywa niemieckiego ZPO, § 611 ust. 2 pkt 4 austriackiego ZPO, art. 190 ust. 2 lit. a szwajcarskiego IPGR, 44 ust. 2 japońskiej ustawy procesowej).

⁶¹ Na tej podstawie Sąd Najwyższy Anglii orzeczeniem z dnia 3 października 2010r. oddalił kasację Tourism Holding Company, od wyroku sądu apelacyjnego, który uchylił wyrok sądu polubownego, w którym Trybunał Arbitrażowy ICC w Paryżu zasądził na jego rzecz od rządu Pakistanu kwotę 20 mln USD, por. orzeczenie opubl. na http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0165_Press Summary.pdf.

Stosownie do § 1059 ust. 2 pkt 1 lit. d) niemieckiego ZPO wyrok sądu polubownego podlega uchyleniu w przypadku, gdy postępowanie arbitrażowe nie odpowiadało m.in. umowie stron i fakt ten miał wpływ na wydane rozstrzygnięcie. Również prawa angielskie i amerykańskie przewidują kontrolę sądu państwowego nad przestrzeganiem przez sąd polubowny ustaleń stron odnośnie do procedury. W przypadku stwierdzenia uchybienia w tym zakresie, mowa jest o *misconduct*. Zgodnie z art. 68 angielskiego Arbitration Act z 1996 r., strona może po zawiadomieniu drugiej strony i trybunału arbitrażowego wnieść odwołanie od wyroku arbitrażowego, jeśli podstawą są poważne naruszenia dotyczące trybunału, procedury lub wyroku. Niezastosowanie przez arbitrów reguł narzuconych przez strony jako warunków ważności decyzji stanowi podstawę do uchylenia decyzji arbitrów przez włoski sąd państwowy na podstawie art. 808³ ust. 2 e) włoskiego kpc. Nieprawidłowe utworzenie sądu polubownego stanowi przesłankę do uchylenia wyroku sądu arbitrażowego według art. 1492 ust. 2 francuskiego CPC.

5. Orzeczenie arbitrażowe nie zostało wydane na podstawie ważnej umowy na sąd polubowny (umowa ta jest nieważna wedle prawa, któremu strony ją poddały) albo w razie braku wskazówki w tym względzie wedle prawa danego państwa. Tytułem przykładu należy wskazać w tym miejscu na § 1059 ust. II pkt 1 lit. a druga alternatywa niemieckiego ZPO, w myśl którego wyrok sądu polubownego podlega uchyleniu, jeśli nie został wydany na podstawie ważnej umowy na sąd polubowny. Podobne regulacje znajdują się w belgijskim prawie arbitrażowym, jak również we włoskim Kodeksie postępowania cywilnego w art. 808³ ust. 2 a) i art. 829 ust. 1 pkt 1 włoskiego kpc.), § 611 ust. 2 pkt 1 pierwsza alternatywa austriackiego ZPO, art. 190 ust. 2 lit. b IPRG. W przypadku gdy sąd polubowny błędnie przyjął, że jest właściwy do rozpoznania sprawy lub błędnie przyjął, że nie jest właściwy do rozpoznania sprawy, stanowi to podstawę do uchylenia wyroku sądu polubownego w świetle zasad francuskiej procedury cywilnej (art. 1492 ust. 1 CPC). Według art. 32 angielskiego Arbitration Act wyrok sądu polubownego nie może być wykonany, gdy nie został wydany na podstawie umowy o sąd polubowny, zaś zgodnie z § 10 lit. d) amerykańskiego Arbitration Act (USAA), wyrok sądu polubownego podlega uchyleniu, jeżeli sąd polubowny przekroczył swoją kompetencję do rozpoznania sprawy lub sprawę rozstrzygnął, mimo braku umowy na sąd polubowny. Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w prawie konwencyjnym.

Ponadto najczęstszymi przypadkami, w których sąd państwowy uchyla orzeczenie sądu polubownego niezależnie od treści podniesionych zarzutów, są:

1. spór nie mógł być, zgodnie z prawem danego państwa, rozstrzygany przez sąd polubowny. Przesłankę tę artykułuje np. § 1059 ust. II pkt 2 lit. a) niemieckiego ZPO, § 611 ust. 2 pkt 7 niemieckiego ZPO, art. 190 ust. 2 lit. b IPRG;
2. orzeczenie narusza porządek publiczny danego państwa. Przesłankę tę artykułuje np. § 1059 ust. II pkt 2 b) niemieckiego ZPO, § 611 ust. 2 pkt. 8 austriackiego ZPO, art. 190 ust. 2 lit. e szwajcarskiego Prawa prywatnego międzynarodowego. W każdym przypadku można zaskarżyć wyrok z powodu sprzeczności z porządkiem publicznym na podstawie art. 829 ust. 3 zd. 2 włoskiego kpc. oraz art. 44 ust. 6 japońskiej ustawy arbitrażowej, art. 1492 ust. 5 francuskiego CPC.

V. Odmowa uznania lub wykonania wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy

Jak zostało wskazane, w zakresie przesłanek odmowy uznania lub stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego państwo zazwyczaj jest związane postanowieniami Konwencji nowojorskiej z 1958 r. i regulacjami wewnętrznymi (które niekiedy odsyłają do przesłanek określonych tą Konwencją). Taka dwutorowość źródeł prawa jest oczywista, albowiem nie wszystkie państwa świata są stroną Konwencji nowojorskiej i zachodzić może konieczność rozstrzygania o uznaniu czy wykonalności wyroku zapadłego poza terytorium państwa – strony tej Konwencji, w oparciu o przepisy wewnętrzne. Co istotne dla praktyki międzynarodowej, przesłanki te w zasadniczej mierze pokrywają się z przesłankami, na podstawie których może nastąpić uchylenie (unieważnienie) wyroku sądu polubownego.

W związku z tym sąd państwa – strony Konwencji dokona kontroli orzeczenia sądu polubownego, będzie badał i weźmie pod uwagę na wniosek dłużnika:

1. Czy strony miały zdolność do zawarcia umowy o arbitraż albo, czy umowa arbitrażowa była ważna. Podstawa odmowy uznania lub wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego określona w Konwencji nowojorskiej⁶², jak i Konwencji europejskiej⁶³ wiąże się z za-

⁶² Art. V ust. 1 pkt a Konwencji.

⁶³ Art. IX ust. 1 lit. a.

gadnieniem podmiotów zdolnych do zawarcia umowy o arbitraż, jak również ważności samej umowy. Sąd może podjąć decyzję odmowną, jeśli strona nie miała zdolności, oczywiście chodzi tu nie tylko o zdolność prawną, ale przede wszystkim o zdolność do czynności prawnych. Jeśli strona nie miała jej, to tym samym nie była kompetentna do zawarcia umowy arbitrażowej. Wskazuje się jednocześnie, że poza zdolnością do czynności prawnych strona powinna posiadać zdolność procesową, aby mogła uczestniczyć w postępowaniu arbitrażowym⁶⁴.

2. Czy strona była powiadomiona o wyznaczeniu arbitra lub o procedurze arbitrażowej, jak też, czy miała możliwość przedstawienia swojego stanowiska (sprawy). Podstawę tę można określić jako pozbawienie możliwości obrony swoich praw na skutek braku powiadomienia o wyznaczeniu arbitra lub o procedurze arbitrażowej, albo niemożność przedstawienia swojej sprawy. Zgodnie z art. V ust. 1 lit. b Konwencji nowojorskiej na wniosek strony, przeciwko której orzeczenie jest skierowane, nastąpi odmowa uznania i wykonania orzeczenia wówczas, jeżeli strona ta dostarczy dowodów, że strona, przeciwko której orzeczenie jest skierowane, nie była należycie powiadomiona o wyznaczeniu arbitra lub o procedurze arbitrażowej, albo, że z innego powodu nie mogła przedstawić swojej sprawy, co stanowi naruszenie zasady równości stron. Także zgodnie z art. IX ust. 1 lit. b Konwencji europejskiej okoliczności te stanowią podstawę uchylenia wyroku sądu polubownego. Zgodnie z postanowieniami Konwencji nowojorskiej sąd, do którego skierowano wniosek o uznanie i nadanie wykonalności orzeczenia arbitrażowego, naruszenie zasady równości stron powinien brać z urzędu.
3. Czy orzeczenie jest zgodne z warunkami umowy o arbitraż. Przesłanka ta dotyczy orzeczenia nieodnoszącego się do sporu wymienionego w zapisie lub niepodpadającego pod zakres klauzuli arbitrażowej albo zawierającego rozstrzygnięcie przekraczające granice kompromisu lub klauzuli arbitrażowej.
4. Czy skład sądu arbitrażowego bądź też procedura arbitrażowa były zgodne z umową stron lub – w razie braku takiej umowy – były zgodne z prawem kraju, w którym odbył się arbitraż. Przyczyna wymieniona pod lit. d wskazuje, że odmowa wykonania orzeczenia nastąpi, jeżeli skład sądu arbitrażowego bądź też procedura arbitrażowa nie

⁶⁴ Natomiast kwestia umowy o arbitraż została uregulowana w art. II Konwencji nowojorskiej, przy czym prawo, według którego należy oceniać ważność umowy, zostało określone w art. V ust. 1 lit. a Konwencji nowojorskiej.

były zgodne z umową stron lub – w razie braku takiej umowy – nie były zgodne z prawem kraju, w którym odbył się arbitraż. Ważne jest jednak, aby wola stron i ustalenia nie pozostawały w sprzeczności z przepisami *iuris cogentis* tego prawa kraju, w którym ma nastąpić uznanie lub wykonanie orzeczenia arbitrażowego.

5. Czy orzeczenie nie jest dla stron wiążące lub zostało uchylone w państwie wydania. Przyczyna określona pod lit. e przewiduje następujące sytuacje, w których może nastąpić odmowa uznania i wykonania orzeczenia arbitrażowego: orzeczenie nie stało się jeszcze wiążące dla stron lub właściwa władza kraju, w którym lub według prawa którego orzeczenie zostało wydane, uchylili je lub wstrzymała jego wykonalność. Ustalenie, czy orzeczenie jest wiążące, będzie należało do sądu państwowego orzekającego o wykonalności. Gdyby natomiast przed sądem państwowym podniesiony został zarzut dłużnika, iż orzeczenie nie jest wiążące, to sąd ten nie mógłby podjąć decyzji w przedmiocie uznania lub wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego. Należy zauważyć, że zarówno okoliczność uchyleń, jak i wstrzymanie wykonalności mogą zostać podniesione przez dłużnika tylko wówczas, gdy już zostało to orzeczone. Gdy orzeczenie takie jeszcze nie zapadło, znajdzie zastosowanie art. VI Konwencji nowojorskiej, który dotyczy postępowań będących w toku. Z treści zamieszczonej pod lit. e wynika, że pośrednio dopuszcza się jeszcze inne przyczyny odmowy uznania lub wykonania, aniżeli te, które są w art. V ust. 1 lit. a–d Konwencji nowojorskiej. Oznacza to, że są to przyczyny, które wpłynęły na uchYLENIE lub WSTRZYMANIE wykonalności orzeczenia arbitrażowego, a muszą one w świetle Konwencji zostać uwzględnione przez sąd państwowy.

Ponadto sąd państwowy będzie badał i w razie czego odmówi uznania lub wykonania orzeczenia sądu arbitrażowego zgodnie z art. V ust. 2 Konwencji również z urzędu, gdy:

1. według prawa kraju uznania lub wykonania przedmiot sporu nie mógł być rozstrzygany przez arbitraż lub
2. zachodzi sprzeczność orzeczenia arbitrażowego z klauzulą porządku publicznego kraju, w którym ma ono być uznane lub wykonane.

VI. Kwestie szczególne

1. Uchylenie wyroku z uwagi na niesporządzenie uzasadnienia

Odrębnym zagadnieniem jest kwestia uchylenia orzeczenia wydanego w arbitrażu międzynarodowym z uwagi na brak (niesporządzenie) uzasadnienia dla wydanego orzeczenia. Według niektórych systemów prawnych orzeczenie nie musi zawierać uzasadnienia, a według innych jest obowiązkowe. Ustawa Modelowa UNCITRAL w art. 31 ust. 2 stanowi na przykład, że orzeczenie zawiera uzasadnienie, chyba że strony uzgodniły inaczej albo chodzi o orzeczenie, na które obie strony wyrażają zgodę. Zatem uzasadnienie według Ustawy Modelowej nie jest obligatoryjnym elementem orzeczenia arbitrażowego. W systemie prawa francuskiego, w przypadku gdy wyrok nie zawiera motywów rozstrzygnięcia, to podlega on uchyleniu (art. 1492 ust. 6 CPC).

Konwencja waszyngtońska wymaga uzasadniania orzeczeń w każdym przypadku. Natomiast Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym z 1961 r. przewiduje w art. VIII, że uzasadnienie orzeczenia arbitrażowego jest niezbędne, jeśli takie postanowienie zostało poczynione w umowie, chyba że strony zrezygnowały z uzasadnienia albo obrały procedurę, według której uzasadnienie nie jest przyjęte. Jak się wydaje, brak uzasadnienia nie może być brany pod uwagę w ramach kontroli orzeczenia arbitrażowego (w postępowaniu o uznanie i wykonanie), jest to bowiem odmiennie oceniane w różnych systemach prawnych⁶⁵.

Zaznaczyć też należy, iż poszczególne ustawodawstwa państwowe przewidują szereg przesłanek, które nie mieszczą się w katalogu zaprezentowanym powyżej. Wskazać można na rozbudowany w tym zakresie system włoski, który wymienia: wydanie decyzji przez osoby, które nie mogą być arbitrami według art. 812 kpc, ogłoszenie wyroku po terminie (strony mogą określić maksymalną długość trwania postępowania arbitrażowego w umowie o arbitraż), sprzeczność

⁶⁵ Tak np. w orz. z 22.10.1976 r., wydanym w sprawie S.A. Tradax Export (Panama) przeciwko S.p.A. Carapelli (Włochy) Sąd Florencji uznał za wykonalne orzeczenie arbitrażowe wydane w Londynie w postępowaniu opartym na regulaminie Grain and Feed Trade Association, mimo że nie zawierało uzasadnienia. Sąd podkreślił, że prawo angielskie uznaje orzeczenia pozbawione uzasadnienia, a również Konwencja nowojorska nie formułuje obowiązku dołączania uzasadnienia. Co jest fundamentalne we włoskim prawie, nie może być narzucane obcym ustawodawcom. Inny włoski Sąd w orzeczeniu z dnia 2 maja 1980 r. w sprawie Efxinos Shipping Co. Ltd. przeciwko Rawi Shipping Lines Ltd. wskazał, że nie może uchodzić za sprzeczne z włoskim porządkiem publicznym uznanie zagranicznego orzeczenia, które nie zawiera uzasadnienia, więcej por. E. Marszałkowska-Krześ, Ł. Błaszczak, op. cit., s. 73–75.

wyroku sądu polubownego z innym wcześniejszym wyrokiem sądu polubownego, niepodlegającym już zaskarżeniu, albo z wcześniejszym prawomocnym wyrokiem sądu państwowego dotyczącym stron, o ile wyrok sądu polubownego lub wyrok sądu państwowego zapadł w toku postępowania, nierozstrzygnięcie w wyroku co do istoty sprawy i zawarcie w wyroku rozstrzygnięć sprzecznych, nierozstrzygnięcie o wszystkich żądaniach i zarzutach przedstawionych przez strony w zgodzie z umową arbitrażową, uzyskanie wyroku w wyniku podstępu jednej ze stron na szkodę drugiej, oparcie wyroku na dokumencie uznanym za fałszywy albo fałszywie poświadczonym, jeśli po wydaniu wyroku przez sąd polubowny zostały odkryte dokumenty mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, z których strona nie mogła skorzystać w toku postępowania arbitrażowego z powodu siły wyższej albo z przyczyn leżących po stronie swojego przeciwnika, oraz jeśli wyrok został uzyskany w wyniku podstępu arbitra, co zostało potwierdzone prawomocnym wyrokiem. W systemie prawa francuskiego, w przypadku gdy wyrok sądu polubownego nie zawiera daty jego wydania, imion arbitrów lub wymaganych podpisów lub nie został wydany większością głosów, to podlega on uchyleniu (art. 1492 ust. 6 CPC).

VII. Problematyka wyłączenia uprawnienia sądu państwowego do kontroli wyroku sądu polubownego

Pytaniem jest, czy można uniknąć sytuacji, w której orzeczenie sądu arbitrażowego będzie podlegało następcej kontroli sądu państwowego w ramach skargi o jego uchylenie (unieważnienie). W związku z tym wskazać należy, iż generalnie przepisy, które ustalają tryb i przesłanki uchylenia wyroku sądu polubownego, mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nie podlegają zmianie w drodze np. umowy stron (np. Austria, Polska, Niemcy)⁶⁶. Od tej reguły w międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych można jednak wyróżnić dwa zasadnicze odstępstwa.

1. Regulacje Konwencji waszyngtońskiej w zakresie kontroli wyroku sądu polubownego

Wyłączenie kontroli wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy będzie miało miejsce w przypadku wydania wyroku arbitrażowego na podstawie i na terytorium państwa – strony Konwencji waszyngtońskiej (ICSID). Konwencja ta zawiera bowiem autonomiczną regulację dotyczącą postępowania

⁶⁶ Np. J. P. Lachmann, op. cit., s. 496–498 i 521.

arbitrażowego, obejmującą system kontroli wyroków arbitrażowych. Wprowadza regułę, zgodnie z którą wyroki wydane na jej podstawie nie mogą być przedmiotem żadnego postępowania przed sądem państwowym w miejscu arbitrażu, mającego na celu ich wzruszenie. Istotą tego zapisu jest wyłączenie postępowania arbitrażowego, prowadzonego na jego podstawie, spod kontroli sądów państwowych⁶⁷. Przewiduje własne, autonomiczne postępowanie o uchylenie wyroku sądu polubownego (art. 52 Konwencji). Uchylenie (według niektórych – unieważnienie⁶⁸) wyroku na tej podstawie może nastąpić, gdy: sąd arbitrażowy został nieprawidłowo ukonstytuowany, Trybunał przekroczył w sposób oczywisty zakres swoich kompetencji, doszło do korupcji członka Trybunału, doszło do naruszenia podstawowych zasad postępowania przed Trybunałem oraz brak jest uzasadnienia podstaw wydania wyroku.

W reżimie tej Konwencji sądy państwowe, zarówno miejsca arbitrażu, jak i miejsca wykonania orzeczenia, nie mają nad tymi orzeczeniami żadnej kontroli. Z kolei w odniesieniu do innych trybów postępowania kontrola orzeczeń, a także całe postępowanie, podlega sądom państwowym miejsca arbitrażu, jak i inne postępowania arbitrażowe o charakterze handlowym⁶⁹.

⁶⁷ W. Sadowski, op.cit., s. 37. Przyjmuje się, iż powierzenie sądom państwowym kontroli wyroków wydawanych przez trybunały arbitrażowe w sporach inwestycyjnych nie jest bynajmniej rozwiązaniem idealnym. Przede wszystkim należałoby mieć na uwadze specyficzny przedmiot postępowania arbitrażowego w sporach inwestycyjnych, którym jest z reguły odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie zobowiązań wynikających z umowy międzynarodowej. Nierzadko odpowiedzialność ta wynika z działań podejmowanych *de iure imperii*, które okazały się niezgodne z postanowieniami umowy międzynarodowej i wynikającymi z niej uprawnieniami inwestorów. Ze względu na charakter tych zagadnień, które nie mieszczą się zazwyczaj w zakresie właściwości sądów państwowych sprawujących kontrolę nad sądami polubownymi, uzasadnione jest postawienie pytania, w jakim stopniu sądy państwowe mają kwalifikacje pozwalające na sprawowanie rzetelnej kontroli nad rozstrzygnięciami trybunałów arbitrażowych. Jeszcze częściej trybunały arbitrażowe dokonują wykładni typowych postanowień znajdujących się w umowach międzynarodowych dotyczących ochrony inwestycji, takich jak np. klauzula parasolowa, klauzula najwyższego uprzywilejowania czy obowiązek uczciwego i sprawiedliwego traktowania inwestycji.

⁶⁸ M. Łaszczuk, J. Szpara, *System prawa handlowego*, Tom 8, *Arbitraż handlowy*, red. A. Szumański, Warszawa 2010, s. 644.

⁶⁹ McLachlan, *Investment Treaty Arbitration* (w:) A. J. van den Berg (red.), *50 Years of the New York Convention*, 2009, s. 97. Statystyki pokazują, iż dla pewności orzeczenia stabilniejszy jest reżim poza Konwencją ICSID, gdzie tylko 6% orzeczeń zostało uchylonych, podczas gdy w reżimie ICSID było to aż 40%, w tym 20% orzeczeń uchylonych całkowicie. Co istotne, uchylenia wyroków arbitrażowych najczęściej zapadają na korzyść państwa, jak chociażby w ostatnim orzeczeniu uchylającym wyrok w całości w sprawie *Sempra Energy International przeciwko Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16). Kontrola wyroków wydawanych przez sądy arbitrażowe w sprawach inwestycyjnych przez sądy pań-

2. Regulacje wewnętrzne państw, przewidujące możliwość umownego wyłączenia przez strony kontroli wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy na przykładzie Szwajcarii, Belgii i Francji

Wyłączenie kontroli wyroku sądu polubownego przez sąd państwowy może nastąpić, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość umownego wyłączenia prawa do wniesienia skargi, chociaż większość systemów optuje za tym, aby taka możliwość dla stron została wykluczona⁷⁰. Możliwość uchylenia stosowania przepisów z zakresu skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego przewidują ustawodawstwa krajowe, np. Francji, Szwajcarii, Belgii, Szwecji i Turcji, najczęściej w odniesieniu do wyroków wydanych wobec stron nie mających miejsca zamieszkania lub siedziby na terenie danego państwa.

Możliwość wyłączenia stosowania przepisów dotyczących uchylenia wyroku sądu polubownego niekiedy jest konsekwencją rozróżnienia pomiędzy krajowym arbitrażem a arbitrażem prowadzonym na terenie kraju, ale o charakterze międzynarodowym.

We Francji art. 1522 CPC stworzył możliwość zrezygnowania przez strony z prawa do domagania się jego uchylenia, co – uważa się – zwiększa atrakcyjność tego państwa jako miejsca prowadzenia arbitrażu⁷¹. W konsekwencji, jest możliwe, aby wyrok wydany na terytorium Francji był kontrolowany przez sąd państwowy tylko w takim zakresie, w jakim francuski sąd państwowy kontroluje wyroki zagraniczne, jak też wyroki krajowe, ale tylko w ramach apelacji od orzeczenia nadającego *exequatur*⁷². Oznacza to zdecydowane ograniczenie zakresu

stwowe nastroje problemów, które wiążą się z tym, że podstawą wydania tych wyroków są umowy międzynarodowe, czyli przepisy prawa publicznego międzynarodowego, por. W. Sadowski, op. cit. s. 39.

⁷⁰ T. Ereciński, *Podstawy skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego (uwagi de lege ferenda)*, (w:) *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Jerzemu Młynarczykowi*, Gdańsk 2005, s. 42 i 43.

⁷¹ Tak: T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 388.

⁷² Art. 1522 CPC wskazuje, że apelacja od orzeczenia uznającego lub stwierdzającego wykonanie wyroku międzynarodowego arbitrażu, przy wyłączeniu dopuszczalności wniesienia skargi o uchylenie tego wyroku, może być oparta na podstawach określonych art. 1520 CPC, czyli podstawach kontroli wyroku zagranicznego sądu polubownego i są to: 1) sąd polubowny błędnie przyjął, że jest właściwy lub błędnie przyjął, że jest niewłaściwy do rozpoznania sporu, sąd arbitrażowy został nieprawidłowo powołany, sąd arbitrażowy rozstrzygnął sprawę, nie biorąc pod uwagę zadania, które zostało mu powierzone, 4) sąd arbitrażowy nie respektował zasady kontrydiktoryjności, 5) uznanie lub wykonanie wyroku byłoby sprzeczne z międzynarodowym porządkiem publicznym, więcej por. A. Zielony, op. cit., s. 2044 i 2047.

kontroli sprawowanej przez sądy państwowe nad orzeczeniami sądów arbitrażowych zarówno co do możliwych środków odwoławczych, jak i co do przesłanek⁷³. W sytuacji jednakże skorzystania przez strony z możliwości określonej art. 1522 CPC, od postanowienia o uznaniu lub wykonaniu wyroku wydanego w arbitrażu międzynarodowym, przysługuje stronom apelacja⁷⁴.

W sytuacji arbitrażu międzynarodowego prowadzonego na terytorium Szwajcarii, strony mogą, poprzez wyraźne oświadczenie w zapisie na sąd polubowny lub w późniejszej umowie pisemnej, wyłączyć prawo skargi przeciwko wyrokom trybunału arbitrażowego (art. 192 ust. 1 szwajcarskiej IPRG); strony mogą także wyłączyć jedną lub kilka podstaw uchylenia wyroku, wskazanych w artykule 190 ust. 2. Zgodnie z art. 192 § 1 IPGR, jeżeli żadna ze stron arbitrażu międzynarodowego nie ma miejsca zamieszkania lub stałego pobytu na terytorium Szwajcarii, to strony mogą wyłączyć możliwość wniesienia skargi o uchylenie wyroku wydanego na terytorium Szwajcarii w całości lub poszczególne podstawy jego uchylenia. W tej sytuacji kontrola takiego wyroku, na podstawie art. 192 § 2 IPGR zrównana została z kontrolą sprawowaną nad wyrokami zagranicznymi i ogranicza się do badania przesłanek uznania i wykonania wyroku sądu polubownego, określonych w Konwencji nowojorskiej z 1958 r.

Celem takiego rozwiązania jest zwiększenie skuteczności arbitrażu i odciążenie sądów szwajcarskich od rozpatrywania wniosków mających na celu opóźnienie wykonania wyroków arbitrażowych w sprawach, które mają niewiele wspólnego ze Szwajcarią⁷⁵. W świetle orzecznictwa szwajcarskiego Trybunału Federalnego, zrzeczenie się stron w rozumieniu art. 192 ust. 1 IPRG musi być wyraźne (fr.: *suffisamment clair*, niem.: *endgültig, ausdrücklich*). W szczególności nie wystarczy sformułowanie w zapisie na sąd polubowny, że wyrok wydany przez trybunał arbitrażowy będzie ostateczny lub że spór będzie „ostatecznie rozstrzygnięty” przez trybunał arbitrażowy⁷⁶. Z orzecznictwa Trybunału

⁷³ Warto porównać możliwy najmniejszy zakres badania orzeczenia arbitrażowego wydanego na terytorium np. Francji, Szwajcarii, a innego państwa, które nie rozróżnia arbitrażu krajowego i międzynarodowego. Polski przedsiębiorca, prowadzący spór na terenie Francji, może doprowadzić do sytuacji, w której wyrok sądu arbitrażowego będzie oceniany przez sąd państwowy tak jak wyrok sądu zagranicznego, czyli jedynie w zakresie spełnienia przesłanek dla uznania wyroku arbitrażowego, określonych Konwencją europejską. Wniosek wydaje się być w tej sytuacji oczywisty. Przedstawiona regulacja w sposób zasadniczy zwiększa atrakcyjność danego państwa jako miejsca prowadzenia sporu arbitrażowego.

⁷⁴ A. Zielony, op. cit., s. 2043.

⁷⁵ Wyr. Szwajcarskiego Trybunału Federalnego z 7.09.2006 r., 4.P.114/2006, ASA Bulletin 2007, vol. 25, nr 1, s. 123–154, pkt 5.2.

⁷⁶ Wyr. Trybunału Federalnego z 4.02.2005 r., 4P.236/2004, pkt 4.2.1, który odsyła do wcześniejszego orzecznictwa Trybunału.

Federalnego wynika również, że dla ważności zrzeczenia się nie jest konieczne bezpośrednie odesłanie w zapisie na sąd polubowny do art. 192 ust. 1 IPRG⁷⁷.

Możliwość wyłączenia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego na terytorium Szwajcarii nie rozciąga się natomiast na możliwość wyłączenia przez strony zaskarżenia wyroku skargą restytucyjną (mimo że prawo do jej wniesienia nie wynika bezpośrednio z przepisów prawa)⁷⁸.

W przypadku wyłączenia przez strony możliwości zaskarżenia wyroku sądu polubownego, gdyby wyrok taki miałby być wykonany na terenie Szwajcarii czy Francji, to do postępowania o jego uznanie lub wykonanie stosować należy odpowiednio Konwencję nowojorską⁷⁹.

Również Szwecja jest przykładem ustawodawstwa, w którym dopuszczalne jest wyłączenie przez strony w arbitrażu międzynarodowym możliwości wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego lub ograniczenie podstaw do wniesienia tej skargi. Art. 51 zezwala stronom niemającym siedziby, miejsca zamieszkania lub pobytu na terytorium Szwecji na umowne wyłączenie możliwości zaskarżenia wyroków arbitrażowych do szwedzkich sądów państwowych. Dopuszczalność wyłączenia dotyczy zarówno wszystkich, jak i tylko niektórych podstaw zaskarżenia wyroku. Orzeczenie, które zapadnie na skutek wykonania tej umowy, podlega w Szwecji uznaniu i wykonaniu zgodnie z przepisami dotyczącymi zagranicznych orzeczeń arbitrażowych. Podobne rozwiązania zawiera art. 15 tureckiej ustawy o arbitrażu międzynarodowym z 2001 r. oraz art. 1717 ust. 4 belgijskiego kodeksu sądowego z 1972 r., w brzmieniu obowiązującym od 19 maja 1998 r.⁸⁰

Angielski Arbitration Act z 1996 r. co do zasady nie dopuszcza wyłączenia przez strony możliwości wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. Strony mogą jednak uzgodnić, że trybunał arbitrażowy orzeka o swojej właściwości, a wówczas strona nie może powołać się na jedną z podstaw uchylenia wyroku, wymienionych w art. 67 Arbitration Act, który dotyczy niewłaściwości sądu polubownego⁸¹.

⁷⁷ Tekst orzeczenia: <http://www.bger.ch>; angielskie tłumaczenie wyr. z 1.03.2011 r. jest dostępne na stronie www.praetor.ch. oraz M. Hauser-Morel, *Umowne wyłączenie prawa do złożenia skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego – uwagi na tle regulacji szwajcarskiej*, „ADR” nr 1/2012, s. 68.

⁷⁸ B. Berger, F. Kellerhals, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Stämpfli Verlag, 2006, s. 52 i nast. oraz A. Zielony, op. cit. s. 2056 i 2057.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Por. T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 388.

⁸¹ F. Anselm, op. cit., s. 192–198.

3. Wybrane kwestie proceduralne w postępowaniu przed sądem państwowym

Termin do wniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego najczęściej waha się w granicach od 30 dni do 3 miesięcy i jest liczony od momentu doręczenia stronie odpisu wyroku⁸². Niemiecki § 1056 ust. 3 przewiduje możliwość ustalenia przez strony innego niż określony ustawą terminu do wniesienia skargi o uchylenie wyroku. Jeśli skarga o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego jest oparta na podstawach właściwych dla postępowania dotyczącego wznowienia postępowania, termin jej wniesienia jest wówczas taki sam jak dla żądania wznowienia postępowania sądowego⁸³. Holandia jest przykładem rozwiązania ustawowego, które przewiduje złożenie orzeczenia arbitrażowego w sądzie powszechnym i to dopiero od tej czynności liczony jest termin do wniesienia skargi. We Włoszech termin do wniesienia skargi wynosi dziewięćdziesiąt dni od doręczenia wyroku stronie lub jego obrońcy – a jeśli nie był doręczony, w ciągu roku od daty podpisania przez arbitrów. Z wnioskiem o uchylenie wyroku można na podstawie art. 44 japońskiej ustawy arbitrażowej wystąpić w terminie trzech miesięcy od dnia doręczenia rozstrzygnięcia sądu polubownego, ale nie później niż po wydaniu przez sąd powszechny decyzji uprawniającej do prowadzenia egzekucji. We Francji skarga musi być wniesiona nie później niż w ciągu miesiąca od momentu doręczenia stronie orzeczenia (art. 1494 CPC i 1519 zd. drugie CPC). Również w Szwajcarii, na podstawie art. 191 IPGR⁸⁴ skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego musi być wniesiona nie później niż w ciągu 30 dni, ale od zapoznania strony z wyrokiem.

Zwykle wymogiem w postępowaniu o uznanie i wykonanie wyroku sądu arbitrażowego będzie konieczność przedłożenia oryginału orzeczenia, oryginału umowy o arbitraż albo odpowiednio sporządzonych kopii tych dokumentów wraz z tłumaczeniem na język państwa prowadzenia postępowania (tak np. art. 1515 ust. 1 CPC). Również w przypadku nadania *exequatur* strona musi przedłożyć oryginał wyroku oraz oryginał umowy o arbitraż albo odpowiednio sporządzone kopie tych dokumentów (art. 1516 ust. 3 CPC).

Według Konwencji nowojorskiej sąd podejmujący decyzję w zakresie uznania lub wykonania orzeczenia sądu polubownego może jedynie zażądać tych dokumentów, o których mowa w art. IV tej Konwencji. Przyjmuje ona domniemanie, że orzeczenie, które ma podlegać wykonaniu lub uznaniu, jest

⁸² T. Ereciński, K. Weitz, op. cit., s. 387.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ W zw. z art. 100 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2005 r. o Trybunale Federalnym, por. tekst: <http://www.gesetze.ch/inh/inhsub173.110.htm>.

już ostateczne (co nie oznacza, że prawomocne) i prawidłowe, a co za tym idzie – niepodlegające już uchyleniu.

Również szereg rozstrzygnięć sądów powszechnych odnosi się do obowiązków stron w zakresie przedstawiania dokumentów w toku sprawy. Liberalny Trybunał Federacyjny Szwajcarii uznał, że w postępowaniu delibacyjnym wszczętym na gruncie Konwencji nowojorskiej o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., w niektórych okolicznościach nie jest konieczne przedstawienie tłumaczenia całości orzeczenia arbitrażowego sporządzonego w języku angielskim⁸⁵. Sąd Najwyższy w Wiedniu uznał, że złożenie zapisu na sąd polubowny powinno być zażądane jedynie jeśliby były wątpliwości dotyczące istnienia porozumienia dot. arbitrażu. Sąd nie musi zobowiązać strony do złożenia [tego dokumentu] nawet, gdy druga strona o to wyraźnie wnosi; co więcej, leży to w (zgodnym z obowiązkami) uznaniu sądu, czy on zażąda, takiego złożenia [czy nie]⁸⁶.

Uwagi zamieszczone w art. IV Konwencji nowojorskiej odnośnie do orzeczenia arbitrażowego nie precyzują, jaką formę orzeczenie to powinno przybrać oraz jaką treść zawierać. Właściwe będą w tym zakresie przepisy ustawodawstwa kraju, w którym orzeczenie ma być wykonane, albo tego, w którym zostało wydane.

O ile zarzuty określone w skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego okażą się niezasadne, to sąd państwowy zdecyduje o oddaleniu skargi.

Poza przewidzianym w systemie niemieckim, austriackim, angielskim i francuskim orzeczeniu sądu państwowego w postaci uchylenia wyroku sądu polubownego, ustalenia jego nieistnienia (Austria, Grecja, Holandia, Niemcy, Japonia). System włoski, szwajcarski czy austriacki przewiduje również możliwość orzeczenia przez sąd państwowy wyrokiem o nieważności rozstrzygnięcia sądu polubownego. Jednocześnie ustawodawca włoski, francuski i angielski przewiduje możliwość uchylenia wyroku sądu polubownego i wydania wyroku co do istoty sprawy, dokonując przy tym rozróżnienia pomiędzy arbitrażem krajowym i międzynarodowym⁸⁷.

⁸⁵ Orzeczenie szwajcarskiego Trybunału Federacyjnego z dnia 5 lipca 2012 r. Podkreślił on, że celem Konwencji nowojorskiej jest ułatwianie uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych. Jej postanowienia (wliczając w to wymóg z art. IV ust. 2) trzeba zatem wyklądać w sposób pragmatyczny, elastyczny i przychylny wykonywaniu orzeczeń wydawanych w międzynarodowym arbitrażu handlowym, nie przywiązując nadmiernej wagi do formalistycznych wymogów, tam gdzie nie jest to konieczne. Orzeczenie Sądu Federalnego bez wątpienia utrwala opinię Szwajcarii jako środowiska prawnego przyjaznego międzynarodowemu arbitrażowi handlowemu. Podaję za: conflictoflaws.net oraz www.internationallawoffice.com.

⁸⁶ Orzeczenie Sądu Najwyższego w Wiedniu z dnia 3 września 2008 r., 3 Ob 35/08f opubl. <http://www.dbj.at/sites/default/files/publ669.pdf>.

⁸⁷ G. Vecchio (w:) *Il nuovo processo arbitrale. Commento alle novità introdotte dal*

Na podstawie §1059 ust. 4 niemieckiego ZPO przewidziano, że w nadających się do tego przypadkach na wniosek jednej ze stron, sąd państwowy może przekazać sprawę sądowi polubownemu do ponownego rozpatrzenia, pomimo wniesienia o uchylenie wyroku sądu polubownego. Uwzględnienie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego, będzie skutkowało uchyleniem tego wyroku przez niemiecki sąd państwowy i przekazaniem sprawy arbitrom do ponownego rozpoznania (art. § 1059 ust. 4 ZPO).

W systemie prawa angielskiego, właściwy do rozpoznania skargi angielski High Court może utrzymać w mocy wyrok sądu polubownego, zmienić go, uznać za bezskuteczny albo uchylić. Ponadto, w oparciu o art. 67 (1)(b) Arbitration Act w przypadku, gdy sąd polubowny orzekł w wyroku o swojej właściwości, sąd państwowy może dokonać kontroli tego orzeczenia w ramach postępowania o uchylenie wyroku sądu polubownego⁸⁸.

decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, red. C. Cecchella, Guida al diritto 2006, nr 4, s. 165.

⁸⁸ F. Anselm, op. cit., s. 197.

JUDICIAL REVIEW OF ARBITRATION PROCEEDINGS IN LIGHT OF INTERNATIONAL PRACTICE

As a general rule, every legal system in the world has regulations governing proceedings before a national court of law; some of the proceedings are possibly instituted subsequently to arbitration and thus review awards issued in arbitration proceedings. Such review may be carried out, first, where there is a motion to have the arbitral award set aside (deemed invalid, nullified) or where the arbitral award is to be recognized or enforced judicially. The general objective of the review is to secure legal transactions by eliminating decisions made in the conduct of arbitration proceedings, if their outcome may not be authorized by a state, mainly due to their disaccord with the basic principles of legal order. The scope of the review may vary as it is dependent upon internal regulations of a given state, especially whether the aforesaid regulations were set forth in compliance with the UNCITRAL Model Law, or whether the legal system provides for separate provisions on arbitral awards issued at a territory of a given country but within international arbitration proceedings, or finally whether the parties, at their discretion, may be precluded from applying to have an arbitral award set aside.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Milena J. Sokołowska-Walewska ■

ZAKAZ HANDLU LUDŹMI Z PERSPEKTYWY SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

I. Wprowadzenie

Handel ludźmi, niejednokrotnie określany mianem współczesnego niewolnictwa, stanowi jedno z najpoważniejszych wyzwań XXI wieku. Co roku ogromna liczba osób staje się ofiarami handlu ludźmi, a zyski z tego nielegalnego procederu, w samej tylko Europie, sięgają kilku miliardów dolarów rocznie. Z. Lasocik wskazuje na trzy oblicza owego procederu. Pierwsze z nich sprowadza się do sfery najbardziej uniwersalnych warunków egzystencji ludzkiej; oczywistym jest, iż zniewolenie człowieka, urzeczowienie go i odebranie mu autonomii stawia pod znakiem zapytania człowieczeństwo tego, który to robi. Drugie oblicze, bezpośrednio wiążące się z pierwszym, wyraża się w naruszeniu praw człowieka, które należy rozpatrywać w kontekście obowiązków państwa wobec jednostki. Trzecim obliczem handlu ludźmi jest wymiar prawnokarny owego zjawiska.

W niniejszym tekście uwaga zostanie skupiona na tym aspekcie, który wiąże się z najpoważniejszym naruszeniem praw człowieka. Analizie poddane zostaną międzynarodowe akty prawne z zakresu ochrony praw człowieka pod kątem łamania tychże praw podczas uprawiania procederu handlu ludźmi.

Handel ludźmi został wielokrotnie stanowczo potępiony na arenie międzynarodowej jako naruszenie fundamentalnych praw człowieka. Podczas uprawiania procederu handlu ludźmi pogwałcone zostają liczne prawa człowieka: prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, godności i integralności, prawo

do wolności od niewolnictwa, tortur i niehumanitarnego lub też poniżającego traktowania, specyficzne prawa kobiet i dzieci, a nawet prawo do życia. Na konieczność uwzględnienia praw człowieka w podejmowaniu działań wymierzonych w handel ludźmi wskazuje wyraźnie Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, który w raporcie do Rady Społeczno-Gospodarczej z czerwca 2002 r. stwierdził, co następuje: „Prawa człowieka powinny znajdować się w centrum wszelkich wysiłków podejmowanych na rzecz zapobiegania i zwalczania handlu ludźmi (...) Z drugiej strony, środki podjęte przeciwko handlowi ludźmi nie mogą wpływać ujemnie na prawa lub godność zarówno osób, które stały się ofiarami handlu, jak i migrantów, wysiedleńców, uchodźców lub azylantów”. Regułę tę potwierdza preambuła do Międzynarodowej konwencji o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin, zgodnie z którą należy dążyć do zapobiegania i eliminowania „ukrytych ruchów migracyjnych i handlu pracownikami migrującymi, jednocześnie zapewniając im ochronę podstawowych praw człowieka”¹.

Dla zrozumienia problemu konieczne jest wyjaśnienie, czym jest handel ludźmi i czym są prawa człowieka, dlatego też koniecznym jest przytoczenie definicji tychże pojęć. Na wstępie zaznaczyć jednakże należy, iż akty prawa międzynarodowego i wspólnotowego zajmujące się zagadnieniem handlu ludźmi² tworzyły definicje na potrzeby konkretnej materii, której dotyczyły. Doprowadziło to do sytuacji, w której pojęcia handlu ludźmi różniły się od siebie niekiedy nawet w znacznym stopniu.

Na uwagę zasługuje przede wszystkim Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi³, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej⁴. Ów dokument nazywany również Protokołem z Palermo przyjęty został dnia 15 listopada 2000 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych. Bez wątpienia jest to jeden z najważniejszych aktów

¹ P. Rudnicka, *Handel ludźmi: prawo polskie na tle standardów międzynarodowych*, Kraków 2003, s. 57–58.

² Chodzi tu głównie o: Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu i karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, z dn. 15.11.2000 r., Konwencję Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi z dn. 16.05.2005 r., decyzję ramową UE 2002/629/WSiSW w sprawie zwalczania handlu ludźmi z dn. 19.07.2002 r., dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlu ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, uchylającą decyzję ramową 2002/629/WSiSW.

³ Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 160.

⁴ Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158.

międzynarodowych dotyczących problematyki handlu ludźmi, chociażby dlatego, że wprowadza najczęściej stosowaną i powszechnie akceptowaną definicję tego zjawiska⁵. W świetle art. 3 tego dokumentu handel ludźmi oznacza: werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania; przy czym wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytutki innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów. Niewątpliwym mankamentem Protokołu z Palermo jest to, iż jego przepisy należy interpretować zgodnie z Konwencją NZ przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej (art. 1 pkt 1 i art. 4 Protokołu z Palermo), co w rezultacie powoduje wyłączenie możliwości karania za handel ludźmi sprawców, którzy nie działali w zorganizowanej grupie przestępczej⁶.

Co do pojęcia: „prawa człowieka”⁷ to przyjmuje się, iż są to prawa przysługujące każdemu człowiekowi z racji jego człowieczeństwa⁸. Jednakże ustalenie elementów składowych tego terminu jest wypadkową wielu zachowań i czynników, w zależności od przyjętej płaszczyzny badawczej oraz założeń ideologicznych. Należy tu mieć na względzie przede wszystkim koncepcję człowieka oraz koncepcję państwa i jego funkcje wobec jednostki, a także wzajemne relacje jednostki i władzy publicznej w kontekście historycznym, społecznym i politycznym⁹.

Pojęcie praw człowieka, ani na płaszczyźnie doktrynalnej, ani na płaszczyźnie normatywnej, nie posiada powszechnie przyjętej i akceptowanej definicji. Jest to pojęcie wieloznaczne. Wpływ na to ma zapewne ogromna ilość kon-

⁵ M. Koss, *Międzynarodowe instrumenty zwalczania handlu dziećmi* (w:) Z. Lasocik, M. Koss, Ł. Wieczorek, *Handel dziećmi. Wybrane problemy*, Warszawa 2007r., s. 71.

⁶ Ibidem.

⁷ Termin „prawa człowieka” liczy ponad dwieście lat. Zaczął być używany we Francji, posługiwał się nim już Voltaire (1694–1778), a edykt królewski z 1776 r. deklaruje prawo do pracy jako „niezbywalne prawo człowieka”. W Polsce terminem tym jako pierwsi posługiwali się Stanisław Staszic (1755–1826) – w pierwszym wydaniu „Przestróg dla Polski” datowanym na 4 stycznia 1790 r. oraz Hugo Kołłątaj (1750–1812) – w „Prawie politycznym Narodu Polskiego”. Zob. R. Szablowski, *Prawa człowieka a Polska*, Londyn 1982 r., s. 11.

⁸ K. Motyka, *Prawa człowieka. Wprowadzenie. Wybór źródeł*, Lublin 2004 r., s. 15.

⁹ M. Balcerzak, S. Sykuna, *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010 r., s. 345.

cepcji formułowanych w tej dziedzinie. Zarówno w literaturze, jak i doktrynie prawa międzynarodowego istnieje wiele definicji tego pojęcia.

Istotą praw człowieka jest regulacja stosunków między jednostką a państwem, przy czym przez państwo należy tu rozumieć organy władzy publicznej, a także instytucje i ludzi, którzy wykonują określone czynności na rzecz i w imieniu państwa. Postrzegając w ten sposób prawa człowieka, spełniają one dwie zasadnicze funkcje: nie tylko chronią jednostkę przed niebezpieczeństwem nadużycia władzy przez państwo, ale również nakładają na państwo obowiązek zapewnienia jednostce możliwości korzystania z jej praw i wolności¹⁰.

Prawa człowieka są to powszechne i podstawowe prawa o charakterze moralnym, przynależne każdemu człowiekowi od dnia urodzenia, niezależnie od rasy, pochodzenia, płci czy pozycji społecznej¹¹. Prawa człowieka, ze względu na ich podstawowy charakter, nie wymagają sankcjonowania przepisami prawnymi. Nie oznacza to jednak, iż mają one charakter absolutny. W wyjątkowych, z góry określonych, sytuacjach i zgodnie z uznanymi procedurami, prawa człowieka mogą podlegać pewnym ograniczeniom (np. w sytuacji wprowadzenia stanu nadzwyczajnego)¹². Prawa człowieka są niezbywalne. Nie wolno pozbawić jednostki tych praw, jak również sama jednostka nie może dobrowolnie ich się zrzec. Prawa człowieka charakteryzuje również ich indywidualność¹³. Ich podmiotem jest pojedynczy człowiek, jednostka, nie zaś określona grupa osób.

Proceder handlu ludźmi jest przykładem, iż zagrożeniem dla praw i wolności jednostki są nie tylko działania władzy, ale też działania innych jednostek lub grup (np. międzynarodowych zorganizowanych grup przestępczych). W obliczu takich zagrożeń na państwie spoczywa obowiązek zapewnienia jednostce bezpieczeństwa. Wyrazem realizacji tych obowiązków jest ratyfikacja przez państwo odpowiednich aktów prawa międzynarodowego.

¹⁰ E. Morawska, *Handel ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka ONZ*, (w:) Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 59.

¹¹ M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka* (w:) L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 8.

¹² W. Osiatyński, *Wprowadzenie do pojęcia praw człowieka*, Szkoła Praw Człowieka, z. 1, Warszawa 1998, s. 17.

¹³ M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka?*, Szkoła Praw Człowieka, z. 1, Warszawa 1998, s. 8.

II. Podstawowe dokumenty regulujące prawa człowieka (odnoszące się do procederu handlu ludźmi w ogóle)

Proceder handlu ludźmi już z samej swej istoty godzi w podstawowe prawa i wolności przysługujące każdemu człowiekowi. Co więcej, stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego. Dlatego też szczególną uwagę należy zwrócić na działania podejmowane w płaszczyźnie polityki kryminalnej. Zarówno na szczeblu krajowym, jak i szczeblu międzynarodowym podjęto walkę z tym haniebnym procederem.

Wśród międzynarodowych dokumentów z zakresu ochrony praw człowieka, które zawierają regulacje dotyczące procederu handlu ludźmi, należy wymienić przede wszystkim: Powszechną Deklarację Praw Człowieka z dn. 10 grudnia 1948 r., Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dn. 16 grudnia 1966 r., Konwencję o Ochronie Podstawowych Praw i Wolności z dn. 4 listopada 1950 r., oraz Kartę Praw Podstawowych z dn. 7 grudnia 2000 r. Wydzwięk antyniewolniczy zawiera ponadto Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r. oraz Konwencja o prawach dziecka z 1989 r.

Naczelne miejsce wśród wyżej wymienionych dokumentów niewątpliwie zajmuje PDPC, której przepisy nie posiadają wprowadzić mocy prawnie wiążącej, jednakże, ze względu na jej znaczenie i wkład w międzynarodową ochronę praw człowieka, deklaracja uzyskała tzw. status *soft law*¹⁴. Uznaje się, iż szereg postanowień PDPC nabrał charakteru norm zwyczajowych prawa międzynarodowego.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, akcentując zasadę, iż „wszystkie istoty ludzkie rodzą się wolne i równe w godności i prawach” (art. 1) oraz że „każdy człowiek ma prawo do (...) wolności” (art. 3), wyraźnie odnosi się do problemu niewolnictwa. W art. 4 PDPC stwierdza, iż „nikt nie może być utrzymywany w niewolnictwie lub poddaństwie; niewolnictwo i handel niewolnikami są zakazane we wszelkich ich formach.”¹⁵ Rozwinięcie tego stwierdzenia znajduje się w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych,

¹⁴ Hasło: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. (w:) E. Cała-Wacinkiewicz, R. Podgórska, D. Wacinkiewicz, *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych*, Warszawa 2011, s. 11.

¹⁵ Por. tekst polski: A. Bieńczyk-Missala, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór dokumentów*, Warszawa 2008, s. 22; B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty Międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 16; A. D. Rotfeld (red.), *Prawa człowieka. Międzynarodowe zobowiązania Polski (wybór dokumentów)*, Warszawa 1989, s. 15; Zbiór dokumentów 1958 r., nr. 10–12, s. 177.

przyjętym przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dn. 16 grudnia 1966 r. W dokumencie tym regulacje dotyczące problemu zniewalania ludzi zostały poszerzone o zakaz trzymania w poddaństwie oraz zakaz zmuszania do pracy przymusowej lub obowiązkowej. Należy nadmienić, iż MPPOiP jako traktat międzynarodowy – w przeciwieństwie do PDPCz – posiada moc prawnie wiążącą.

Treść art. 4 PDPCz zawiera się w treści art. 8 MPPOiP, ten natomiast pokrywa się z zakresem treściowym art. 4 EKPCz oraz art. 5 KPP. Pomimo pewnych różnic w sformułowaniach wymienionych przepisów, normy powyższych dokumentów tworzą taki sam standard ochrony. Ponadto KPP wprost mówi, iż prawa zawarte w KPP odpowiadają prawom zagwarantowanym w EKPCz, a ich znaczenie i zakres są takie same (art. 52. ust. 3 KPP). Z tego też względu Autorka podjęła się łącznej interpretacji wszystkich wyżej wymienionych dokumentów.

Treścią wyżej wymienionych przepisów prawnych jest ochrona człowieka przed szczególnie drastycznymi postaciami podporządkowania i eksploatacji, tj. niewolnictwem, poddaństwem i pracą przymusową. Zjawiska te są bardzo zbliżone procederowi handlu ludźmi i pozostają z nim w ścisłej relacji wzajemnej. Przy poruszaniu problemu handlu ludźmi jako godzącego w podstawowe prawa człowieka nie sposób pominąć tychże zjawisk, które również mocno „uderzają” w sferę praw człowieka. Na wstępie rozważań należy zauważyć, iż żaden z wyżej wymienionych dokumentów nie formułuje jakichkolwiek definicji, wszystkie posługują się jedynie pojęciami ogólnymi. W celu objaśnienia tych pojęć należy więc sięgnąć do odrębnych instrumentów prawno-międzynarodowych.

Pojęcie niewolnictwa określa się w nawiązaniu do Konwencji w sprawie niewolnictwa z 1926 r.¹⁶. Zgodnie z brzemieniem art. 1 tejże Konwencji niewolnictwo jest stanem bądź też położeniem jednostki, względem której stosowane jest postępowanie w całości lub w części wynikające z prawa własności. Głównym kryterium jest więc tutaj traktowanie człowieka jako przedmiotu własności. Takie ujęcie terminu niewolnictwa nadaje mu raczej charakter historyczny. Dlatego też podpisana w Genewie 7 września 1956 r. Konwencja uzupełniająca w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami oraz instytucji i praktyk zbliżonych do niewolnictwa¹⁷ wprowadziła pojęcie „praktyk zbliżonych do niewolnictwa”; notabene dokument ów zawierał w art. 7 analogiczną definicję niewolnictwa do definicji niewolnictwa z Konwencji z 1926 r. Celem wspomnianej Konwencji uzupełniającej było wzmoczenie zarówno krajowych, jak i międ-

¹⁶ Dz. U. z 1931 r. Nr 4, poz. 21.

¹⁷ Dz. U. z 1963 r., Nr 33, poz. 185.

dzynarodowych wysiłków w kierunku całkowitego zniesienia wszelkich form niewolnictwa, w myśl prawnego-naturalnej koncepcji, iż wolność jest wrodzonym prawem przysługującym każdemu człowiekowi¹⁸. Zawartym w Konwencji pojęciem „praktyk zbliżonych do niewolnictwa” zostały objęte następujące sytuacje:

- niewola za długi, tj. stan lub sytuacja wynikająca ze zobowiązania dłużnika oddania pod zastaw długu swoich osobistych usług lub usług osoby pozostającej w stosunku zależności wobec dłużnika, jeżeli wartość tych usług, oszacowanych w granicach rozsądku, nie jest zaliczana na pokrycie długu lub też jeśli czas trwania i charakter tych usług nie są odpowiednio ograniczone i określone;
- pańszczyzna, tj. stan lub sytuacja dzierżawcy, który na mocy prawa, zwyczaju lub porozumienia jest zobowiązany mieszkać i pracować na ziemi stanowiącej własność innej osoby oraz wykonywać pewne określone usługi na rzecz danej osoby niezależnie od tego, czy czynności takie byłyby odpłatne, czy też nie, oraz jest pozbawiony wolności przeprowadzenia zmiany swego stanu;
- wszelkie instytucje lub praktyki, przez które:
 - a) kobieta, pozbawiona prawa sprzeciwu, zostaje przyrzeczona na żonę lub wydana za mąż za wynagrodzeniem płatnym bądź to w gotówce, bądź to w naturze na rzecz jej rodziców, opiekuna, rodziny lub jakiegokolwiek innej osoby lub grupy;
 - b) mąż kobiety, jego rodzina lub jego klan ma prawo przekazać ją innej osobie w zamian za otrzymane wynagrodzenie lub w inny sposób;
 - c) kobieta z chwilą śmierci swego męża może być przekazana w spadku innej osobie;
- wszelkie instytucje lub praktyki, na mocy których dziecko lub osoba poniżej lat 18 jest oddawana przez którekolwiek lub oboje rodziców, lub przez swego opiekuna innej osobie za wynagrodzeniem bądź bezpłatnie w celu wyzyskiwania takiego dziecka lub osoby poniżej 18 lat albo ich pracy.

Należy zauważyć, iż konwencyjna definicja niewolnictwa jest tożsama z definicją, o której mowa w art. 7 ust. 2 pkt c Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego¹⁹, pomimo dodania klauzuli specyfikującej wdrażanie władztwa w celu handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dzieć-

¹⁸ P. Rudnicka, *Handel ludźmi...*, op. cit., s. 44.

¹⁹ Dz. U. z 2003 r., Nr 78, poz. 708.

mi. Ów dokument definiuje bowiem zniewolenie jako realizowanie niektórych lub wszystkich uprawnień związanych z prawem własności w stosunku do człowieka oraz obejmuje realizację tych uprawnień w zakresie handlu ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi. MTK uznał, iż rdzeń definicji niewolnictwa z Konwencji z 1926 r. odnosi się do zniewolenia w prawie międzynarodowym zwyczajowym, określającym *actus reus* zniewolenia jako „wdrażanie jakiegokolwiek lub wszelkiej władzy odnośnie prawa własności nad osobą”²⁰.

Definicja zawarta w Statucie MTK wymagała pewnego uściślenia, czego dokonano w dokumencie „Elementy definicji zbrodni”, stanowiącym pomoc w interpretacji i stosowaniu postanowień definiujących zbrodnie objęte jurysdykcją Trybunału. W dokumencie tym wyjaśniono, iż chodzi tutaj o kupowanie, sprzedawanie, pożyczanie lub prowadzenie handlu wymiennego jednej bądź większej liczby osób lub też narzucanie zbliżonych form pozbawienia wolności.²¹ Owymi zbliżonymi formami są np. praca przymusowa lub inne czynności doprowadzające człowieka do stanu poddaństwa. Taka wykładnia pojęcia „niewolnictwo” pozwala na ściganie współczesnych form niewolniczych praktyk, niekoniecznie związanych z wymianą handlową²².

W tym miejscu właściwym jest wyjaśnienie, na czym polega zjawisko poddaństwa. Stan niewoli jest przeciwieństwem stanu wolności, poddaństwo zaś jest stanem zbliżonym do niewoli²³. Poddaństwo poza obowiązkiem wykonywania posług na rzecz innych, obejmuje także obowiązek poddanego do zamieszkania na terenie danej posiadłości bez możliwości zmiany swojej sytuacji²⁴. W przypadku poddaństwa poddany pozostaje pod władzą swego „pana”, jest od niego uzależniony. „Pan” jednakże nie uzyskuje w stosunku do swego poddanego prawa własności. Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, poddaństwo przejawia się w obowiązku świadczenia usług pod władzą przymusu²⁵. Konwencja uzupełniająca z 1956 r. definiuje poddaństwo jako „stan lub położenie osoby, która z mocy ustawy, prawa zwyczajowego lub umowy zobowiązana

²⁰ Orzeczenie MTK do spraw byłej Jugosławii z dn. 22.02.2001 r. w sprawie Oskarżyciel v. Kunarac, Kovac i Vukovic, sprawa nr IT-96-23-T.

²¹ M. Kiełtyka, *Zwalczanie handlu ludźmi jako przejaw ochrony praw człowieka*, (w:) K. Lankosz, i P. Czubik (red.), *Prawa człowieka we współczesnej dyplomacji państw*, Bielsko-Biała 2007 r., s. 76.

²² D. Kuźniar, *Zbrodnie przeciwko ludzkości w świetle Statutu MTK*, „Ius et Administratio” nr 1/2004, s. 186–187.

²³ E. Latoszek, M. Proczek, *Organizacje międzynarodowe we współczesnym świecie*, Warszawa 2006 r., s. 365.

²⁴ M. A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998 r., s. 39.

²⁵ Orzeczenie w sprawie *Van Droogenbroeck v. Belgia* z dn. 24.06.1982 r., Court, skarga nr 7906/77, par. 59.

jest żyć na ziemi należącej do innej osoby, pracować i przysparzać tej osobie korzyści bez możliwości zmiany swego prawnego położenia”.

Pozostawanie w stanie tak niewolnictwa, jak i poddaństwa, oznacza całkowite i permanentne uzależnienie jednostki. Żadna z tych sytuacji nie może ulec zalegalizowaniu w następstwie przyzwolenia osoby, której dotyczy, gdyż „wolność osobista stanowi prawo niezbywalne, niepodlegające dobrowolnemu zrzeczeniu się przez zainteresowanego”²⁶. Brak jest wyraźnej granicy pomiędzy stanem niewolnictwa a stanem poddaństwa. Wprawdzie „panu” w stosunku do swego poddanego nie przysługuje prawo własności, tak jak ma to miejsce w przypadku niewolnictwa, jednakże pojęcie „praktyk zbliżonych do niewolnictwa” także nie opiera się na kryterium własności. W doktrynie przyjmuje się, iż różnica między niewolnictwem a poddaństwem polega na intensywności podporządkowania poddanego²⁷.

Zakaz niewolnictwa i poddaństwa, wyrażony w art. 4 PDPCz, art. 8 ust. 1 i 2 MPPOiP, art. 4 ust. 1 i 2 EKPCz oraz w art. 5 ust. 1 KPP, ma charakter absolutny. Gwarancje dotyczące ochrony nie doznają najmniejszych nawet ograniczeń. Żaden z wymienionych dokumentów nie posiada klauzul limitujących. Tym samym więc każde działanie czy też zaniechanie władzy przybierające formę niewolnictwa lub poddaństwa poczytuje się jako naruszenie wyżej wymienionych dokumentów międzynarodowych.

Należy zauważyć, że jedynie dwa z omawianych tu dokumentów, a mianowicie EKPCz (art. 15 ust. 2) i MPPOiP (art. 4 ust. 2), nadają zakazowi niewolnictwa i poddaństwa status normy niederogowalnej. Oznacza to, iż nie można zawiesić, nawet tymczasowo, obowiązywania tego zakazu, nie bacząc ani na stan wojny, ani żadne inne niebezpieczeństwa publiczne zagrażające życiu narodu. Zakaz niewolnictwa i poddaństwa musi być respektowany w każdej sytuacji. Żadna nadzwyczajna sytuacja nie może relatywizować ochrony jednego z najbardziej podstawowych praw człowieka. Zakazowi niewolnictwa i poddaństwa przyznaje się rangę szczególną, na co zwraca uwagę Europejski Trybunał Praw Człowieka, który w wyroku z 26 lipca 2005 r. w sprawie *Siliadin* p. Francji głosił, iż „art. 4, wraz z art. 2 i 3 Konwencji (EKPCz – przyp. Autorka), uświęca fundamentalne wartości społeczeństw demokratycznych, tworzących Radę Europy”²⁸.

²⁶ Raport EKomPCz z 10.07.1969 r. w sprawie *De Wilde, Ooms and Versyp* v. Belgia, par. 172.

²⁷ L. Garlicki, (w:) L. Garlicki (red.), P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 1–18*, t. I, Warszawa 2010 r., s. 143.

²⁸ Orzeczenie ETPCz z 26.07.2005 r. w sprawie *Siliadin* v. Francja, Izba (Sekcja

Teraz, gdy tradycyjnie rozumiane niewolnictwo czy też poddaństwo może na powiedzieć przeszło do historii, społeczność międzynarodowa koncentruje się na zapobieganiu innym formom eksploatacji, zwłaszcza na przeciwdziałaniu zjawisku handlu ludźmi. „Nie ulega wątpliwości, że handel ludźmi (*trafficking*) zagraża godności człowieka oraz podstawowym wolnościom jego ofiar i nie może być uznawany za łączalny z demokratycznym społeczeństwem i z wartościami akcentowanymi przez Konwencję.”²⁹

Zakaz handlu ludźmi (tudzież niewolnikami) został wyrażony w art. 4 zd. 2 PDPCz³⁰, w art. 8 ust. 1 zd. 2 MPPOiP³¹ oraz w art. 5 ust. 3 KPP³². Norma prawna konstruująca zakaz handlu ludźmi jest niejako implikowana zasadą godności człowieka, która leży u podstaw omawianych dokumentów. Podkreślenia wymaga tu fakt, iż EKPCz jako jedyna z omawianych tu dokumentów nie formułuje odrębnego zakazu handlu niewolnikami (tudzież ludźmi). Jednakże jest oczywistym, co podkreśla Garlicki, iż ów zakaz stanowi inherentny element zakazu niewolnictwa³³. ETPCz w wyroku z dn. 7.01.2010 r. w sprawie *Rantsev v. Cypr i Rosja* uznał, iż „handel ludźmi, tak jak definiuje go art. 3a Protokołu z Palermo oraz art. 4a Konwencji (Rady Europy z 2005 r. – przyp. Autorka), mieści się w zakresie art. 4 Konwencji”³⁴.

Zakaz niewolnictwa i poddaństwa został niejako uzupełniony i wzmocniony poprzez wprowadzenie zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej, o czym świadczy fakt, iż ów zakaz został już wyrażony w art. 5 Konwencji w sprawie niewolnictwa z 1926 r.³⁵ Pomimo iż zakaz pracy przymusowej lub obowiązkowej wyrażony został *expressis verbis* w art. 8 ust. 3 MPPOiP, art. 4 ust. 2 EKPCz i art. 5 ust. 2 KPP, żaden z nich nie definiuje tego pojęcia. Niejako

II), skarga 73316/01, par. 82, omówienie wyroku zob. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2005*, Kraków 2006; M. A. Nowicki, *Pierwszy wyrok Trybunału w Strasburgu dotyczący problemu współczesnej niewoli domowej i poddaństwa w Europie*, (w:) Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 109–113.

²⁹ Orzeczenie *Rantsev v. Cypr i Rosja* z dn. 7.01.2010 r., Izba (Sekcja I), skarga 25965/04, par. 282.

³⁰ „(...) niewolnictwo i handel niewolnikami są zakazane we wszelkich ich formach.”

³¹ „(...) niewolnictwo i handel ludźmi, we wszystkich formach, są zakazane.”

³² „Handel ludźmi jest zakazany.”

³³ L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.), P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja...*, op. cit., s. 142.

³⁴ Orzeczenie *Rantsev v. Cypr i Rosja* z dn. 7.01.2010 r., Izba (Sekcja I), skarga 25965/04, par. 282.

³⁵ E. Bieńkowska, *O zakazie niewolnictwa i handlu niewolnikami*, „Przegląd Prawa Karnego” 2001, z. 21, s. 72.

pośrednio zakaz ten wynika również z art. 23 ust. 1 PDPCz, który stanowi, iż każdy ma prawo do pracy i do swobodnego jej wyboru.

Należy przyjąć, iż twórcy powyższych dokumentów w przedmiocie definicji zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej opierali się na Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej: MOP) nr 29 z dn. 28 czerwca 1930 r.³⁶, która jako pierwsza zdefiniowała owo pojęcie. W myśl art. 2 te same Konwencji wyrażenie „praca przymusowa lub obowiązkowa” oznacza „wszelką pracę lub usługi wymagane od jakiejś osoby pod groźbą jakiejkolwiek kary i do których dana osoba nie zgłosiła się dobrowolnie”. Definicja ta jest bardzo zwięzła, dlatego też warto doprecyzować użyte w niej sformułowania. Wyrażenie „wszelka praca lub usługi” oznacza wszystkie rodzaje prac, zajęć i form zatrudnień, przy czym stosunek zatrudnienia, a nawet jego legalność nie mają tu znaczenia³⁷. Zwrot „jakąkolwiek osoba” odnosi się zarówno do osób dorosłych, jak i dzieci. Irrelevantnym jest fakt, jakiego kraju obywatelem jest osoba pokrzywdzona. Wyrażenie „groźba jakiejkolwiek kary” oznacza nie tylko sankcje karne, ale również różnorodne formy przymusu, np. stosowanie groźby, przemocy, zatrzymywanie dokumentów tożsamości, przetrzymywanie w zamknięciu czy też niewypłacanie wynagrodzenia. Konwencja posługuje się także sformułowaniem „nie zgłosił się dobrowolnie” w odniesieniu do zgody pracownika na nawiązanie stosunku pracy, które odnosi się nie tylko do sytuacji zmuszania pracownika do wykonywania określonej pracy, ale także do przypadków, gdy pracodawca wprowadza w błąd pracownika co do warunków pracy, zatrudnienia czy też zarobków i jednocześnie uniemożliwia pracownikowi unieważnienie zawartej umowy i porzucenie pracy³⁸.

Konwencja MOP nr 29 uzupełniona została przez Konwencję MOP nr 105 z dn. 25 czerwca 1957³⁹, która w art. 1 przewidywała natychmiastowe i całkowite zniesienie pracy przymusowej lub obowiązkowej oraz zakazywała korzystania z niej pod jakąkolwiek postacią jako:

- środka nacisku lub wychowania politycznego albo jako sankcji w stosunku do osób mających lub wypowiadających pewne poglądy polityczne albo manifestujących opozycję ideologiczną wobec ustalonego ustroju politycznego, społecznego lub gospodarczego;

³⁶ Dz. U. z 1959 r., Nr 20, poz. 122.

³⁷ Za pracę przymusową należy więc uznać te czynności, które są w danym kraju nielegalne, np. prostytutkę, bądź też nie zostały uregulowane w prawie pracy, np. prace domowe czy też wykorzystywanie do pracy członków rodziny. Zob. B. Andrees, *A handbook for labour inspectors*, Geneva 2008 r., s. 4.

³⁸ Z. Lasocik, Ł. Wieczorek, *Handel ludźmi do pracy przymusowej w Polsce – raport z badań*, Warszawa 2010 r., s. 12.

³⁹ Dz. U. z 1959 r., Nr 39, poz. 240.

- metody mobilizowania albo wykorzystania siły roboczej dla celów rozwoju gospodarczego;
- środka dyscypliny pracy;
- kary za udział w strajkach;
- środka dyskryminacji rasowej, społecznej, narodowej albo religijnej.

Nawiązując do kontekstu prawno-międzynarodowego, orzecznictwo strasburskie w jednej ze spraw wskazało, iż elementami pracy przymusowej są: wykonywanie pracy wbrew woli jednostki (przy czym przymus może być zarówno psychiczny, jak i fizyczny⁴⁰) oraz brak podstaw do świadczenia danego rodzaju pracy lub też jej wyłącznym celem jest ucisk wykonującego bądź praca łączy się z nadmiernym trudem, którego można było uniknąć⁴¹. Sytuacja, w której jednostka wykonuje pracę przymusową (obowiązkową), jest w założeniu sytuacją przejściową i nieodnoszącą się do całokształtu statusu osoby nią dotkniętej⁴².

Art. 8 ust. 3 pkt b i c MPPOiP oraz art. 4 ust. 3 EKPCz enumeratywnie wyliczają sytuacje wykraczające poza ramy pojęciowe terminu „praca przymusowa lub obowiązkowa”, są to: praca osób pozbawionych wolności, służba o charakterze wojskowym, świadczenia wymagane w stanach nadzwyczajnych lub wyjątkowych oraz świadczenia stanowiące część zwykłych obowiązków obywatelskich. ETPCz wskazuje, iż „art. 4 ust. 3 (EKPCz – przyp. Autorka) nie jest pomyślany jako ograniczenie korzystania z wolności gwarantowanej przez ust. 2, ale jako wyznaczenie zakresu samej treści tej wolności, wskazujące czego nie obejmuje pojęcie pracy przymusowej lub obowiązkowej”⁴³. Art. 4 ust. 3 nie

⁴⁰ Nie spełnia kryterium przymusu obowiązek osoby bezrobotnej wyrażenia zgody na zaoferowaną pracę pod groźbą utraty zasiłku w razie odmowy jej przyjęcia: decyzja X v. Holandia z dn. 13.12.1976 r., skarga nr 7602/76, DR 7/161, postanowienie EKomPCz w sprawie *Talman v. Holandia* z dn. 26.02.1997 r., skarga nr 30300/96. Kryterium tego nie spełnia także praca świadczona w ramach dobrowolnie zaakceptowanej umowy o pracę przez sędziów sądów powszechnych, w zastępstwie innych sędziów w czasie ich absencji, bez wynagrodzenia i pod groźbą zastosowania sankcji dyscyplinarnych w razie ich odmowy: postanowienie EKomPCz w sprawie *Ackerl, Ackerl Junior, Grötzbach, Glawischnig, Schwalm, Klein, Sladeczek and Limberger* p. Austrii z dn. 29.06.1994 r., skarga nr 20781/92. Przymusem nie jest także obowiązek notariusza pobierania niższych opłat za pracę na rzecz organizacji o celach niezarobkowych: decyzja X v. Niemcy z dn. 13.12.1979 r., skarga nr 8410/78, DR 18/213.

⁴¹ Orzeczenie ETPCz w sprawie *Van der Mussele v. Belgia* z dn. 23.11.1983 r., Court, skarga nr 8919/80; omówienie wyroku zob. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*. „Przegląd orzecznictwa”, Palestra, nr 3–4/ 1994, s. 111–115.

⁴² L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.), P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja...*, op. cit., s. 145.

⁴³ Orzeczenie ETPCz w sprawie *Karlheinz Schmidt v. Niemcy* z dn. 8.07.1994 r., skarga nr 13580/88, par. 22.

jest zatem klauzulą limitacyjną, ale ogranicza treść tego prawa. Ustęp 3 art. 4 EKPCz (podobnie jak ust. 3 pkt b i c MPPOiP) tworzy integralną część z ust. 2 (odpowiednio ust. 3 pkt a). Tym samym nie można dokonać prawidłowej wykładni jednego z nich bez uwzględniania drugiego. Ustęp 3 art. 4 Konwencji (i ust. 3 pkt b i c MPPOiP) nie ogranicza wolności od pracy przymusowej, lecz wyjaśnia jej znaczenie, precyzuje istotę tego pojęcia⁴⁴. Konstrukcja tego przepisu (art. 4 ust. 3) opiera się na idei ochrony interesu ogólnego, solidarności społecznej i zwykłego toku spraw⁴⁵.

Zgoda zainteresowanego jest zasadniczym elementem w kwestii rozstrzygnięcia o naturze pracy. Europejska Komisja Praw Człowieka stwierdziła, iż o pracy przymusowej możemy mówić wówczas, gdy żądanie jej świadczenia ma charakter niesprawiedliwy lub opresyjny, bądź gdy jej wykonywanie nakłada ciężar, którego można było uniknąć⁴⁶. Wobec takiego stanowiska EKomPCz można pokusić się o pogląd, iż w pewnych przypadkach nawet dobrowolna zgoda zainteresowanego na wykonywanie pewnych świadczeń, sytuuje daną pracę w sferze pracy przymusowej. Podjęcie niektórych sposobów zarobkowania nigdy nie ma w pełni dobrowolnego charakteru⁴⁷.

Handel ludźmi bardzo często wiąże się ze świadczeniem pracy przymusowej. Zjawisko to podobnie jak sam handel ludźmi stanowi problem globalny, albowiem oddziałuje na wszystkie kraje. Oczywiście w różnych krajach ma ono różny charakter, jednakże dane zgromadzone przez MOP wskazują, iż nie ma państw wolnych od pracy przymusowej. Handel ludźmi w celu wykorzystania do pracy przymusowej, niejednokrotnie określany jako handel siłą roboczą czy też po prostu jako handel ludźmi do pracy, implikuje sytuację, w której ludzie traktowani są jak towar. Formy pracy przymusowej są bardzo różne. MOP szacuje, iż dotyczą one głównie takich sektorów gospodarki jak: rolnictwo, przetwórstwo żywności, budownictwo, przemysł tekstylny, handel detaliczny, zakłady produkcyjne (fabryki), górnictwo, przemysł restauracyjny oraz tzw. „niewidzialne” sektory, jak np. pomoc domowa czy szeroko rozumiany przemysł rynekowy⁴⁸.

⁴⁴ K. Łasak, *Zakres zakazu pracy przymusowej w Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. XIV, s. 498.

⁴⁵ Orzeczenie *Van der Mussele v. Belgia*, par. 38.

⁴⁶ Orzeczenie *Van der Mussele v. Belgia*, par. 37; zob. także postanowienie EKomPCz w sprawie *Iversen v. Norwegia* z dn. 17.12.1963 r., skarga nr 1468/62, Yearbook 6/327–329.

⁴⁷ Wyrok ETPCz w sprawie *Tremblay v. Francja* z dn. 11.09.2007 r. Izba (Sekcja II), skarga nr 37194/02, par. 26.

⁴⁸ Ł. Wieczorek, *Praca przymusowa – wstępna analiza problemu*, www.ipsir.uw.edu.pl.

Rozwojowi handlu siłą roboczą sprzyja, w głównej mierze, nielegalna imigracja i zatrudnienie oraz nieformalna gospodarka⁴⁹. Jest to coraz powszechniejsza forma naruszeń praw człowieka. Handel ów polega nie tylko na kupowaniu, sprzedawaniu i wykorzystywaniu do wykonywania pracy czy też przetrzymywaniu w niewoli. Handel siłą roboczą to również werbowanie robotników najemnych, organizowanie ich przewozu – na ogół w sposób nielegalny i w niehumanitarnych warunkach, do krajów, w których dostarczani są przedsiębiorcom za „stosownym” wynagrodzeniem. Z uwagi na to, iż pracownicy ci dostarczani są do kraju przeznaczenia często drogą nielegalną, a wykonywana przez nich praca jest tzw. pracą „na czarno”, to pracownicy ci nie mogą korzystać z opieki państwa, w którym się znajdują, ani nie obejmuje ich funkcja ochronna czy też gwarancyjna miejscowego prawa pracy. Pośrednicy natomiast pobierają od nich wysokie prowizje przez okres pracy. W związku z tym proceder ów został zaliczony przez ONZ w 1972 r. do praktyk zbliżonych do niewolnictwa⁵⁰.

Warto jeszcze dodać, iż współcześnie termin „niewolnictwo” odnosi się do wielu naruszeń praw człowieka. Jak wynika z raportu ONZ, Przygotowanego przez Grupę Roboczą ONZ ds. Współczesnych Form Niewolnictwa, obok tradycyjnych, znanych nam z historii, form niewolnictwa, do pogwałceń praw człowieka, wchodzących w przedmiotowy zakres pojęcia „niewolnictwo” zalicza się współcześnie w głównej mierze: pracę przymusową, sprzedaż dzieci, dziecięcą prostytucję i pornografię, eksploatowanie dzieci jako taniej siły roboczej, wykorzystywanie dzieci w konfliktach zbrojnych, niewolę za długi, handel ludźmi oraz ludzkimi organami, eksploatowanie prostytucji wśród kobiet, a także pewne praktyki odnoszące się do systemu apartheid i reżimów kolonialnych⁵¹.

III. Podstawowe dokumenty regulujące prawa dziecka

Grupą osób, która podlega szczególnej ochronie przez prawo międzynarodowe, są kobiety i dzieci. Są to osoby szczególnie wrażliwe na negatywne oddziaływanie środowiska zewnętrznego.

⁴⁹ F. Jasiński, K. Smoter (red.), *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2005, s. 502.

⁵⁰ E. Bieńkowska, *O zakazie niewolnictwa i handlu niewolnikami*, „Przegląd Prawa Karnego” nr 21/2001, s. 74

⁵¹ *Contemporary Forms of Slavery*, Office of the United High Commissioner for Human Rights 1991, www.unhchr.ch (20.05.2001), (za:) P. Rudnicka, *Handel ludźmi: prawo polskie na tle standardów międzynarodowych*, Kraków 2003 r., s. 27.

Ochronę prawną nad dziećmi roztoczyły w szczególności Konwencja o zakazie handlu kobietami i dziećmi z 1921, konwencje opracowane przez Międzynarodową Organizację Pracy⁵², Deklaracja praw dziecka z 1924⁵³, dwa Protokoły Dodatkowe z 10 czerwca 1977⁵⁴ do tzw. czterech konwencji genewskich z 1949r, oraz Deklaracja Praw Dziecka z dn. 20 listopada 1959⁵⁵. Głównym dokumentem mającym na uwadze ochronę praw dziecka jest jednak Konwencja o prawach dziecka uchwalona 20 listopada 1989⁵⁶ przez Zgromadzenie Ogólne

⁵² W szczególności: Konwencja MOP nr 5 z dn. 28.11.1919 r w sprawie określenia najniższego wieku dopuszczania dzieci do pracy przemysłowej (wycofana 22.03.1978 r.), Dz. U. z 1925 r., nr 54, poz. 366; Konwencja MOP nr 7 z dn. 9.07.1920 r określająca najniższy wiek dopuszczania dzieci do pracy w marynarce (również wycofana 22.03.1978 r.), Dz. U. z 1925 r., nr 54, poz. 370; Konwencja MOP nr 10 z dn. 16.11.1921 r. w sprawie wieku dopuszczania dzieci do pracy w rolnictwie (wycofana 22.03.1978 r.), Dz. U. z 1925 r., nr 54, poz. 376; Konwencja MOP nr 60 z dn. 29.12.1950 r dotycząca wieku dopuszczania dzieci do pracy w zawodach nieprzemysłowych (zrewidowana przez Konwencję nr 138, z zastrzeżeniem pewnych warunków), nieratyfikowana przez Polskę; Konwencja MOP nr 112 z dn. 19.06.1959 r dotycząca najniższego wieku dopuszczania do pracy w rybołówstwie (wycofana 22.03.1978 r.), Dz. U. z 1966 r., nr 32, poz. 192; Konwencja MOP nr 138 z dn. 26.06.1973 r dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudniania, Dz. U. z 1978 r., nr 12, poz. 53; Konwencja MOP nr 182 z dn. 17.06.1999 r dotycząca zakazu i natychmiastowego działania na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci, Dz. U. z 2001 r., Nr 125, poz. 1364.

⁵³ Sygnatariusze Deklaracji stwierdzili, iż „ludzkość powinna dać dziecku, wszystko, co najlepsze”. Prawa dziecka zostały ujęte w pięciu punktach: 1) dziecku powinno się dać możliwość normalnego rozwoju fizycznego i duchowego; 2) dziecko głodne powinno być nakarmione, dziecko chore powinno być pielęgnowane, dziecko wykołone wrócone na właściwą drogę, sierota i dziecko opuszczone – wzięte w opiekę, wspomaganie 3) dziecko powinno przed innymi otrzymać pomoc w czasie klęski, 4) dziecko powinno być przygotowane do zarobkowania na życie i zabezpieczone przed wszelkim wyzyskiem, 5) dziecko winno być wychowywane w wierze, że jego najlepsze cechy powinny być oddane na usługi współbraci.

⁵⁴ Protokoły dodatkowe do Konwencji genewskich weszły w życie w dn. 7.12.1978 r; zawierały przepisy, w których m.in.: zakazywano dzieciom poniżej 15. roku życia uczestniczenia bezpośrednio w działaniach zbrojnych, nakazywano umieszczenie dzieci oddzielnie od dorosłych albo razem z rodzicami w razie zatrzymania, uwięzienia lub internowania, zobowiązano państwa do otaczania dzieci szczególną opieką i pomocą; zob. L. Wiśniewski, *Geneza Konwencji o Prawach Dziecka i stosunek jej norm do innych aktów prawa międzynarodowego*, (w:) T. Smyczyński, *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 11.

⁵⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 1386 (XIV). Deklaracja zawiera 10 zasad dotyczących praw dziecka, wśród których na szczególną uwagę zasługuje zasada uznająca, iż „dziecko powinno zawsze mieć pierwszeństwo do ochrony i pomocy”.

⁵⁶ Rez. 44/25; Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526, Dz. U. z 2000 r., nr 2, poz. 11, Dz. U. z 2000 r., nr 2, poz. 12; Konwencja została podpisana przez Polskę w dn. 26.01.1990 r, ratyfikowana w dn. 7.01.1991 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 527).

ONZ. Jest to pierwszy międzynarodowy dokument zawierający tak szeroki katalog praw i wolności dziecka, co jest największą zaletą Konwencji. Dziecko zaczyna być traktowane bardziej podmiotowo⁵⁷ w stosunku do wcześniejszych dokumentów⁵⁸, które podkreślając przede wszystkim prawo dziecka do szczególnej opieki i ochrony, traktowały je jako przedmiot ochrony prawnej⁵⁹.

Wspólnota międzynarodowa zainteresowała się zjawiskiem handlu dziećmi w drugiej połowie lat 90., doszło wówczas do spotkania delegatów ponad stu państw wyrażających gotowość do walki z tymże procederem⁶⁰. Ze względu na to, iż zjawisko handlu dziećmi nie jest tożsame ze zjawiskiem handlu osobami dorosłymi, zagadnieniu handlu dziećmi poświęcono odrębne regulacje prawne. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż zjawisko handlu dziećmi „rządzi” się własnymi prawami. Jest to zjawisko nie tylko wieloaspektowe i nieustannie ewoluujące, podatne na aktualne „zapotrzebowanie rynku”, ale także przybierające bardziej wysublimowane formy niż w przypadku osób dorosłych⁶¹.

Szacuje się, iż na świecie pracuje 218 mln dzieci, a ponad milion dzieci rocznie pada ofiarą procederu handlu ludźmi⁶².

Art. 35 Konwencji z 1989 r. stanowi, iż „Państwa – Strony będą podejmowały wszelkie kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży bądź handlowi dziećmi, dokonywanym dla jakichkolwiek celów i w jakiegokolwiek formie”. Handel dziećmi może być dokonywany w obrębie granic jednego państwa bądź też może wiązać się z wywiezieniem dziecka do innego kraju, dlatego też Konwencja w art. 11 ust. 1 nakłada na państwa obowiązek zwalczania nielegalnego transferu dzieci oraz ich nielegalnego wywozu za granicę.

Oba wymienione przepisy zakazują zrywania więzi łączących dziecko z osobami sprawującymi nad nimi pieczę. Ochronie, przewidzianej w art. 11

⁵⁷ Na podmiotowość wskazuje przede wszystkim prawo do życia, otrzymania nazwiska i nabycia obywatelstwa (art. 7 i 8 Konwencji), prawo dziecka do bycia wysłuchanym w każdej sprawie, która go dotyczy.

⁵⁸ Mowa tu o Deklaracji praw dziecka (tzw. Deklaracja Genewska) pod auspicjami Ligi Narodów z 1924 r. oraz o Deklaracji Praw Dziecka uchwalonej na forum ONZ w dn. 20.11.1959 r.

⁵⁹ E. Czyż, *Prawa...*, op. cit., s. 13.

⁶⁰ I Światowy Kongres przeciwko Seksualnemu Wykorzystywaniu Dzieci w Celach Komercyjnych, 29–31.08.1996 r., Sztokholm.

⁶¹ O. Sitarz, *Problem implementacji przepisów prawa międzynarodowego dotyczących handlu ludźmi* (w:) Z. Lasocik, M. Koss, Ł. Wiczorek, *Handel dziećmi...*, op. cit., s. 15.

⁶² Dane UNICEF, UNIFEM, ONZ za: Komunikat Komisji w kierunku strategii UE na rzecz praw dziecka {SEC (2006)888},{SEC(2006)889}, KOM (2006) 367 wersja ostateczna, Bruksela, dn. 4.07.2006 r., s. 4–5.

i art. 35 Konwencji, podlegają także, choć już na dalszym planie, prawa osób sprawujących pieczę do kontaktów z dzieckiem, wychowywania go itd. Głębszym celem wymienionych artykułów jest również szczególna ochrona godności i wolności dzieci, które wskutek braku doświadczenia życiowego, niedostatecznej umiejętności kształtowania i wyrażania swej woli oraz niepełnej zdolności do czynności prawnych są szczególnie narażone na stanie się przedmiotem „transakcji” naruszających ich podstawowe prawa.⁶³ Ponadto w art. 11 Konwencji państwa ją ratyfikujące zobowiązały się do: ochrony dziecka przed krzywdzącym zabieraniem ich lub przetrzymywaniem poza właściwą im jurysdykcją, do zapewnienia im możliwości powrotu, do przedsięwzięcia odpowiednich kroków, aby porwane dzieci zostały przekazane z powrotem właściwej jurysdykcji.

Konwencja, odnosząc się w art. 11 do „nielegalnego transferu dzieci”, w żadnym innym miejscu nie precyzuje, co to pojęcie właściwie oznacza. Pomimo iż nielegalny transfer dziećmi zakazany jest przez szereg innych dokumentów międzynarodowych⁶⁴, to pojęcie takie nie występuje w żadnym z nich; obce jest ono także polskiemu prawu wewnętrznemu. L. Kociucki⁶⁵ zwraca uwagę na użyteczność owego pojęcia z uwagi na jego szeroki zakres, obejmujący wszelkie postaci rozerwania więzi między dzieckiem a osobą sprawującą nad nimi, pieczę, które powinny być zwalczane. Podkreśla również, iż neutralny aksjologicznie charakter pozwala uniknąć – przynajmniej w niektórych przypadkach – nieporozumień powstających w razie konieczności ustalenia, jaki system wartości jest miarodajny dla ochrony pieczy nad dzieckiem. Kociucki proponuje, ażeby za „nielegalny transfer dzieci” uznać bezprawne oddzielenie dziecka od osób upoważnionych do sprawowania nad nim pieczy, przy czym wola (zgo-

⁶³ L. Kociucki, *Zwalczanie nielegalnego transferu dzieci* (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 353.

⁶⁴ 1) Międzynarodowe Porozumienie dotyczące zwalczania handlu żywym towarem podpisane w Paryżu w dn. 18.05.1904 r., Dz. U. z 1922 r., Nr 87, poz. 783; 2) Międzynarodowa Konwencja dotycząca handlu żywym towarem podpisana w Paryżu w dn. 4.05.1910 r., Dz. U. z 1922 r., Nr 87, poz. 783; 3) Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi podpisana w Genewie w dn. 30.09.1921 r., Dz. U. z 1925 r., Nr 125, poz. 893; 4) Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji podpisana w Lake Success w dn. 21.03.1950 r., Dz. U. z 1952 r., Nr 41, poz. 278; 5) Konwencja o właściwości organów i prawie właściwym w zakresie ochrony małoletnich podpisana w Hadze w dn. 5.10.1961 r., Dz. U. z 1995 r., Nr 106, poz. 519; 6) Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę podpisana w Hadze w dn. 25.10.1980 r., Dz. U. z 1995 r., Nr 108, poz. 528; 7) Europejska Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń dotyczących pieczy nad dzieckiem oraz o przywracaniu pieczy nad dzieckiem podpisana w Luksemburgu w dn. 20.05.1980 r., Dz. U. z 1996 r., Nr 31, poz. 134, sprostowanie w Dz. U. z 1997 r., Nr 32, poz. 196.

⁶⁵ L. Kociucki, *Zwalczanie...*, op. cit., s. 357.

da) tych osób nie ma wpływu na bezprawność transferu. Przez osobę upoważnioną do sprawowania pieczy nad dzieckiem należy rozumieć, zgodnie z art. 5 lit. a) Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 25.10.1980 r., osobę posiadającą prawo do opieki nad osobą dziecka, w szczególności prawo do decydowania o miejscu jego pobytu⁶⁶. W tym miejscu należy także zaznaczyć, iż w rozumieniu Konwencji o prawach dziecka do transferu nie należy stosować wymogu przekroczenia granicy, tak jak ma to miejsce w przypadku „wywozu za granicę”. Transfer może mieć miejsce zarówno w przypadku działania sprawcy (np. wywóz dziecka, odmowa jego wydania osobom upoważnionym), jak i zaniechania (np. nieoddanie dziecka mimo istniejącego obowiązku), gdy tymczasem „wywóz za granicę” wymaga aktywnego działania sprawcy.

Oddzielenie dziecka od osób sprawujących nad nim pieczę jest dopuszczalne tylko w przypadkach gdy, „ (...) właściwe władze, podlegające nadzorowi sądowemu, zdecydują, zgodnie z obowiązującym prawem oraz procedurą, że takie odłączenie jest konieczne ze względu na nadrzędny interes dziecka (...)” (art. 9 ust. 1 Konwencji). Transfer dziecka jest więc nielegalny, gdy nastąpił bez decyzji upoważnionych władz, zezwalającej na owy transfer lub też transfer nastąpił wbrew takiej decyzji, ewentualnie wbrew przepisom prawa. Bez znaczenia pozostaje okoliczność wyrażenia zgody na transfer przez osobę upoważnioną do sprawowania pieczy nad dzieckiem.

Nielegalnym będzie także transfer dziecka znajdującego się pod pieczę osoby sprawującej władzę na podstawie przepisów prawa administracyjnego (np. wychowawcy domów dziecka) lub też przepisów cywilnych (np. osoby opiekującej się dzieckiem na podstawie umowy z osobą upoważnioną).

Jak zauważa L. Kociucki, zakres zjawisk zakazanych przez art. 11 i 35 Konwencji oraz obowiązki państw z nich wynikające są podobne. O ile art. 11 ma zastosowanie do sytuacji wywiezienia dziecka poza granice kraju, to art. 35 Konwencji wymaga podejmowania środków o zasięgu krajowym dla przeciwdziałania uprowadzeniom, sprzedaży oraz handlowi dziećmi. Standardy konwencyjne przewidziane w ramach art. 35 są bardzo ogólne, dlatego też w dn. 25 maja 2000 r. został przyjęty w Nowym Jorku dokument uzupełniający Konwencję o prawach dziecka, tj. Protokół fakultatywny w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i pornografii⁶⁷. Protokół ten ma bardzo istotne

⁶⁶ W postanowieniu z 16.10.1997 r. (I CKN 653/97; niepublikowane) Sąd Najwyższy zrównał opiekę w rozumieniu art. 5 lit. a) Konwencji haskiej z 1980 r. z władzą rodzicielską w rozumieniu prawa polskiego.

⁶⁷ Tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., Nr 76, poz. 494; Polska podpisała Protokół 13.02.2002 r., ratyfikowany przez Polskę 4.02.2005 r. (Dz. U. z 2004 r., Nr 238, poz. 2389);

znaczenie, albowiem zdefiniował pojęcie handlu dziećmi. W art. 2 lit. a) stanowi się, iż handel dziećmi oznacza „jakiegokolwiek działanie lub transakcję, w drodze której dziecko przekazywane jest przez jakąkolwiek osobę lub grupę osób innej osobie lub grupie za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek inną rekompensatę”⁶⁸. Istotnym jest, iż protokół nie ogranicza handlu dziećmi do działań o charakterze międzynarodowym czy też działań dokonywanych w ramach przestępczości zorganizowanej (art. 3 ust. 1). W art. 3 ust. 1 pkt a) Protokołu sprecyzowano czyny podlegające penalizacji, które zgodnie z Protokołem składają się na przestępstwo handlu ludźmi. Protokół zobowiązuje do uznania za karalne czynów polegających na: oferowaniu, dostarczaniu lub przyjęciu dziecka w jakikolwiek sposób w celu seksualnego wykorzystania dziecka, przekazania organów dziecka dla zysku, angażowania dziecka do pracy przymusowej, oraz czynu polegającego na nakłanianiu w niewłaściwy sposób, jako pośrednik, do udzielenia zgody na adopcję dziecka, z naruszeniem stosownych międzynarodowych instrumentów prawnych dotyczących adopcji (art. 3 ust. 1 pkt a).

Drugim niezwykle istotnym dokumentem z punktu widzenia zwalczania handlu dziećmi jest wspomniany już tzw. Protokół z Palermo. Zgodnie z art. 3 Protokołu z Palermo poprzez handel dziećmi należy rozumieć werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie dziecka celem jego wykorzystania (art. 3 lit. c). Wykorzystanie – jako minimum – obejmuje: wykorzystanie prostytutki innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcie organów (art. 3 lit. a). Bez znaczenia pozostaje metoda działania sprawcy (w stosunku do osób powyżej 18. roku życia wymagane jest bowiem posłużenie się przez sprawcę jedną z metod wymienionych w art. 3 lit. a, tj. zastosowanie groźby lub użycie siły lub też wykorzystanie innej formy przymusu, uprowadzenie, oszustwo, wprowadzenie w błąd, nadużycie władzy lub wykorzystanie słabości, wręczenie lub przyjęcie płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą).

W tym miejscu należy zauważyć, iż termin *the sale of the children* przetłumaczono jako handel dziećmi, pomimo iż zarówno w tekście francuskim, jak i angielskim posłużono się wyrazem (*sale*) dokładnie oznaczającym „sprzedaż”.

w Polsce protokół wszedł w życie w dn. 4.03.2005 r. Wraz z nim został przyjęty drugi Protokół fakultatywny w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne podpisany w Nowym Jorku w dn. 25.05.2000 r., Dz. U. z 2004 r, Nr 194, poz. 1982; w Polsce protokół wszedł w życie w dn. 7.05.2005 r.

⁶⁸ Por. A. Bińczyk – Missala, Międzynarodowa..., op. cit., s. 141; A. N. Schulz, *Protokoły dodatkowe do Konwencji o prawach dziecka*, PAN INP 2002 r., Nr 3.

Zastrzeżenie to jest o tyle istotne, iż „handel” w języku polskim oznacza „rodzaj działalności polegającej na nabywaniu jakichś dóbr, usług, walorów w celu sprzedaży, wynajmowania, odstępowania ich za jakąś cenę”⁶⁹, natomiast „sprzedaż” oznacza „oddawanie jakichś dóbr materialnych przez sprzedawcę kupującemu w zamian za określoną sumę pieniędzy”⁷⁰. Jednakże w odniesieniu do omawianych tu przestępstw właściwszym wydaje się być rzeczownik „handel”, ze względu na jego szerszy zakres⁷¹.

Współcześnie miliony dzieci na całym świecie sprowadzanych jest do roli przedmiotu sprzedaży, obiektu seksualnego czy też taniej siły roboczej, a nawet źródła organów przeznaczonych do transplantacji. Najbardziej rozpowszechnioną formą handlu dziećmi jest wszelka eksploatacja seksualna. Jednakże bardzo często dzieci są przymuszane do pracy i mowa tu o pracy trwającej kilkanaście godzin dziennie, w niehumanitarnych warunkach zagrażających życiu i zdrowiu dzieci, pracy, która w ewidentny sposób łamie ich prawa, uniemożliwiając im prawidłowy rozwój. Dzieci przymuszane do takiej pracy pozbawione są nie tylko dzieciństwa, lecz przede wszystkim prawa do nauki, odpoczynku, a przede wszystkim godności. Przymusowa praca dzieci przybiera różnorodne formy w zależności od kraju, wieku i płci dziecka. Dzieci przymuszane są najczęściej do pracy w rolnictwie czy też na plantacjach, pracy w kopalniach, rybołówstwie, zakładach przemysłowych.

Konwencja o prawach dziecka nakazuje chronić dziecko przed wszelkimi formami wyzysku (art. 36), wyliczając szczegółowo jedynie te, które są najpowszechniejsze, a zarazem najbardziej niebezpieczne. I tak Konwencja zajmuje się przede wszystkim ochroną dzieci przed wyzyskiem ekonomicznym (art. 32) oraz wyzyskiem seksualnym i nadużyciami seksualnymi (art. 34). Biorąc pod uwagę fakt, iż dziecko podlegające wyzyskowi bardzo często poddawane jest działaniu środków narkotycznych lub substancji psychotropowych, szczególnego znaczenia nabiera art. 33 Konwencji, który stanowi, iż „Państwa – Strony będą podejmowały wszelkie odpowiednie kroki, w tym środki ustawodawcze, administracyjne, socjalne oraz środki w dziedzinie oświaty, w celu zapewnienia ochrony dzieciom przed nielegalnym używaniem środków narkotycznych i substancji psychotropowych, zgodnie z ich zdefiniowaniem w odpowiednich umowach międzynarodowych, oraz w celu zapobiegania wykorzystywaniu dzieci do nielegalnej produkcji tego typu substancji i handlu nimi”.

⁶⁹ B. Dunaj, *Język polski. Współczesny słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 2007 r., s. 489.

⁷⁰ B. Dunaj, *Język polski. Współczesny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2007 r., s. 1709.

⁷¹ Kwestia ta będzie przedmiotem rozważań w dalszej części pracy.

Zagadnienie wyzysku ekonomicznego, następującego szczególnie w związku z pracą zarobkową wykonywaną przez dziecko, uregulowane zostało w art. 32 Konwencji.

Przewidziana w art. 32 ust. 1 Konwencji generalna zasada ochrony dzieci przed wyzyskiem ekonomicznym, dopełniona została w ust. 2, w którym określone zostały szczególne kroki, jakie powinno podejmować państwo w celu zapobieżenia temu wyzyskowi. Państwo zostało zobowiązane do ustanowienia: minimalnego poziomu lub poziomów wiekowych dla ubiegania się o podjęcie pracy, właściwych przepisów odnośnie wymiaru czasowego oraz warunków zatrudnienia oraz odpowiednich kroków lub innych sankcji dla zapewnienia skutecznej ochrony dziecka przed wyzyskiem ekonomicznym.

Warto zauważyć, iż już Deklaracja Praw Dziecka z 1959 r. zajmowała się ochroną pracy młodocianych (zasada nr 9), a art. 10 Międzynarodowego Paktu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych z 1966 r. dodatkowo tę ochronę rozwijał. Ochrona młodzieży przed wyzyskiem ekonomicznym była również przedmiotem Kopenhaskiej Deklaracji w sprawie Rozwoju Społecznego i Programu Działania Światowego Szczytu ds. Rozwoju Społecznego z 1995 r. Wśród licznych konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy, dotyczących m.in. ochrony pracy młodocianych, najważniejszą niewątpliwie jest Konwencja nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci, przyjęta w dn. 17 czerwca 1999 r. w Genewie. Zgodnie z art. 3 tejże Konwencji „najgorsze formy pracy dzieci” obejmują:

- wszystkie formy niewolnictwa lub praktyk podobnych do niewolnictwa, takich jak sprzedaż i handel dziećmi, niewolnictwo za usługi i pańszczyzna lub praca przymusowa albo obowiązkowa, w tym przymusowe lub obowiązkowe rekrutowanie dzieci do udziału w konflikcie zbrojnym;
- korzystanie, angażowanie lub proponowanie dziecka do prostytucji, produkcji pornografii lub przedstawień pornograficznych;
- korzystanie, angażowanie lub proponowanie dziecka do nielegalnych działalności, w szczególności do produkcji i handlu narkotyków, jak określają stosowne traktaty międzynarodowe;
- pracę, która ze względu na swój charakter lub okoliczności, w których jest prowadzona, może zagrażać zdrowiu, bezpieczeństwu lub moralności dzieci.

Konwencja ma ogromne znaczenie dla przeciwdziałania przymusowej pracy dzieci, jednakże znacznym jej mankamentem jest brak mechanizmów kontrolnych. Wprawdzie art. 5 nakłada na państwa – strony obowiązek monitorowania realizacji postanowień wprowadzających w życie postanowienia

Konwencji, a art. 6 nakazuje opracowanie i realizowanie programów działania na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci, to jednak zobowiązania te nie są wystarczające, albowiem ich realizacja nie podlega żadnej weryfikacji.

Obok instrumentów prawnych o charakterze uniwersalnym, również niektóre instrumenty regionalne dotyczą ochrony dzieci przed wyzyskiem ekonomicznym. Należy tu wymienić przede wszystkim Europejską Kartę Socjalną Rady Europy podpisaną w Turynie dn. 18 października 1961 r.⁷², która w art. 7 określa prawa dzieci i młodocianych do ochrony zatrudnienia, oraz Dyrektywę Rady nr 94/33/WE z dn. 22 czerwca 1994 r.⁷³ w sprawie ochrony pracy osób młodych⁷⁴.

Jednakże jedną z najpopularniejszych form wykorzystywania dzieci jest – już wspomniana – ich eksploatacja seksualna. Najpowszechniejszą formą handlu dziećmi jest wykorzystywanie ich do pracy w charakterze prostytutek i do produkcji materiałów pornograficznych. Ponadto wykorzystywanie seksualne dzieci obejmuje niejednokrotnie wymuszanie małżeństw oraz zniewolenie seksualne. Stosunkowo nowym zjawiskiem jest tzw. dziecięca turystyka seksualna, której ofiarami co roku pada około miliona dzieci⁷⁵. Potrzeba ochrony dzieci przed wszelkimi formami wykorzystywania seksualnego znajduje swój wyraz w Konwencji. Art. 34 Konwencji o prawach dziecka nakazuje chronić dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych dla przeciwdziałania:

- nakłanianiu lub zmuszaniu dziecka do jakichkolwiek nielegalnych działań seksualnych;
- wykorzystywaniu dzieci do prostytucji lub innych nielegalnych praktyk seksualnych;
- wykorzystywaniu dzieci w pornograficznych przedstawieniach lub materiałach.

⁷² Dz. U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67; EKS w wersji z 1961 r. (tzw. Karta I) została ratyfikowana przez Polskę w 1997 r., jednakże Polska przyjęła jedynie część zobowiązań wynikających z Karty; EKS została zrewidowana w dn. 3.05.1996 r., dotychczas Polska nie ratyfikowała zrewidowanej EKS.

⁷³ Dz. Urz. WE L 216 z dn. 20.8.1994 r., str. 12 z późn. zm.; Dz. Urz. WE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 2, str. 213.

⁷⁴ Szerzej: M. Matey-Tyrowicz, *Ochrona dzieci i młodocianych w dziedzinie pracy*, (w:) T. Smyczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 389–391.

⁷⁵ J. Bryk, *Handel ludźmi – zagrożeniem dla bezpieczeństwa transgranicznego Polski*, (w:) A. Konopka, G. Sobolewski, *Bezpieczeństwo granic Rzeczypospolitej Polskiej*, Białystok 2011, s. 175.

Zobowiązanie wynikające z art. 34 Konwencji „popiera” wspomniany już Protokół fakultatywny w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i pornografii. Zgodnie z postanowieniami Protokołu, państwa – strony zobowiązane zostały do wprowadzenia karalności produkcji, dystrybucji, rozpowszechniania, importu, eksportu, oferowania, handlu lub posiadania pornografii dziecięcej w tychże celach (art. 3 ust. 1 pkt c) oraz karalności czynów polegających na oferowaniu, uzyskiwaniu, nabyciu lub dostarczeniu dziecka w celach prostytucji (art. 3 ust. 1 pkt b).

Dziecięca pornografia w rozumieniu owego Protokołu oznacza „jakiegokolwiek pokazywanie, za pomocą dowolnych środków, dziecka uczestniczącego w rzeczywistych lub symulowanych ewidentnie czynnościach seksualnych lub też jakiegokolwiek pokazywanie organów płciowych w celach przede wszystkim seksualnych” (art. 2 lit. c). Należy zauważyć, co jest wysoce niepokojące, iż samo posiadanie pornografii dziecięcej – na mocy Protokołu – nie zostało zakazane. Podkreślić należy, iż decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej 2004/68/WSiSW znacznie tę definicję rozszerzyła.

Natomiast poprzez prostytucję dziecięcą, zgodnie z Protokołem fakultatywnym, należy rozumieć „wykorzystywanie dzieci do czynności seksualnych za wynagrodzeniem lub jakąkolwiek rekompensatą w innej formie” (art. 2 lit. b).

Problemem seksualnej eksploatacji dzieci zajmowała się też Rada Europy. Rekomendacja Komitetu Ministrów R(91) 11 dotycząca seksualnego wykorzystywania, pornografii i prostytucji oraz handlu dziećmi i młodzieżą zalecała m.in. poprawę świadomości społecznej dotyczącej tego zagadnienia oraz rozważenie wprowadzenia sankcji karnych za samo posiadanie materiału pornograficznego z udziałem dzieci. Natomiast Konwencja Rady Europy z dn. 23 listopada 2001 r. w sprawie przestępczości komputerowej⁷⁶ (tzw. Konwencja o cyberprzestępczości) w art. 9 ust. 1 zobowiązuje państwa – strony do uznania za przestępstwo:

- produkcję pornografii dziecięcej w celu jej dystrybucji za pośrednictwem sieci komputerowej;
- proponowanie lub udostępnianie pornografii dziecięcej za pośrednictwem sieci komputerowej;
- dystrybucję lub transmisję pornografii dziecięcej za pośrednictwem sieci komputerowej;
- kupowanie pornografii dziecięcej za pośrednictwem sieci komputerowej dla siebie lub innej osoby;

⁷⁶ Polska podpisała Konwencję, ale jej nie ratyfikowała.

- posiadanie pornografii dziecięcej w zasobach komputerowych lub na komputerowym nośniku przechowywania danych.

Konwencja na potrzeby przestępczości komputerowej stworzyła własną definicję pornografii dziecięcej. Art. 9 ust. 2 stanowi, iż „pornografia dziecięca obejmuje materiał pornograficzny, który w sposób widoczny przedstawia: a) osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej; b) osobę, która wydaje się być nieletnią, w trakcie czynności wyraźnie seksualnej; c) realistyczny obraz przedstawiający osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej”.

Konwencja o cyberprzestępczości daje państwom możliwość ograniczenia zakresu niezbędnej kryminalizacji do przypadków rzeczywistej, a nie tylko pseudopornografii dziecięcej, jeżeli dana osoba tylko wygląda na dziecko lub jest przedstawiana jako dziecko (np. w filmach animowanych). Sprawozdanie Wyjaśniające do Konwencji wskazuje, że państwo – strona ma możliwość ustalenia, iż przestępstwo pornografii dziecięcej nie zachodzi, o ile ustalono, iż przedstawiana osoba nie jest dzieckiem⁷⁷.

Także Unia Europejska podejmuje regulacje prawne, które wpływają na ochronę dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym. Wspólne działanie Rady Unii Europejskiej 97/154/WSiSW z dn. 24 lutego 1997 r. dotyczące zwalczania handlu ludźmi i seksualnego wykorzystywania dzieci⁷⁸ nakazuje uznać za przestępstwo wykorzystywanie dzieci w publikacjach i materiałach pornograficznych, w tym do produkcji, sprzedaży i dystrybucji oraz innych form obrotu, jak również samo posiadanie pornografii. Decyzja Rady Unii Europejskiej 2000/375/WSiSW z dn. 29 maja 2000 r. w sprawie zwalczania pornografii dziecięcej w Internecie⁷⁹ nakazuje państwom członkowskim konieczność zagwarantowania możliwie najszerszej i najszybszej współpracy w celu skutecznego śledzenia i karania przestępstw związanych z pornografią dziecięcą w Internecie. Natomiast decyzja ramowa Rady Unii Europejskiej 2004/68/WSiSW z dn. 22 grudnia 2003 r. w sprawie zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej⁸⁰ ma na celu zharmonizowanie ustawodawstwa w państwach członkowskich, poprzez uznanie za karalne co najmniej dystrybucji, produkcji, rozpowszechniania, transmisji, proponowania oraz innego rodzaju udostępniania, nabywania i posiadania materiałów zawierających pornografię dziecięcą.

Należy zwrócić uwagę na pewną istotną różnicę w sformułowaniach występujących w powyższych dokumentach. W Konwencji o prawach dziecka

⁷⁷ G. Vermeulen, *Handel kobietami i dziećmi – perspektywa międzynarodowa*, (w:) Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 173.

⁷⁸ Dz. Urz. WE L 63 z dn. 4.03.1997 r., s. 2.

⁷⁹ Dz. Urz. WE L 138 z dn. 9.06.2000 r., s. 1.

⁸⁰ Dz. Urz. WE L 13 z dn. 20.01.2004 r., s. 44.

mowa jest bowiem o „wyzysku seksualnym dzieci”, gdy tymczasem w pozostałych aktach użyto sformułowania „wykorzystywanie seksualne dzieci”. Powszechnie uważa się, iż kluczowa różnica pomiędzy obydwoma wyrażeniami sprowadza się do występowania motywu komercyjnego. Osoby dopuszczające się wykorzystywania seksualnego dzieci z reguły nie czerpią z tego faktu korzyści materialnych, w przeciwieństwie do osób wyzyskujących dzieci do celów komercyjnych. Sprawcy wykorzystywania seksualnego bardzo rzadko czynią to dla zysku. Główną przyczyną wykorzystywania jest przyjemność lub chęć panowania nad osobą słabszą. Rzeczą oczywistą jest, iż wykorzystywanie i wyzysk seksualny to dwa różne zjawiska, powodowane innymi motywami, sposobami i profilami działania⁸¹. Określenie rozmiarów wykorzystywania i wyzysku seksualnego nie jest zadaniem łatwym, bowiem dane statystyczne świadczą jedynie o przypadkach ujawnionych, którymi zajęły się właściwe organy. Pomimo, iż dane te pozwalają na określenie pewnych tendencji, to jednak skala problemu wciąż pozostaje nieznana. Wiadomo jednak, iż skala ta jest ogromna, o czym świadczy wciąż podawana w literaturze przedmiotu liczba: „każdego roku milion dzieci wkracza na rynek seksbiznesu”.

Należy zaznaczyć, iż przepisy dotyczące stypizowanych form wyzysku (art. 32–35, ale też art. 19 Konwencji z 1989 r.) sformułowano w sposób elastyczny, z użyciem klauzul generalnych, unikając jednakże nieokreśloności. Dają one możliwość interpretacji chroniącej dobro dziecka w niemal każdej sytuacji, w której będzie ono zagrożone. Jednakże Konwencja daje również możliwość ochrony dziecka w sytuacjach obecnie niemożliwych do przewidzenia, gwarantując w art. 36 ochronę przed wszelkimi innymi formami wyzysku. Art. 36 Konwencji jest przepisem subsydiarnym wobec innych przepisów dotyczących wyzysku⁸².

Reasumując, Konwencja o prawach dziecka zapewnia szeroką ochronę przed wyzyskiem dzieci. Dokument ten ma jednak charakter wyłącznie deklaracyjny, bowiem jego przepisy pozbawione są charakteru samowykonalności (*self-executing*) i wymagają od państw, będących stronami Konwencji, podjęcia odpowiednich kroków.

Konkludując, prawa dziecka – jak deklaruje sama Konwencja o Prawach Dziecka – są prawami człowieka, co znajduje wyraz m.in. w odwołaniu do wcześ-

⁸¹ J. Kane, *Broszury Daphne: Problemy i doświadczenia związane ze zwalczaniem przemocy wobec dzieci, młodzieży i kobiet. Zapobieganie wykorzystywaniu i wyzyskowi seksualnemu dzieci*, Komisja Europejska 2007 r., s. 11, broszury dostępne są pod adresem: http://ec.europa.eu/justice_home/funding/daphne3/funding_daphne3_en.htm.

⁸² L. Kociucki, *Ochrona dziecka przed złym traktowaniem*, (w:) T. Smoczyński (red.), *Konwencja o prawach dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 377.

niejszych instrumentów prawa międzynarodowego dotyczących problematyki praw człowieka, tj. Karty Narodów Zjednoczonych, Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka. Pomimo iż adresatami norm traktatów o prawach człowieka (tak o charakterze regionalnym, jak i uniwersalnym) są wszyscy ludzie, a więc i dzieci, to standardy ochrony, jakie przewidziane zostały dla każdej istoty ludzkiej, w przypadku dzieci są zdecydowanie wyższe. Dziecko jest istotą bezbronną. Niedojrzałość intelektualno-emocjonalna, jaka jest charakterystyczna dla okresu dziecięcego, powoduje, iż dziecko nie jest w stanie realnie ocenić ryzyka, przewidzieć konsekwencji popełnionych czynów, podejmować świadomych decyzji⁸³. Chociażby z tego względu celowym było uchwalenie konwencji dotyczącej wyłącznie dzieci. Konwencja o Prawach Dziecka chroni najmłodsze istoty ludzkie, które najbardziej potrzebują opieki. Gwarantuje najmłodszym ochronę przed jakimikolwiek formami przemocy fizycznej lub psychicznej czy wykorzystaniem seksualnym oraz nakazuje „bronić dziecko przed wszelkimi innymi formami wyzysku”. W sposób szczególny podkreśla konieczność ochrony dziecka przed wyzyskiem ekonomicznym. Ponadto zakazuje wszelkich praktyk związanych z handlem dziećmi oraz nielegalnego transferu i wywozu dzieci za granicę. Konwencja uwzględnia szczególne potrzeby dzieci. Przypomina ludziom dorosłym o ich podstawowym i naturalnym obowiązku – trosce o pomyślny rozwój nowego pokolenia⁸⁴.

Warto jeszcze odnotować, iż zjawiska handlu dziećmi nie należy ograniczać do omówionych powyżej form, tj. seksualnej eksploatacji i pracy przymusowej, dzieci niejednokrotnie bywają werbowane do żebractwa czy też do popełniania drobnych wykroczeń, a nawet przemytu narkotyków, albowiem wzbudzają one mniej podejrzeń, a co ważniejsze, nie są narażone na odpowiedzialność karną. Dzieci są łatwowierne, dlatego też łatwo je zmanipulować. Dzieci bezdomne czy też osierocone, w czasie wojny czy też konfliktów zbrojnych, werbowane są do armii. Przymusowe wcielenie do armii daje im możliwość przeżycia. W ten sposób dzieci – żołnierze mają zapewnione pożywienie i ubranie. „Mali żołnierze” często wykorzystywani są jako żywe tarcze, szpiedzy, tragarze. Wielu z nich jest porywanych i zmuszanych do walki, niejednokrotnie do zabijania swoich kolegów.⁸⁵ Ponadto dzieci bardzo często są przedmiotem nielegalnej adopcji. Ujemny przyrost naturalny tworzy popyt na noworodki. Pochodzą one głównie

⁸³ A. Morawska, *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, (w:) Z. Lasocik, *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 305; A. Morawska, *Handel dziećmi w perspektywie europejskiej – wyzwania dla praktyków*, (w:) Z. Lasocik, M. Koss, Ł. Wiczorek, *Handel dziećmi. Wybrane problemy*, Warszawa 2007, s. 31.

⁸⁴ L. Wiśniewski, *Geneza Konwencji...*, op. cit., s. 14.

⁸⁵ *Dzieci – żołnierze*, Ośrodek Informacji ONZ w Warszawie, www.unic.un.org.pl.

z krajów biednych o dużym przyroście naturalnym, gdzie rodziców nie stać na utrzymanie kolejnych dzieci. Warto też zaznaczyć, iż coraz częściej odnotowywane są zjawiska handlu dziećmi jeszcze nienarodzonymi. Dzieci bardzo często wykorzystywane są także do nielegalnych transplantacji narządów, do praktyk satanistycznych, a nawet rytuałów *voo-doo*⁸⁶.

IV. Podstawowe dokumenty regulujące prawa kobiet

Ofiarami handlu ludźmi w znacznej mierze są kobiety. Niewątpliwie związane jest to z feminizacją ubóstwa, dyskryminacją ze względu na płeć, brakiem szans edukacyjnych i zawodowych w państwie pochodzenia. Przez bardzo długi czas zjawisko handlu ludźmi utożsamiano w ogóle z handlem kobietami (i to głównie w celach eksploatacji seksualnej). Określenie to (handel kobietami – przyp. Autorka) ma wydźwięk genderowy. Kobiety bowiem bardzo często wymieniane są razem z dziećmi jako istoty słabe, bezbronne i wymagające szczególnej pomocy. Protekcyjny i przedmiotowy traktowanie kobiet towarzyszą bardzo często określeniu „handel kobietami”, co sprzyja powielaniu stereotypowych ról kobiet w społeczeństwie, ich marginalizacji, a w konsekwencji wtórnej wiktymizacji ofiar przestępstwa handlu ludźmi⁸⁷.

Początkowo środowiska kobiece były nastawione dość sceptyczne wobec doktryny praw człowieka. Uważano bowiem, iż prawa człowieka zostały ustanowione przez białych bogatych mężczyzn w celu ochrony ich interesów politycznych⁸⁸. Notabene, początkowo proceder handlu kobietami nie podlegał penalizacji. Dopiero z czasem ustanowiono odpowiednie instrumenty prawno-karne dla zwalczania handlu kobietami, które początkowo dotyczyły jedynie kobiet białych; z czasem obejmując też kobiety innych ras i dzieci⁸⁹. Dopiero po wielu latach dostrzeżono, iż system ochrony praw człowieka, którego cechą nadrzędną jest przecież uniwersalizm, dotyczy także praw kobiet.

⁸⁶ A. Morawska, *Handel dziećmi – zarys zjawiska*, (w:) Z. Lasocik, *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 304–305; J. Bryk, *Handel ludźmi – zagrożeniem dla bezpieczeństwa transgranicznego Polski*, (w:) A. Konopka, G. Sobolewski, *Bezpieczeństwo granic Rzeczypospolitej Polskiej*, Białystok 2011, s. 174–181.

⁸⁷ S. Buchowska, *Handel kobietami – handel ludźmi*, (w:) J. Piotrowska, A. Grzybek, *Raport: Kobiety dla Polski, Polska dla Kobiet. 20 lat transformacji 1989–2009*, s. 254.

⁸⁸ E. Zielińska, *Handel kobietami jako naruszenie praw kobiet*, (w:) Z. Lasocik, *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 177.

⁸⁹ A. Krempleski, *O przestępstwie handlu kobietami*. (w:) M. Porowski (red.), *IP-SiR dzisiaj. Księga jubileuszowa*, Warszawa 1998, s.203.

Bardzo duży nacisk na ochronę praw kobiet kładzie Organizacja Narodów Zjednoczonych. Już w preambule Karty Narodów Zjednoczonych wymienia się równe prawa kobiet i mężczyzn, jako jeden z celów powołania organizacji, co znalazło potwierdzenie w art. 1 pkt 3. Do zasady równości praw kobiet i mężczyzn odnosi się także preambuła Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Art. 1 PDPC wyraża zasadę równości wszystkich istot ludzkich⁹⁰, natomiast art. 2 formułuje zakaz dyskryminacji, m.in. ze względu na płeć. Również Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka formułują zakaz dyskryminacji (art. 2) oraz zasadę równości praw (art. 3). Działalność ONZ opiera się na przekonaniu, iż każde państwo powinno respektować prawo kobiet jako prawo każdego człowieka, uznawać niejako ich „człowieczeństwo” oraz potępiać przemoc wobec kobiet.

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, określana mianem międzynarodowej Karty Praw Kobiet⁹¹, była pierwszym dokumentem dotyczącym praw kobiet, w którym podjęto kwestię przemocy i handlu ludźmi. Wprawdzie tylko w jednym miejscu, tj. w art. 6, wspomina się o handlu ludźmi. Konwencja zobowiązuje państwa – strony do podjęcia stosownych kroków, w celu położenia kresu wszelkim formom handlu kobietami oraz ciągnięciu zysków z prostytucji kobiet. Państwa będące stronami Konwencji były zobowiązane do corocznego informowania Komitetu ds. Eliminacji Dyskryminacji Kobiet (dalej: Komitet) o postępach, jakie uczyniły w kwestii zapewnienia ofiarom handlu ludźmi rzetelnego procesu, zapewnienia wtórnej wiktymizacji i karania sprawców dostatecznie surowo, adekwatnie do odczuć nie tylko osób pokrzywdzonych, ale też odczuć wrażliwości społecznej.

W trakcie ONZ-owskiej dekady kobiet, kobiety z różnych zakątków świata zaczęły zakładać organizacje, mające na celu poprawę ich sytuacji. Finansowane przez ONZ konferencje w sprawach kobiet odbywały się kolejno w Meksyku (1975 r.), w Kopenhadze (1980 r.) i w Nairobi (1985 r.), były zwoływane ażeby sformułować strategię na rzecz awansu kobiet. Podczas Międzynarodowej, Konferencji na rzecz Kobiet w Nairobi oraz odbywającej się w tym samym czasie konferencji organizacji pozarządowych, przemoc wobec kobiet uznano za poważny problem międzynarodowy. W 1992 r., w przyjętej przez Komitet ds.

⁹⁰ Oryginalny tekst PDPC posługuje się zwrotem „all human beings”, jednakże pierwotnie proponowano użycie zwrotu „all men”, co wywołało spore kontrowersje, gdyż w języku angielskim „all men” oznacza zarówno „człowiek”, jak i „mężczyzna”.

⁹¹ Ł. Milczarek, *Regulacje prawne względem praw kobiet – działania ONZ*, Projekt „Społecznie znacząco ekonomicznie – wzmocnienie sektora ekonomii społecznej w województwie łódzkim poprzez utworzenie Regionalnego Inkubatora Ekonomii Społecznej udzielającego kompleksowego wsparcia” współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego, s. 7.

Eliminacji Dyskryminacji Kobiet, Rekomendacji nr 19 o przemocy wobec kobiet zdefiniowano przemoc wobec kobiet jako „naruszenie następujących praw: do życia, do wolności od tortur i innych form okrutnego traktowania, do wolności i bezpieczeństwa, do równej z mężczyznami ochrony prawnej, do równości w rodzinie, do odpowiednich standardów zdrowia fizycznego i psychicznego”.

Punktem zwrotnym w międzynarodowej kampanii na rzecz ochrony praw kobiet była Światowa Konferencja Praw Człowieka obradująca w Wiedniu w dn. 14–25 czerwca 1993 r., której głównym tematem była kwestia praw kobiet. Środowiska kobiece zorganizowały wówczas Trybunał przeciwko przemocy wobec kobiet, przed którym kobiety dawały świadectwo swojego pokrzywdzenia⁹². W efekcie w Deklaracji wiedeńskiej⁹³ i w Programie działania – dokumencie końcowym konferencji stwierdza się, iż „prawa kobiet i dziewczynek stanowią niezbywalną, integralną i niepodzielną część powszechnych praw człowieka” (Deklaracja wiedeńska I, 18). Ponadto podczas konferencji uznano, iż przemoc wobec kobiet stanowi naruszenie praw człowieka, bez względu na to, czy sprawcą jest osoba publiczna, czy też osoba prywatna.

W tym samym roku Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło Deklarację w sprawie eliminacji przemocy wobec kobiet, która definiuje przemoc wobec kobiet jako „wszelki akt przemocy związany z faktem przynależności danej osoby do określonej płci; rezultatem takiego aktu jest lub może być fizyczna, seksualna lub psychiczna krzywda lub cierpienie kobiet, włącznie z groźbą popełnienia takich czynów, wymuszeniem lub arbitralnym pozbawieniem wolności, niezależnie od tego, czy czyny te mają miejsce w życiu publicznym, czy prywatnym” (art. 1).

Rok później, w dokumencie końcowym Międzynarodowej Konferencji na rzecz Ludności i Rozwoju (Kair, dn. 5–13 września 1994 r.) zobowiązano państwa do podjęcia działań w celu eliminacji wszelkich form przemocy wobec kobiet. Wezwano państwa do zakazania praktyk degradujących kobiety, takich jak handel kobietami, młodzieżą i dziećmi oraz wyzysk poprzez prostytucję, oraz przywiązywania szczególnej uwagi do ochrony praw i bezpieczeństwa ofiar tych przestępstw oraz tych, które znajdują się w sytuacji ułatwiającej wyzysk, np. migrantek, kobiet zatrudnionych jako pomoce domowe, uczennic (pkt 4.9).

Czwarta Konferencja na rzecz Kobiet odbyła się w Pekinie w dn. 4–15 września 1995 r. Pekńska Platforma Działania (dokument końcowy) określała dwanaście obszarów, mających kluczowe znaczenie dla walki z dyskryminacją kobiet oraz zadania, które powinny być podjęte dla ich osiągnięcia. Za jedno z

⁹² E. Zielińska, *Handel ludźmi jako...*, op. cit., s. 185.

⁹³ Tekst polski: A. Grzybek, *Prawa kobiet...*, op. cit., s. 110–141.

najistotniejszych zagrożeń dla praw kobiet uznano przemoc ze względu na płeć, a w szczególności – handel ludźmi. W treści Platformy Działania o handlu ludźmi mówi się w kontekście zagrożeń dla: zdrowia kobiet, swobody poruszania się oraz ochrony praw człowieka.

Ideą Pekińskiej Platformy Działania było przełożenie jej zaleceń na programy krajowe, mające na celu eliminację zjawiska dyskryminacji kobiet. W 1996 r. rząd polski przyjął taki Program Krajowy, jednakże nie przystąpił do jego wykonania. Do jego realizacji doszło dopiero w 2002 r. Założeniem Programu było opracowanie konkretnych działań we wszystkich obszarach zagrożeń praw kobiet wyznaczonych w Pekińskiej Platformie Działania. Jednym z nich była „Przemoc wobec kobiet”, polegająca m.in. na handlu ludźmi. W dziedzinie tej przewidziano wiele działań zbieżnych z przewidzianym później Krajowym Programem zwalczania handlu ludźmi⁹⁴.

Dokumenty powstające podczas tego typu międzynarodowych konferencji nie są prawnie wiążące, mają jednak duże znaczenie etyczne i polityczne ułatwiające realizowanie zadań na szczeblu regionalnym, krajowym lub lokalnym⁹⁵.

V. Podsumowanie

Powyżej zaprezentowany przegląd dokumentów dotyczących procedury handlu ludźmi objął jedynie dokumenty *stricto* odnoszące się do praw człowieka. Nie należy jednakże zapominać, iż szereg dokumentów dotyczących omawianego proceduru także zawiera w swej treści przepisy dotyczące ochrony ofiar handlu. Wspomnieć należy chociażby o samym Protokole z Palermo czy ostatnio przyjętej w ramach UE dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE w sprawie zapobiegania handlu ludźmi i zwalczania tego proceduru oraz ochrony ofiar, uchylającej decyzję ramową 2002/629/WSiSW z dn. 5.04.2011 r. Dokumenty te mają na celu zagwarantowanie ofiarom praw człowieka, zapobieżenie dalszej wiktymizacji oraz zachęcenie ich do świadczenia w postępowaniu karnym przeciwko sprawcom. Dokumenty te zobowiązują państwa do zapewnienia ofiarom: dostępu do informacji o dotyczącym jej postępowaniu sądowym i administracyjnym, poradnictwa i informacji o prawach przysługujących ofiarom, pomocy w odzyskaniu równowagi fizycznej, psychicznej i społecznej, a także możliwości uzyskania zadośćuczynienia. Ponadto ofiary

⁹⁴ E. Zielińska, *Handel ludźmi jako...*, op. cit., s. 187.

⁹⁵ A. Grzybek, op. cit.

powinny mieć zagwarantowane bezpieczeństwo osobiste. Ofiary handlu ludźmi powinny mieć także zagwarantowany dostęp do wymiaru sprawiedliwości bez względu na rasę, kolor skóry, wiek, język, płeć, obywatelstwo, wyznanie, przekonania polityczne, urodzenie czy też pochodzenie. Osoby pokrzywdzone tymże procederem należy traktować ze względami dla ich godności.

Handel ludźmi jest wielowymiarowym zagrożeniem globalnym; stanowi poważny problem ekonomiczny, społeczny i polityczny. Niezależnie od formy, jaką przybierze, zawsze stanowi naruszenie fundamentalnych praw człowieka – prawa do życia, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, zakazu niewolnictwa, zakazu tortur, a także szeregu innych. Lista praw ulegających naruszeniu podczas uprawiania procederu handlu ludźmi jest bardzo długa. Proceder ten uderza nie tylko w podstawowe prawa i wolności człowieka, lecz zagraża również bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu⁹⁶.

Nie bez powodu handel ludźmi określa się mianem „współczesnego niewolnictwa” czy też „niewolnictwa XXI wieku”. Pomimo iż nie są to zjawiska tożsame, to określenia te doskonale oddają istotę zjawiska handlu ludźmi, pozwalają zrozumieć skalę problemu. Rozmiar tego zjawiska dowodzi, iż XXI wiek nie jest wolny od praktyk niewolniczych, a ofiarami owych praktyk najczęściej padają kobiety i dzieci.

Na koniec warto zadać sobie pytanie, czy przedstawione powyżej dokumenty z zakresu ochrony praw człowieka spełniają swoje podstawowe zadanie względem rzeczywistych i potencjalnych osób pokrzywdzonych przedmiotowym procederem. Niewątpliwie tworzą one pewne ogólne ramy tejże ochrony, jednakże uszczegółowienia należy raczej poszukiwać w dokumentach odnoszących się bezpośrednio do handlu ludźmi. Współczesny świat poszukuje efektywnych instrumentów, za pomocą których profilaktyka, zapobieganie czy też eliminowanie tego bardzo szkodliwego zjawiska będzie coraz bardziej skuteczne. I można powiedzieć, że poszukuje ich dość intensywnie. Przede wszystkim należy podkreślić, iż powodzenie w walce z tym procederem, również na polu ochrony praw człowieka, zależy od multidyscyplinarnego podejścia. Żaden pojedynczy organ czy też instytucja nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać problemu. Aby system działał efektywnie, konieczna jest ścisła koordynacja i współpraca. A o tym, jak trudne jest to zadanie, świadczy chociażby poświęcanie większej uwagi rzeczonyj problematyce. Problem handlu ludźmi stanowi prawdziwe wyzwanie dla współczesnego świata.

⁹⁶ E. Morawska, *Handel ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka ONZ*, (w:) Z. Lasocik, *Handel ludźmi. Zapobieganie i zwalczanie*, Warszawa 2006 r., s. 57.

PROHIBITION OF TRAFFICKING FROM THE PERSPECTIVE OF THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Human trafficking, often referred to as modern day slavery, is a global phenomenon. It is one of the most serious human rights violations. The trafficking has by its very nature violates the fundamental rights and freedoms enjoyed by everyone. What's more, a threat to security and public order. Therefore, special attention should be paid to the actions taken in the plane of criminal politics. Both, nationally and internationally which have been taken to combat this shameful trafficking. The article on human rights issues for practicing human trafficking. Starting from the definition of terms such as „human rights” and „human trafficking”, the author makes a detailed analysis of the international legal instruments for the protection of human rights for violations of these rights in practice human trafficking. Attention has been focused not only on human rights in general. A group of people, which is subject to special protection under international law are women and children, who, after all, are the most victims of human trafficking. Due to the special attention is paid to separate the rights enjoyed by women and children.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Magdalena Wilejczyk ■

CYWILNOPRAWNE ZNACZENIE PRZEBACZENIA

Nie będzie, jak sądzę, przesadą postawienie na wstępie tego artykułu tezy, że na gruncie prawa polskiego przebaczeniu – jako zjawisku w pierwszym rzędzie etycznym – przypisana została dość duża doniosłość prawna. Po pierwsze, stosownie do art. 899 § 1 kc darowizna nie może być z powodu rażącej niewdzięczności odwołana, jeżeli darczyńca przebaczył obdarowanemu. Po drugie, w myśl art. 930 § 1 kc spadkobierca nie może być uznany za niegodnego, jeżeli spadkodawca mu przebaczył. Po trzecie, zgodnie z art. 1010 § 1 kc spadkodawca nie może wydziedziczyć uprawnionego do zachowku, jeżeli mu przebaczył. Biorąc pod uwagę wymienione regulacje, z łatwością można zauważyć, że podstawowe prawne znaczenie przebaczenia sprowadza się do usunięcia możliwości zastosowania przez podmiot uprawniony szczególnego rodzaju sankcji w stosunku do osoby, która postąpiła względem niego nieetycznie: po dokonanym przebaczeniu darczyńca – mimo rażącej niewdzięczności obdarowanego – nie może już odwołać darowizny, spadkodawca – mimo jawnie naganego postępowania spadkobiercy – nie może pozbawić go prawa do zachowku, a zgłoszone przez osoby uprawnione żądanie uznania spadkobiercy za niegodnego nie zostanie przez sąd uwzględnione.

1. Charakter prawny przebaczenia

Prawny charakter przebaczenia jest w literaturze polskiej sporny. Nie budzi, co prawda, wątpliwości stwierdzenie, że dokonanie skutecznego przebaczenia nie wymaga tego, ażeby przebaczący działał w zamiarze, a nawet

ze świadomością wywołania skutków prawnych, gdyż te powstają z mocy ustawy. Konsekwentnie przebaczący nie musi nawet wiedzieć o przysługującym mu przed dokonaniem przebaczenia uprawnieniu do odwołania darowizny czy też o możliwości wydziedziczenia. Dodatkowo – w myśl wyraźnych dyspozycji Kodeksu cywilnego – do dokonania przebaczenia nie jest potrzebna zdolność do czynności prawnych, lecz dla jego skuteczności wystarczające jest działanie z dostatecznym rozeznaniem (art. 899 § 1 zd. 2, art. 930 § 2, art. 1010 § 2 kc). Wymienione okoliczności zdają się przesądzać o tym, że przebaczenie nie jest czynnością prawną, choć i taki pogląd sporadycznie był prezentowany w polskiej literaturze¹.

Wobec niemożliwości uznania przebaczenia za oświadczenie woli licznych zwolenników zdobył sobie pogląd, w myśl którego przebaczenie jest działaniem prawnym podobnym do ściśle rozumianego oświadczenia woli². W przekonaniu adherentów wymienionego poglądu taka kwalifikacja usprawiedliwia stanowisko, w myśl którego prawidłowość dokonanego przebaczenia może być oceniana w świetle przepisów o wadach oświadczenia woli. Zdaniem niektórych autorów ewentualne wady przebaczenia powinny być nawet rozumiane szerzej, bez zastosowania ograniczających je przesłanek, a więc np. groźba nie musi być bezprawna, dlatego „dokonanie przebaczenia na łożu śmierci z polecenia spowiednika oznacza dokonanie go pod naciskiem”, powodującym, że nie może być ono uznane za prawidłowy przejaw woli³. Trzeba jednak przyznać, że uznanie przebaczenia za przejaw woli podobny do oświadczenia woli jest nie tyle kwalifikacją tego zjawiska na podstawie którejś ze znanych już i wyodrębnionych w nauce prawa cywilnego kategorii, ile oznacza wykreowanie zupełnie nowego pojęcia, nieznanego dotychczasowym klasyfikacjom, a z tego powodu budzi sprzeciw w doktrynie⁴.

¹ Stanowisko takie prezentowali: S. Szer, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1955, s. 43; J. Pietrzykowski, (w:) *KC. Komentarz*, t. 3, Warszawa 1972, s. 1843, a także A. Kozaczka, *Na marginesie przebaczenia w projekcie Kodeksu cywilnego*, „RPEiS” nr/1962, s. 103–104, który jednak trafnie argumentował, że również w przypadku czynności prawnych możliwe jest przypisanie oświadczenia woli podmiotowi, mimo braku z jego strony wyraźnej woli i świadomości wywołania skutków prawnych.

² Tak M. Safjan, (w:) *KC. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2004, s. 626; E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Komentarz do KC. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2008, s. 202; M. Pazdan, (w:) *KC. Komentarz*, t. 2, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005, s. 918; J. Kremis, E. Gniewek, (w:) *KC. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 1538, a także A. Kozaczka w swoim późniejszym artykule, *Charakter prawny przebaczenia w prawie cywilnym*, „NP” 10/1972, s. 1549.

³ Tak A. Kozaczka, *Charakter prawny przebaczenia*, s. 1551.

⁴ Przeciwno wyodrębnianiu przejawów woli podobnych do oświadczeń woli wypowiada się np. Z. Radwański, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 28.

Najbardziej rozpowszechniony jest w literaturze polskiej pogląd, w myśl którego przebaczenie jest aktem czysto uczuciowym, polegającym na puszczeniu w niepamięć doznanej krzywdy i odczutej urazy⁵. Autorzy przyjmujący taki pogląd zakładają, że akt przebaczenia odbywa się głównie w sferze uczuciowej, a nie w sferze woli, choć zarazem przyznają, że niekiedy o dokonanym przebaczeniu można wnioskować ze złożonego oświadczenia woli, np. wtedy, gdy spadkodawca, który zna przewinienia danej osoby mogące uzasadniać jej niegodność, powołuje ją do spadku. Stanowisko skrajne zajmuje M. Krajewski, twierdząc, że przebaczenie wyczerpuje się bez reszty w wewnętrznym stanie uczuciowym, który – by wywołać skutki prawne – w ogóle nie musi wyrazić się na zewnątrz w jakiegokolwiek formie⁶.

Zgadzam się z poglądem, że na gruncie aktualnego stanu prawnego istoty przebaczenia należy upatrywać w odpowiednim stanie uczuciowym darczyńcy albo spadkodawcy, ale za najbardziej poprawne uważam stanowisko, w myśl którego przebaczenie – z prawnego punktu widzenia – jest nie tyle samym owym stanem uczuciowym, ile uzewnętrznionym przejawem tego stanu. Jako takie nie zawiera ono jednak żadnej treści normatywnej i nie jest rozumiane jako przejaw decyzji kształtowania treści stosunku cywilnoprawnego, dlatego można je zaliczyć do grupy zachowań niesłużących regulowaniu stosunków prawnych⁷. Wolno też chyba zaryzykować w tym miejscu stwierdzenie, że o ile w przypadku czynności prawnych brak zamiaru wywołania skutków prawnych jest wyjątkiem, o tyle w przypadku przebaczenia brak takiego zamiaru nie jest wyjątkiem, lecz przeciwnie – właśnie regułą.

⁵ Tak po raz pierwszy J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 71, a za nim A. Szpunar, *Z problematyki niegodności dziedziczenia*, „NP” nr 2 1981, nr 2, s. 30; J. S. Piąkowski, A. Witczak, H. Kawałko, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, Warszawa 2009, s. 164; B. Kordasiewicz, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, Warszawa 2009, s. 858; E. Niezbecka, (w:) *KC. Komentarz*, t. 4, *Spadki*, red. A. Kidyba, Warszawa 2008, s. 56; M. Krajewski, *Przebaczenie i inne okoliczności wyłączające możliwość uznania spadkobiercy za niegodnego*, „PiP” nr 5/1997, s. 68; J. Zrałek, *Niegodność dziedziczenia – uwagi de lege ferenda*, „Rejent” nr 2/2006, s. 214.

⁶ M. Krajewski, *Przebaczenie*, s. 69.

⁷ Tak Z. Radwański, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 2, s. 28 i P. Machnikowski, (w:) *KC. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 148–149; jako przejaw uczuć kwalifikują przebaczenie również S. Grzybowski, (w:) *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2, s. 252 i S. Dmowski, (w:) *Komentarz do KC. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, Warszawa 2009, s. 950.

2. Przesłanki skuteczności przebaczenia

Powyższe stwierdzenia nie oznaczają jednak, że akt przebaczenia nie podlega żadnym wymogom i ograniczeniom. Jak wskazano wyżej, musi on być przede wszystkim dokonany z dostatecznym rozeznaniem, co oznacza, iż przebaczący ma świadomość tego, jakiego rodzaju nieetycznych czynów dopuścił się względem niego spadkobierca lub obdarowany. Nie budzi również wątpliwości stwierdzenie, że będąc przejawem uczuć konkretnej osoby, przebaczenie musi być dokonane osobiście, a nie za pośrednictwem innych osób. Stosując pewną analogię do oświadczeń woli, twierdzi się też powszechnie, że przebaczenie może być dokonane wyraźnie albo w sposób konkludentny, w tym ostatnim przypadku np. poprzez pojednanie, a więc przywrócenie przez darczyńcę albo spadkodawcę dotychczasowych relacji z osobą, która z powodu swego naganego postępowania mogłaby nie otrzymać pewnych przysporzeń majątkowych (albo też je utracić).

Niecelowe wydaje mi się konstruowanie jakiegoś przebaczenia częściowego, które jedynie połowicznie usuwać by miało możliwość odwołania darowizny, uznania spadkobiercy za niegodnego czy też jego wydziedziczenia⁸. Przydatna mogłaby być natomiast konstrukcja przebaczenia warunkowego, udzielanego np. z zastrzeżeniem, że „winowajca” się poprawi i zmieni swój sposób postępowania⁹. Pewne zdziwienie budzi poważne rozważanie w literaturze tego, czy przebaczenie może być cofnięte¹⁰, czy też jest aktem nieodwołalnym¹¹, w jaki bowiem sposób można cofnąć swój stan emocjonalny? Można byłoby to chyba tylko tak rozumieć, że skutki przebaczenia ustają, gdy zmieni się stan emocjonalny darczyńcy albo spadkodawcy, ale trudno byłoby potraktować taką propozycję jako poważne rozwiązanie prawne.

⁸ Przeciwno konstrukcji przebaczenia częściowego wypowiedzieli się wyraźnie A. Baziński, *Prawo spadkowe. Komentarz*, Łódź 1948, s. 54 i M. Szaciński, *Wydziedziczenie w polskim prawie spadkowym zunifikowanym*, „NP” nr 7–8/1962, s. 1001; odmiennie A. Kozaczka, *Na marginesie przebaczenia*, s. 107.

⁹ Za taką możliwością wypowiadają się A. Kozaczka, *Na marginesie przebaczenia*, s. 108 i P. Księżak, *Przebaczenie w polskim prawie cywilnym*, „PiP”, nr 11/2006, s. 64; przeciwko M. Pazdan, (w:) *KC. Komentarz*, s. 919.

¹⁰ Tak S. Grzybowski, (w:) *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2, Wrocław 1976, s. 252 oraz L. Stecki, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004, s. 303.

¹¹ To opinia zdecydowanie przeważająca, zob. np. E. Skowrońska-Bocian, (w:) *Komentarz do KC*, s. 58 oraz J. S. Piątowski, A. Witczak, H. Kawałko, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, s. 165; M. Załucki, *Wydziedziczenie w prawie polskim na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 437.

Zgadzam się ze spostrzeżeniem, że przebaczenie nie może być udzielone na przyszłość, to znaczy w odniesieniu do ewentualnych przyszłych przewinień obdarowanego albo spadkobiercy. Nie sądzę jednak, żeby wniosek taki należało uzasadniać aż za pomocą stwierdzenia, że takie udzielone z góry przebaczenie byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż stanowiłoby niezgodne z dobrymi obyczajami zrzeczenie się z góry uprawnienia do odwołania darowizny (wydziedziczenia)¹²; osobiście sądzę bowiem, że taki dokonany *in blanco* akt w ogóle nie byłby przebaczeniem.

3. Formułowane w literaturze twierdzenia krytyczne odnoszące się do obowiązującej regulacji

Przed przejściem do przedstawienia moich własnych uwag krytycznych dotyczących prawnej regulacji przebaczenia warto wskazać na wyrażone już w literaturze obiekcje co do treści obowiązujących w tym zakresie przepisów prawnych. I tak J. Kosik podał w wątpliwość rozwiązanie, w myśl którego osoba dokonująca przebaczenia nie musi mieć zdolności do czynności prawnych. Zdaniem tego Autora, zwłaszcza w przypadku wydziedziczenia, nie jest to rozwiązanie zadowalające, ponieważ skoro zdolność do czynności prawnych jest przesłanką sporządzenia testamentu, a w konsekwencji i dokonania wydziedziczenia, powinna ona również występować w chwili przebaczenia¹³. Uważam, że argument ten jest trafny. Wątpliwe jest bowiem czynienie wyjątku od konieczności posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych, skoro przebaczenie okazuje się mieć tak ważne znaczenie dla skutecznego – i nieodpłatnego przy tym – zadysponowania pokaźną niekiedy częścią majątku. Sądzę, że dysponowanie to powinno leżeć w gestii świadomych działań podmiotu prawa cywilnego posiadającego pełną zdolność do czynności prawnych albo być pozostawione jego przedstawicielom ustawowym.

Innego rodzaju wątpliwość podniósł J. Jezioro w odniesieniu do kwestii przebaczenia obdarowanemu jego rażącej niewdzięczności. Zdaniem tego Autora za problematyczne należy uznać wyłączenie uprawnienia spadkobierców darczyńcy do odwołania darowizny, spowodowane przebaczeniem dokonany przez darczyńcę w sytuacji, gdy obdarowany umyślnie wywołał rozstrój zdrowia darczyńcy, skutkujący jego śmiercią, ale przebaczenie zostało wyrażone przed

¹² Tak L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczególna*, Warszawa 1938, s. 168; M. Safjan, (w:) *KC. Komentarz*, s. 626; J. Jezioro, (w:) *KC. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 1444.

¹³ J. Kosik, (w:) *System prawa cywilnego*, t. 4, Wrocław 1986, s. 540.

tą chwilą¹⁴. Wydaje mi się, że zastrzeżenia te są słuszne, ponieważ z powodów etycznych trudno zaakceptować taką możliwość, ażeby przebaczenie dokonane pospiesznie przez darczyńcę po zamachu na jego zdrowie lub życie – przebaczenie mogące być zresztą tylko chwilą słabości – miało pozbawiać jego spadkobierców uprawnienia do odwołania darowizny, a w konsekwencji prowadzić do tolerowania sytuacji, w której taki skrajnie niegodny obdarowany miałby nadal posiadać przedmiot darowizny. Zastrzeżeń tych nie podzielają jednak inni autorzy, którym nie przeszkadza to, ażeby taka dostrzegalna dla wszystkich, skrajna niewdzięczność obdarowanego miała być przekreślona aktem uczuciowym darczyńcy; twierdzą oni zatem, że skuteczne – a więc pozbawiające spadkobierców darczyńcy prawa do odwołania darowizny – przebaczenie może mieć miejsce także wówczas, gdy „darczyńca umrze dopiero po kilku minutach od zadania mu przez obdarowanego śmiertelnych ciosów i w tym krótkim czasie, działając z dostatecznym rozeznaniem, przebaczy obdarowanemu”¹⁵. W moim przekonaniu przebaczenie dokonane przez darczyńcę po zamachu na jego życie nie powinno w ogóle mieć znaczenia prawnego ani skutkować pozbawieniem spadkobierców darczyńcy uprawnienia do odwołania darowizny; wprost przeciwnie, sądzę, że powinni oni zachować prawo do podjęcia w tej sprawie świadomej decyzji. Stanowiska takiego można – moim zdaniem – bronić już na gruncie obowiązującej regulacji, ponieważ art. 899 § 1 kc o uprawnieniach spadkobierców do odwołania darowizny w takich sytuacjach mówi osobno w drugim członie alternatywy, który ma znaczenie samodzielne i nie pozostaje w zależności logicznej od członu pierwszego¹⁶.

W literaturze wyrażono również istotne zastrzeżenia w odniesieniu do wpływu przebaczenia na instytucję niegodności. Najpoważniejsze zarzuty w tym względzie sformułował A. Kozaczka, który podkreślał zróżnicowany ciężar gatunkowy przewinień spadkobiercy uzasadniających niegodność. Z jednej bowiem strony, przyczynami niegodności są różne formy zamachu na wolę testowania spadkodawcy lub na jej gotowe już oświadczenie (obecnie są to przypadki opisane w art. 928 § 1 pkt 2 i 3 kc), z drugiej zaś – popełnienie przez spadkobiercę umyślnego ciężkiego przestępstwa przeciwko spadkodawcy (art. 928 § 1 pkt 1 k.c.). W przekonaniu A. Kozaczki w odniesieniu do tej dru-

¹⁴ J. Jezioro, (w:) *KC. Komentarz*, s. 1444–1445.

¹⁵ S. Dmowski, (w:) *Komentarz do KC*, s. 951; podobnie M. Safjan, (w:) *KC. Komentarz*, s. 627 i Z. Gawlik, (w:) *KC. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2010, s. 1201.

¹⁶ Podobnie A. Sylwestrzak, która podkreśla samoistność uprawnienia spadkobierców darczyńcy do odwołania darowizny (A. Sylwestrzak, *Odwołanie darowizny wskutek rażącej niewdzięczności obdarowanego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. 10, s. 113).

giej grupy nagannych działań spadkobiercy należałoby całkiem wyłączyć wpływ przebaczenia na możliwość orzeczenia niegodności. Co więcej, Autor ten proponował także, by niegodność miała w tych sytuacjach w tym sensie charakter definitywny i nieodwracalny, że niemożliwe miałyby być jakiegokolwiek późniejsze powołanie niegodnego spadkobiercy do dziedziczenia, nawet w drodze świadomej decyzji spadkodawcy¹⁷.

Z powyższymi uwagami A. Kozaczki korespondują spostrzeżenia A. Bazińskiego i M. Szacińskiego, którzy podkreślali, że polskie prawo spadkowe, uznając przebaczenie za czynnik niweczący skutki niegodności, dało wyraz przeświadczeniu, że niegodność nie ma charakteru publicznoprawnego, lecz jest instytucją czysto prywatnoprawną, skoro losy niegodnego spadkobiercy zostały w całości oddane do dyspozycji dotkniętego tą niegodnością spadkodawcy¹⁸. Tymczasem rozwiązanie takie i jego *ratio legis* nie są wcale oczywiste, można bowiem bronić stanowiska, w myśl którego przyczyny niegodności nie powinny być rozważane wyłącznie w perspektywie subiektywnych odczuć spadkodawcy, lecz przeważać powinien punkt widzenia bardziej obiektywny, a więc społeczny odbiór i ocena danego rodzaju czynu, które mogą wypadać dla niegodnego spadkobiercy niepomysłnie, mimo pozytywnego lub neutralnego stosunku emocjonalnego spadkodawcy. Skoro więc w odróżnieniu od przyczyn wydziedziczenia powody uznania spadkobiercy za niegodnego są znacznie poważniejsze i w większym stopniu obrażają nie tylko prywatne odczucia spadkodawcy, ale także moralność publiczną, można moim zdaniem bronić zapatorywania, że instytucja niegodności powinna być całkiem niezależniona od takiej czy innej emocjonalnej postawy spadkodawcy¹⁹. A także – od wniosku osoby zainteresowanej, słusznie bowiem A. Szpunar zauważa, że trudno jest pogodzić tezę o represyjnym charakterze przepisu art. 928 § 1 k.c. z przyjętym przez prawo polskie rozwiązaniem, w myśl którego uznanie za niegodnego następuje na skutek orzeczenia sądowego, wydawanego jedynie na żądanie osoby uprawnionej²⁰.

¹⁷ A. Kozaczka, *Z zagadnień niegodności dziedziczenia w polskim prawie spadkowym*, (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, Kraków 1964, s. 149–150.

¹⁸ A. Baziński, *Prawo spadkowe*, s. 54; M. Szaciński, *Wydziedziczenie*, s. 1005.

¹⁹ Na temat dwóch modeli prawnych niegodności zob. także J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, s. 72–73.

²⁰ A. Szpunar, *Z problematyki niegodności dziedziczenia*, s. 21. Podobnie A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 71.

4. Dalsze uwagi krytyczne, nawiązujące do argumentu, że przebaczenie nie musi oznaczać darowania kary

Najpoważniejszy jednak zarzut, jaki według mnie postawić można obowiązującej obecnie, prawnej regulacji przebaczenia, dotyczy tego, że ustawodawca polski przypisał – zasługującemu skądinąd na pochwałę – aktowi przebaczenia automatyczny skutek prawny w postaci niemożności zastosowania przez osobę zainteresowaną sankcji w postaci odwołania darowizny, dokonania wydziedziczenia czy dopuszczalności uznania spadkobiercy za niegodnego. Nasuwa się w tym miejscu pytanie, dlaczego prawo cywilne, zazwyczaj tak dbałe o uwzględnienie zracjonalizowanych zamiarów i decyzji podmiotów, tutaj przypisuje skutki prawne samemu tylko stanowi emocjonalnemu? To zaskakujące, ażeby o skutkach prawnych w postaci możliwości lub niemożliwości odwołania darowizny albo uznania spadkobiercy za niegodnego decydować miał sam tylko stan uczuciowy pewnej osoby, a więc to, czy odczuła ona z pewnego powodu urazę i czy nadal ją żywi, albo czy odczuła urazę, ale ją przezwyciężyła, albo też, czy osoba ta czymś, nagannym skądinąd, czynem w ogóle nie została dotknięta²¹. Dlaczego usunięcie skutków rażącej niewdzięczności w stosunku do darczyńcy albo nieetycznego postępowania względem spadkodawcy nie zostało przez ustawodawcę pozostawione oświadczeniu woli wymienionych podmiotów, lecz zostało uzależnione od ich stanu emocjonalnego? Wydaje się, że prawo cywilne korzysta w tym wypadku z zupełnie nietypowych dla siebie metod: zamiast wyposażyć spadkodawcę w możliwość powzięcia świadomej decyzji co do tego, czy spadkobierca ma po nim dziedziczyć, czy ma być uznany za niegodnego, prawo uzależnia tę kwestię od jego stanu emocjonalnego.

W moim przekonaniu przebaczenie, jako akt emocjonalny, nie powinno mieć żadnego bezpośredniego wpływu na decyzję o odwołaniu darowizny lub wydziedziczeniu: czasem bowiem, mimo że nie doszło do wybaczenia, darczyńca nie odwołuje darowizny, a spadkodawca nie wydziedzicza, np. dlatego, że nie chce być w swoim pojęciu mściwy, czasem, niejako odwrotnie, mimo że nastąpiło przebaczenie, darczyńca chciałby odwołać darowiznę, a spadkodawca wydziedziczyć, np. dlatego, że sądzi, iż przemawia za tym sprawiedliwość. Sądzę, że uprawnionemu, mimo dokonanego przebaczenia, powyższe możliwości powinny nadal przysługiwać, bo to od jego racjonalnej oceny powinno zależeć, czy przebaczenie jest na tyle szczere i głębokie, iż eliminuje potrzebę stosowania

²¹ Por. rozważania M. Krajewskiego, *Przebaczenie*, s. 71 i P. Księżaka, *Przebaczenie*, s. 60, wywołane pytaniem o to, jak ocenić sytuację, w której – mimo rażącej niewdzięczności – darczyńca w ogóle nie poczuł się dotknięty?

jakichkolwiek sankcji, czy też mimo dokonanego przebaczenia zasadne będzie „ukaranie” obdarowanego albo spadkobiercy.

Uważam bowiem, że ktoś może wybaczyć, to znaczy zaprzestać żywienia moralnego gniewu względem osoby, która go skrzywdziła²², a mimo to chcieć nadal, na podstawie przemyślanej decyzji, odwołać darowiznę albo wydzieńczyć. Wybaczenie nie oznacza bowiem przewyciężenia wszystkich negatywnych stanów emocjonalnych wywołanych krzywdzącym zachowaniem się winowajcy ani też nie wymaga, „byśmy całkowicie wymazali nasz zapis emocjonalny, byśmy się czuli, jak gdyby nigdy nie wyrządzono nam krzywdy”²³ – gdyż to byłoby po prostu niemożliwe. „Zwrot o puszczeniu w niepamięć – słusznie zauważa A. Kozaczka – jest wyraźną przenośnią, nieścisłą już choćby dlatego, że przeciętny człowiek z reguły nie ma aż tak dużego wpływu na własną pamięć, by tylko od jego woli zależało, czy będzie, czy nie będzie o czymś pamiętał”²⁴. Skoro więc mimo dokonanego wybaczenia pozostaje zwykle – i ma prawo, a nawet powinna pozostać – negatywna ocena moralna czynu, a zatem świadomość tego, że krzywda została wyrządzona, więc przebaczenie wcale nie musi oznaczać darowania kary, wprost przeciwnie, rodzice np. mogą przestać gniewać się na dziecko, a mimo to chcieć nadal je ukarać dla jego własnego dobra, albo też dlatego, że ich zdaniem wymaga tego sprawiedliwość²⁵. Istoty przebaczenia nie stanowi bowiem darowanie zasłużonej kary, lecz wyzbycie się moralnego gniewu, pretensji, wrogości i urazy.

Z przedstawionych uwag wynika, jak sądzę, dostatecznie, że ustawodawca zupełnie niepotrzebnie zadecydował za darczyńcę oraz za spadkodawcę, jakie prawne znaczenie posiada dokonany przez nich akt przebaczenia, przesądzając z góry, że akt taki pociąga za sobą rezygnację z kary. Tymczasem ktoś jeden może przebaczyć i wtedy też po prostu nie będzie odwoływał darowizny, ale ktoś drugi, znajdujący się w innej sytuacji, mimo że przebaczył, może nadal uważać, że odwołanie darowizny jest jedynym sprawiedliwym rozwiązaniem – i będzie to jego racjonalny sąd, którego – moim zdaniem – nie powinien zostać pozbawiony, podobnie jak prawnej możliwości jego realizacji.

²² Przyjmuję tutaj określenie przebaczenia, które sformułował P. M. Hughes, *Na czym polega wybaczenie?*, tłum. A. Lipszyc, (w:) *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, Warszawa 2000, s. 457.

²³ P. M. Hughes, *Na czym polega wybaczenie?*, s. 463.

²⁴ A. Kozaczka, *Charakter prawny przebaczenia*, s. 1549.

²⁵ Tak zgodnie: P. M. Hughes, *Na czym polega wybaczenie?*, s. 465; A. Brien, *Czy Bóg może odpuścić nam nasze winy? Odpowiedź*, tłum. A. Lipszyc, (w:) *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, Warszawa 2000, s. 551–552 oraz P. Twambley, *Łaska i przebaczenie*, tłum. D. Gałęcki, (w:) *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, Warszawa 2000, s. 449.

Nie podzielam argumentacji M. Krajewskiego, który twierdzi, że odwołanie darowizny lub wydziedziczenie dokonane po przebaczeniu miałyby z konieczności wypaczony sens, gdyż motywem jego dokonania byłaby wyłącznie chęć obrony interesu majątkowego lub stanowiłoby to wyraz chwiejności emocjonalnej działającego²⁶. Wprost przeciwnie, uważam, że decyzja taka mogłaby być wyrazem świadomego postanowienia o konieczności zastosowania sankcji, a ponadto mogłaby zapobiec zgorzeniu otoczenia, które teraz niejednokrotnie powstać może wskutek obserwacji faktu, że ktoś, kto zachował się szczególnie nieetycznie i nagannie, zachowuje nadal lub otrzymuje nową korzyść majątkową. Słuszne oburzenie otoczenia budzić może bowiem obserwacja tego, że ktoś, kto popełnił ciężkie przestępstwo przeciwko spadkodawcy, teraz dziedziczy po nim tylko dlatego, że spadkodawca przez śmiercią mu to wybaczył – wybaczył, lecz teraz tę wysoce nieetyczną sytuację obserwują żywi.

Nie podzielam również obaw P. Księżaka, którego zdaniem brak przepisów o skutkach przebaczenia mógłby doprowadzić do nadużywania instytucji odwołania darowizny, wydziedziczenia oraz niegodności, ponieważ każdy bez trudu może odnaleźć w swej pamięci jakieś błahе czyny sprzed lat – „dawno zapomniane i wybaczone”, które teraz mogłyby stać się pretekstem do zastosowania niesłusznej sankcji²⁷. Argument ten jest nietrafny, po pierwsze, dlatego, że przyczyny odwołania darowizny, wydziedziczenia oraz niegodności są okolicznościami poważnymi – co prawda, przy pomocy pojęć nieostrych, ale jednak przez ustawodawcę sprecyzowanymi – i z pewnością nie są to „błahostki”, jakie z łatwością każdy z nas znajdzie w swej pamięci; po drugie zaś, przepisy Kodeksu cywilnego przewidują wyraźne, dość krótkie terminy, w których na takie zaskłności można skutecznie się powołać. W ogólności nietrafny jest więc argument tego Autora, że gdyby nie było przepisów o wybaczeniu, podstawą odwołania darowizny, wydziedziczenia albo niegodności mogłyby stać się jakieś najzupełniej błahе zdarzenia z odległej przeszłości: błahе one *ex definitione* być nie mogą ze względu na podane przez ustawodawcę przyczyny, odległe – też nie, z uwagi na wprowadzone przez ustawodawcę terminy.

Przyjęłam w niniejszym artykule, że akt przebaczenia nie jest tożsamy z decyzją o anulowaniu „kary”, dlatego można przebaczyć i mimo to chcieć nadal zastosować możliwą w danej sytuacji sankcję. Gdyby bowiem przebaczenie – jak przyjął ustawodawca polski – miało zawsze oznaczać rezygnację z sankcji, to w takim przebaczeniu nie byłoby nic z moralnego punktu widzenia chwalebne. Potwierdzają to następujące słowa Seneki, odróżniające tak rozumiane

²⁶ M. Krajewski, *Przebaczenie*, s. 73.

²⁷ P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2010, s. 203.

przebaczenie (*venia*) od nieodstępującej od wymierzenia zasłużonej kary łagodności (*clementia*): „Przebaczyć to znaczy nie karać tego, kogo według ciebie należy ukarać; łaska (*venia*) to zwolnienie z zasłużonej kary. Łagodność (*clementia*) natomiast przez to jest wyższa, iż wyrokuje, że ten, kogo zaniechano karać, na nic innego nie zasługuje; jest ona czymś pełniejszym niż łaska, jest szlachetniejsza”²⁸. Według Seneki nie licuje z naturą stoickiego mędrca ani w ogóle człowieka etycznie wysoko stojącego całkowite darowanie komuś zasłużonej kary – tak rozumiane przebaczenie byłoby wprost sprzeczne ze sprawiedliwością; od mędrca należy natomiast oczekiwać tego, że wyzbędzie się emocjonalnego gniewu i że w karaniu nie będzie zaciętrzewiony, lecz przeciwnie – sprawiedliwy i łagodny. Seneka nie chwali przebaczenia rozumianego jako darowanie zasłużonej kary (*venia*), lecz chwali *clementia* – łagodność, pojmowaną jako wyrozumiałość, zaniechanie gniewu i łagodne potraktowanie sprawcy. Zgadzam się z poglądem Seneki, że pozytywne moralnie znaczenie wybaczenia można obronić tylko wtedy, gdy nie będzie ono obejmowało rezygnacji z zastosowania słusznej sankcji, natomiast wybaczenie rozumiane jako całkowite darowanie zasłużonej kary jest nie do pogodzenia ze sprawiedliwością i przeczy jej istocie.

²⁸ Seneka, *De clementia* II, 7, 3, (w:) Seneka, *Pisma filozoficzne*, tłum. L. Joachimowicz, t. 2, Warszawa 1965, s. 66. Na temat senecjańskiego rozumienia łagodności i jej odróżnienia od wybaczenia zob. też D. Londey, *Czy Bóg może odpuścić nam nasze winy?*, tłum. A. Lipszyc, (w:) *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, Warszawa 2000, s. 539 i nast.

CIVIL LAW MEANING OF FORGIVENESS

In contemporary civilistic literature a lot of space is devoted to the legal character of forgiveness. In the article I join the opinion that forgiveness is not the legal activity, but it also does not constitute a purely internal emotional act, but is the externalized, perceptible for the third parties manifestation of this state.

The main subject of my interest is, however, the issue of the legal meaning of forgiveness, that is legal steps, which were assigned by the legislator. They are based on the fact that after the forgiveness is made, you can no longer cancel the donation, the testator cannot disinherit the heir, and the court cannot consider the heir as unworthy. In this article I pose and justify the thesis that these are too far-reaching consequences, because I think that despite the forgiveness which was made, the donor should maintain the right to cancel the donation, and the testator to make the disinheritance. I believe that forgiveness is one thing, and resignation from applying the sanction (punishment) – the other; the first one does not have to entail the other. This may also be proven by the view of Seneca mentioned by me, who stated that it would be contradictory with the nature of the stoic sage to pardon the deserved punishment – such understood forgiveness is contrary to the justice and it denies its essence.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Jakub M. Łukasiewicz ■

PYTANIE O ZASADNOŚĆ CAUSA WSPÓLNOTY ŻYCIOWEJ PRZY CZYNNOŚCIACH PRZYSPARZAJĄCYCH POMIĘDZY KONKUBENTAMI

W portrecie psychologicznym niemalże każdego człowieka istnieje pewna naturalna skłonność do posiadania i pomnażania dóbr materialnych. Kierowany tym upodobaniem człowiek mimowolnie obserwuje otaczające go bogactwa, następnie projektuje w swoim umyśle zapotrzebowanie na niektóre z nich, aż wreszcie podejmuje wysiłek zmierzający do zdobycia tego, co uznał za wartościowe i potrzebne. W konsekwencji następuje proces gromadzenia majątku, a ten, jak wiadomo, nie tylko czyni zadość wciąż rosnącemu pragnieniu posiadania, lecz także stwarza poczucie komfortu i bezpieczeństwa, umożliwia podkreślenie zajmowanej pozycji społecznej, a także stanowić może wyznacznik sukcesu. Przy wszystkich tych walorach pamiętać jednak wypada, że dorobek materialny nie tworzy substancji trwałej. Jest to materia zmienna, znajdująca się w ciągłym ruchu. Część z tego, co człowiek zgromadzi, podlega przecież konsumpcji. Niektóre zaś dobra obejmujemy władaniem tylko dlatego, by móc je wymienić na inne. Zdarza się i tak, że w odruchu hojności czy też dobroduszości po prostu coś oddajemy bez wzajemnego ekwiwalentu. Ta nieustanna wędrówka „z ręki do ręki” konkretnych dóbr, jak również usług, stanowi warunek *sine qua non* obrotu cywilnoprawnego pomiędzy podmiotami. Rzeczy po prostu zmieniają swoich właścicieli. Ponieważ proces ten napędzany jest z inicjatywy jednostek, stąd też przy formułowaniu reguł prawnych ważnym się stało, aby prawodawca nie wkraczał bezmyślnie tam, gdzie jego rola byłaby szkodliwa. Jak trafnie

stwierdził A. Stelmachowski¹, rolę prawotwórcy jest raczej tworzenie przyjaznej przestrzeni czy też prawnych ram dla działania autonomicznych jednostek niż drobiazgowa analiza i regulacja. Obywatele doskonale wiedzą, czego chcą, stąd też dopuszczalna ingerencja ustawodawcy ograniczać się powinna wyłącznie do tych sytuacji, w których równorzędność materialna podmiotów mogłaby być zagrożona. Cywilistyka osiąga ten zamysł poprzez stosowanie różnorodnych domniemań prawnych, norm kogentalnych i wielu innych sobie właściwych narzędzi. Tym samym ustawodawca musi bacznie obserwować wszelkie przejawy aktywności prywatnej i stwarzać ochronę tam, gdzie jest ona potrzebna². A potrzebna jest szczególnie w tych przypadkach, w których to jeden podmiot poprzez własne działanie zubaża się na rzecz podmiotu drugiego. Mówimy, że ktoś coś komuś przysparza. Bez znaczenia jest przy tym to, czy przysparzający czyni gest przysporzenia bezinteresownie, czy też za odwzajemnionym świadczeniem drugiej strony. W obu przypadkach zasługuje bowiem na uwagę prawodawcy. Po pierwsze dlatego, że każde przysporzenie jest jednym z tych przejawów obrotu cywilnoprawnego, bez którego obrót ten po prostu nie mógłby zaistnieć. Po drugie, jeśli ktoś się zubaża, musi posiadać pełne rozeznanie i świadomość tego, co czyni. Tylko przy takim założeniu zubożenie wydaje się słuszne. Mając te względy na uwadze prawo cywilne wykreowało ochronę podmiotów przysparzających za pośrednictwem utrwalonej w doktrynie konstrukcji określanej mianem *causae*.

Wartym uwagi jest podkreślenie, że w ramach wspomnianego powyżej zagadnienia wykrył się niezwykle ciekawy problem tak zwanej *causae* „wspólnoty życiowej” występującej przy wzajemnych rozliczeniach pomiędzy konkubentami³. Niemniej jednak zanim zostanie zaprezentowane własne stanowisko Autora do tychże kwestii, należałoby najpierw przybliżyć przynajmniej w sposób hasłowy problematykę samej *causae*, jej sens oraz znaczenie. Dodatkowo problematyka przysporzeń nierozdzielnie wiąże się z zagadnieniem niena-

¹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 49 i nast.

² Inną kwestią jest korzystanie z tej ochrony. Bardzo często pomimo faktu, iż podmiot w określonej sytuacji posiada uprawnienie (roszczenie), to jednak z niego nie korzysta. Przede wszystkim chodzi o przypadki sprowadzające się do spraw „drobnych”, z uwagi na niewielką wartość korzyści czy też strat związanych z użyciem określonego roszczenia. Czasem też to względy kurtuazji nie pozwalają nam wystąpić z roszczeniem wobec konkretnej osoby. Bywa i tak, że po prostu obawiamy się konfrontacji z mechanizmami wymiaru sprawiedliwości.

³ Koncepcja *causa* „wspólnoty życiowej” została omówiona w monografii M. Nazara, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1993. Por. także M. Nazar, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 907 i nast.

leżnego świadczenia, które także zostanie w formie skrótowej zaprezentowane. Dopiero poprzez takie wprowadzenie możliwym się wydaje podjęcie tematu *causa* „wspólnoty życiowej” określanej przez autora jako: *causa communitas vitae*. Dodać jeszcze wypada, że niniejszy artykuł, pomimo krytycznych uwag, nie będzie stanowił w żadnym wypadku próby podważenia zasadności *causa communitas vitae*. Autor stawia sobie jedynie za cel zwrócenie uwagi na tę niezmiernie interesującą problematykę, która może stanowić ciekawy przedmiot dyskusji nie tylko na gruncie prawa obligacyjnego, lecz przede wszystkim norm rodzinno-prawnych.

Zagadnienia wstępne dotyczące tradycyjnej triady *causarum*

Przybliżając skomplikowaną problematykę *causarum* dobrze byłoby rozpocząć dalsze dywagacje od wyobrażenia sobie jakiegoś przykładowego podmiotu X uposażonego w majątek. Przy takim wprowadzeniu oczywistym się wydaje, że to, co wspomniany podmiot X z majątkiem zrobić może, to przede wszystkim jego pomnażanie, lecz także uszczuplanie. Zwracając zaś uwagę na tę drugą formę aktywności, wypada zauważyć, że majątek ulega zwykle pomniejszeniu w wyniku takich czynności faktycznych, jak na przykład konsumpcja, zgubienie, czy też grzecznościowe przekazanie (napiwek w barze). Niemniej jednak najbardziej rzucającym się w oczy sposobem pomniejszenia jest dokonanie tzw. *rozporządzenia* z czynności prawnej. Polega ona w największym uproszczeniu na tym, że podmiot X w wyniku złożenia wyraźnego oświadczenia – załóżmy – podmiotowi Y wyprowadza ze swojego majątku na rzecz Y jakiś przedmiot lub prawo. Czynność taka z całą pewnością zubaża podmiot X. Nikt jednakże nie dokonuje rozporządzeń dla samego faktu zubożenia. Byłoby to nieracjonalne. Zawsze zanim dojdzie do zubożenia, najpierw musi zaistnieć ku temu wola. Dlatego też czynność rozporządzającą poprzedza zazwyczaj jakaś deklaracja, a więc *z o b o w i ą z a n i e*. Tym samym podmiot X zubaża się na rzecz Y tylko dlatego, że wcześniej się zobowiązał. Gdyby tego nie uczynił, najprawdopodobniej nie dokonałby rozporządzenia. To zastrzeżenie zaś oznacza, że podmiot X dokonuje czynności rozporządzającej jedynie po to, aby uwolnić się ze złożonej wcześniej deklaracji. Mówimy wówczas, że czynność została dokonana *causa solvendi* – to jest celem zwolnienia się z zobowiązania. Analizując tym samym różnego rodzaju rozporządzenia, jak chociażby przekazanie na własność 100 złotych, komputera, samochodu czy parceli w Warszawie, zawsze przy każdej tego typu czynności stać będzie zamiar wyzwolenia się z więzów zobowiązania. No dobrze, ale czym jest wspomniane zobowiązanie? Jak dochodzi do jego po-

wstania i dlaczego? Aby odpowiedzieć na tak postawione pytanie, wystarczy powrócić do przywoływanego na wstępie podmiotu X. Wspomniany podmiot zanim uwolni się z zobowiązania, musi najpierw doprowadzić swoim działaniem do jego powstania. Zwykle następuje to mimowolnie, od razu przy dokonaniu rozporządzenia. W polskim prawie obowiązuje bowiem zasada czynności prawnych o podwójnym skutku, tj. zobowiązująco-rozporządzających⁴. Zdarza się i tak, że zobowiązanie w wyniku wyraźnej woli stron następuje w odrębnej czynności prawnej. Niezależnie jednak od tego, zanim podmiot X rozporządzi jakimś przedmiotem lub prawem, zawsze najpierw sam nakłada na siebie do takiej czynności zobowiązanie. To zaś nastąpić może w dwojaki sposób. Pierwszy polega na tym, iż obliguję się do rozporządzenia tylko dlatego, aby uzyskać coś w zamian. Na tyle więc zależy mi na uzyskaniu świadczenia od drugiej strony, iż gotów jestem do własnego zubożenia. Mówimy wówczas, że zobowiązanie następuje *causa obligandi vel acquirendi*⁵. Nie zawsze jednak przy zobowiązaniu istnieje warunek „coś za coś”. Bywa i tak, że podmiot dokonujący zobowiązania, wcale nie liczy na wzajemny ekwiwalent, lecz działa wyłącznie celem dokonania gestu szczodropliwości. Innymi słowy, jego zachowanie ukierunkowane jest na zubożenie się bez uzyskania ekwiwalentu, czy też prościej – zamiarem podmiotu jest zmiana tytułu prawnego do przedmiotu lub prawa. Takie zobowiązanie określane jest mianem *causa donandi*⁶.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, warto zauważyć, że zubożenie może nastąpić zarówno poprzez bezpośrednie rozporządzenie przedmiotem lub prawem, jak również w sposób pośredni poprzez zobligowanie. Samo zobowiązanie to przecież także zubożenie, gdyż wprowadza obowiązek uszczuplenia praw – tyle że w przyszłości⁷. Powiększają się więc pasywa zobowiązującego, które nieuchronnie prowadzą w przyszłości do bezpośredniego zmniejszenia jego aktywów. Dlatego też wszystkie czynności prowadzące do zubożenia na rzecz

⁴ W. J. Katner, *umowne nabycie własności ruchomości w prawie polskim*, Warszawa 1992, s. 51 i nast., J. Wasilkowski, *Przeniesienie własności (zasady ogólne)*, „PiP” nr 6/68, s. 917.

⁵ W przypadku chociażby umowy sprzedaży można więc wskazać po każdej ze stron czynność zobowiązującą *causa obligandi*, gdzie (zgodnie z art. 535 kc) sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, zaś kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. W momencie, gdy każda ze stron przystąpi do wykonania zobowiązania, dojdzie po każdej ze stron do rozporządzenia *causa solvendi*.

⁶ W doktrynie niektórzy próbowali podważać zasadność *causa donandi*. Por. szerzej: A. Szlęzak, *Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy przyszłych, rzeczy oznaczonych co do gatunku oraz nieruchomości*, „Rejent”, nr 2/1995, s. 117.

⁷ R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin 1922, s. 189, P. Szafarz, *Odpadnięcie podstawy prawnej w kontekście reguły kauzalności*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 4/1996, s. 13.

kogoś innego, czy to w sposób pośredni, czy też bezpośredni, określane są łącznym mianem czynności przysparzających. W ramach zaś tego pojęcia mieszczą się rozporządzające czynności *causa solvendi* oraz zobowiązujące czynności *causa obligandi*, a także *causa donandi*.

Wydaje się, iż w miejscu tym dostrzec wypada, że przy zmaganiu się z problematyką przysparzających czynności prawnych praktycznie wszelkie rozważania oscylują wokół łacińskiego pojęcia *causae*. W literaturze przedmiotu panuje powszechne przekonanie, iż wspomniana *causa* odpowiedzieć ma w zasadzie na pytanie, dlaczego w ogóle zostało dokonane przysporzenie. Chodzi więc o to, co osoba dokonująca zubożenia na rzecz innej osoby chciała przez to osiągnąć. Mówi się, iż *causa* to prawne uzasadnienie dokonanej czynności przysparzającej. Jakkolwiek to rozumieć, należałoby na wstępie rozpocząć od prostego – przytoczonego przez S. Grzybowskiego – przykładu. Załóżmy, że osoba X wręcza osobie Y zegarek. Mimowolnie jawi się pytanie, co kierowało osobą X, iż zdecydowała się na takie przysporzenie? Na pierwszy rzut oka widać wyraźnie, iż motywem była tu chęć obdarowania. Ten szlachetny gest nie jest jednak osadzony w próżni. Za nim stać może kolejny motyw, jak chociażby chęć wyrażenia wdzięczności za wyświadczoną przysługę. Ale i to pragnienie może posiadać swoje źródło w jeszcze dalszych motywach, jak na przykład: próba wyzbycia się nieprzyjemnego uczucia niewdzięczności, zapewnienia sobie dobrych relacji.⁸ Już w miejscu tym widać, iż wskazany przykład wyraźnie pokazuje, iż poszczególne motywy: zarówno te bliższe, jak i dalsze można w zasadzie pogrupować w pewną swoistą strukturę piętrową. Na szczycie tej struktury, jak się wydaje, znajdują się te motywy, które bezpośrednio uruchamiają obrót cywilnoprawny. Przykładem będzie tu obdarowanie. Pozostałe motywy, znajdujące się na niższych szczeblach struktury, nie wpływają bezpośrednio na wymianę cywilnoprawną – są zmienne i zazwyczaj bardziej osobiste. W duchu takiego piętrowego klasyfikowania stanów psychicznych podmiotów dokonujących czynności przysparzających została sformułowana tzw. koncepcja subiektywna *causae*, gdzie *causa* mieści się tylko w tych motywach, które bezpośrednio uruchamiają obrót cywilnoprawny⁹. Jej niebezpieczeństwo polega jednak na tym, że może prowadzić do niepotrzeb-

⁸ S. Grzybowski (w:) *System prawa cywilnego*, t. 1, Wrocław 1974, s. 505, M. Gutowski, *Zasada kauzalności czynności prawnych w prawie polskim*, *Państwo i Prawo*, z. 4/2006 s. 4.

⁹ Co do koncepcji subiektywnej por.: T. Karaś, *Pojęcia: kauzalność, abstrakcyjność, akcesoryjność i próba określenia ich wzajemnej relacji w świetle koncepcji causae generalis i causae specialis*, (w:) *Wybrane zagadnienia prawa cywilnego* red. M. Safjan, Warszawa 2006, s. 157 i n., W. Czachórski, *Czynności prawne przyczynowe i oderwane w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1952, s. 35 i nast., S. Grzybowski, op. cit., s. 503.

nego wprowadzania nowych typów *causarum*, jak chociażby *causa societatis* czy też *causa* „wspólnoty życiowej”.

Całkowicie odmiennie pojmowane jest znaczenie *causae* przez zwolenników tzw. koncepcji obiektywnej¹⁰. Przede wszystkim podkreślają oni błędne stawianie znaku równości pomiędzy motywem a *causae*. Nie można bowiem nadawać skutków prawnych pobudkom czy motywom. Kłóciłoby się to z panującym powszechnie w nauce poglądem obiektywnej koncepcji czynności prawnej¹¹. *Causae* jest wpisane w treść czynności prawnej i stanowi w zasadzie jej element. Dlatego też w przypadku analizowania różnorodnych sytuacji należy oddzielić to, co jest sferą pobudek i motywacji, od sfery technicznoprawnej¹². Nie należy bowiem mylić tego, co kieruje osobą dokonującą przysporzenia, od środków prawnych, którymi się posłużył. *Causa* to jedynie narzędzie służące do spełnienia określonych „zachcianek”. W związku z tym w przypadku gdy podmiot X będzie chciał uzyskać informacje zawarte w książce, kierując się tym motywem, wybierze środek, jakim jest *causa obligandi*. Dzięki temu zobowiąże się wobec sprzedawcy, uzyskując zobowiązanie wzajemne. Następnie obie strony zwolnią się z zaciągniętych zobowiązań poprzez rozporządzenia *causa solvendi*. Sprzedawca otrzyma od X zapłatę, sam zaś podmiot X nabędzie własność książki, co pozwoli mu na zapoznanie się z jej treścią.¹³

Kolejną kwestią, co do której należałoby się ustosunkować, to wskazanie, dlaczego nauka wypracowała pojęcie *causae*. Wiadomo już, w świetle powyższych ustaleń, iż dzięki tej osobliwej konstrukcji można wskazać charakter przysporzenia, a mianowicie, czy było ono dokonane *causa solvendi*, *causa obligandi* czy też *causa donandi*. Jawi się jednak pytanie, czemu to ma służyć? Wszystko rozchodzi się tak naprawdę o ważność przysporzenia. Istnieje bowiem w nauce pogląd, że w przypadku, gdy strony nie ustalą wyrażnie *causae* czynności prawnej, a następnie nie obejmą jej porozumieniem, wówczas czynność taka nie staje się ważna¹⁴. Tym samym w przypadku, gdy podmiot X przysparza na

¹⁰ Z. Radwański, *System prawa*, s. 191, E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa-Kraków 1974, s. 107, A. Kubas, *Causa czynności prawnej a zobowiązania z aktu administracyjnego*, (w:) *Studia Cywilistyczne*, t. XXIII, Warszawa-Kraków 1974, s. 45 i nast., W. Sereda, *Nienależne świadczenie*, Warszawa 1988, s. 41.

¹¹ Por. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, 2001, s. 256; A. Jędrzejewska, *Koncepcja oświadczenia woli w prawie cywilnym*, Warszawa 1992, s. 10 i nast.; Radwański, *System Prawa Prywatnego – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2002, s. 13 i nast.

¹² Określenie *causae* jako technicznoprawny wyraz efektu ekonomicznego zastosował S. Szer, por. S. Szer, *Prawo Cywilne; część ogólna*, Warszawa 1950, s. 124. Można też stwierdzić, że *causa* to *ratio legis* czynności prawnej. A. Kubas, *Causa czynności*, s. 46.

¹³ Por. także S. Szer, op. cit, s. 123.

¹⁴ W. Czachórski, *Czynności prawne*, s. 27.

rzecz podmiotu Y zegarek, myśląc, iż czyni to *causa obligandi*, Y zaś przyjmuje zegarek, sądząc, iż X działał *causa donandi*, wówczas czynność jest nieważna. Innym przykładem może być sytuacja, w której to podmiot X dokonuje zapłaty podmiotowi Y *causa solvendi*, tj. celem zwolnienia się z zobowiązania, a tymczasem żadnego zobowiązania nie było lub też okazało się ono nieważne. I w tym przypadku do przysporzenia nie dojdzie¹⁵. Oba kazusy są doskonałym przykładem tzw. czynności kauzalnych. Ich istota polega bowiem na tym, że w przypadku braku lub wadliwości *causae* czynność jest po prostu bezwzględnie nieważna. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że chociaż kauzalność rysuje się raczej jako reguła powszechnie obowiązująca, to jednak w polskiej cywilistyce występują także tak zwane czynności abstrakcyjne – lub też po prostu oderwane¹⁶. Dla czynności tych *causa* rysuje się jako „coś” abstrakcyjnego. Innymi słowy, przysporzenie oderwane jest od *causae*. Wśród tego typu czynności można wskazać chociażby: zobowiązania wynikające z weksla lub czeku, przejęcie długu oraz przyjęcie przekazu.¹⁷ Czemu jednak prawodawca posługuje się tymi dwoma konstrukcjami? Dlaczego raz decyduje o tym, że czynność jest kauzalna, innym razem zaś abstrakcyjna? Dla wyjaśnienia warto posłużyć się pewnymi teoretycznymi modelami.

Wyobraźmy sobie przypadek, w którym to osoba A zobowiązuje się, iż przeleje w przyszłości na osobę B jakąś określoną wierzytelność. Po jakimś czasie strony ponownie się spotykają i zgodnie z wcześniejszą deklaracją dokonują wspomnianego przelewu, zakładając w milczącym porozumieniu, iż przelew ten jest wykonaniem uprzednio zawartego zobowiązania. Następnie przyjmijmy, że z jakiegoś powodu zobowiązanie, pod wpływem którego dokonano przelew, okazało się nieważne. I co wtedy? Rozwiązanie, jakie podsuwa koncepcja czynności kauzalnej, jest stosunkowo proste. Skoro zobowiązania nie było, to również wynikające z niego rozporządzenie – pozbawione *causa solvendi* – nie ma prawa bytu. W konsekwencji przelew wierzytelności z majątku A do majątku B w ogóle nie nastąpi. Zupełnie inaczej zagadnienie to kształtować się będzie w świetle konstrukcji czynności oderwanej. Tu ważność rozporządzenia zostanie utrzymana niezależnie od tego, czy zobowiązanie będące przyczyną kiedykolwiek zaistniało. Osoba B nabędzie więc wierzytelność w sposób

¹⁵ Co z tego, że strona chciała dokonać zapłaty, skoro użycie środka w postaci *causa solvendi* było niezasadne. Można bowiem zauważyć, że przy czynnościach *causa solvendi* musi wystąpić dodatkowa przesłanka w postaci występowania ważnego zobowiązania.

¹⁶ W. Czachórski, *Czynności prawne*, s. 27.

¹⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 2001, s. 273.

całkowicie legalny. Nie oznacza to jednak, że zubożenie osoby A będzie w świetle tej konstrukcji zbagatelizowane. Skoro brak było zobowiązania, stąd też osobie A będzie przysługiwało wobec B roszczenie o zwrot uzyskanej korzyści na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu¹⁸. Brak *causae* zadziała tutaj nie poprzez bezpośredni skutek w postaci nieważności czynności prawnej, lecz pośrednio jako wspomniane roszczenie zwrotne. No dobrze, ale niejako mimowolnie nasuwa się pytanie – cóż za różnica, jaką konstrukcję przyjmie prawodawca, skoro interes osoby A w zasadzie w obu przypadkach jest ochraniający. Wszystko w zasadzie sprowadza się do tzw. pewności obrotu. Przyjmijmy, że wspomniana wierzytelność zostanie przez B przysporzona jakiejś kolejnej osobie – nazwijmy ją C. Wedle konstrukcji kauzalnej, osoba C niczego nie nabędzie, gdyż zbywca B jako nieuprawniony rozporządził w zasadzie wierzytelnością osoby A. W przypadku zaś konstrukcji czynności oderwanej wspomniany problem w ogóle nie wystąpi. Skoro osoba B w pełnoprawny sposób nabyła wierzytelność, stąd też może ją zbyć bez żadnych zastrzeżeń osobie C.¹⁹ Uwidacznia się tu wyraźnie sens rozróżnienia czynności kauzalnych od abstrakcyjnych. Oczywiście powyższe przykłady mają charakter modelowy. Nic nie stoi na przeszkodzie by np. poprzez wprowadzenie instytucji dobrej wiary podnosić pewność obrotu przy czynnościach kauzalnych. Niemniej jednak konstrukcja czynności oderwanych jest sama w sobie zabezpieczeniem pewności obrotu i nie wymaga dodatkowych zabiegów prawodawczych.

W literaturze przedmiotu bardzo często zgłaszane są dwa zastrzeżenia dotyczące problematyki *causae* jako takiej. Przede wszystkim podnosi się zarzut, że o ile czynność rozporządzająca, jako *causa solvendi* powinna zawsze znajdować swe źródło w zobowiązaniu, o tyle mówienie o *causa* przy czynnościach zobowiązujących jest bezzasadne²⁰. Biorąc dla przykładu jakiegokolwiek rodzaju umów nazwanych, *causa* to nic innego, jak wewnętrzny element treści tych umów. Trudno przecież sobie wyobrazić, aby umowa sprzedaży funkcjonowała bez zastrzeżenia *causa obligandi*²¹. Podobnie darowizna musi w swej treści zawierać porozumienie *causa donandi*. Co jednak w przypadku tak zwanych nienazwanych umów cywilnoprawnych? Przesunięcia składników majątkowych ze wspólnego do osobistego majątku małżonka (lub też odwrotnie) czy też przysporzenia pomiędzy konkubentami są przykładami takich umów nietypowych

¹⁸ W. Czachórski, *Czynności prawne*, s. 44–48.

¹⁹ W. Czachórski, *Czynności prawne*, s. 48–50.

²⁰ E. Drozd, *Przeniesienie własności*, s. 103 i nast., K. Zawada, *Umowa przelewu wierzytelności*, Kraków 1990, s. 49 i nast.

²¹ Z. Radwański, *System prawa*, s. 195., L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań- część ogólna*, Warszawa 1936, s. 118.

przez Kodeks cywilny niezdefiniowanych. Tylko dzięki pojęciu *causa* daje się wyjaśnić ich sens w obrocie cywilnoprawnym. Ponadto *causa obligandi* i *causa donandi* wyczerpują w zasadzie całe bogactwo sytuacji powstałych w wyniku przysparzających czynności zobowiązujących. Obecność tych dwóch typów *causarum* zapobiega zakusom tworzenia nowych uzasadnień przysporzenia, jak chociażby *causa cavendi*, *causa* „wspólnoty życiowej” czy też *causa societatis*. Do kwestii tych przyjdzie jeszcze powrócić w odpowiednim miejscu pracy. Ponadto należy zauważyć, że obecność w doktrynie terminu *causa* w odniesieniu do czynności zobowiązujących ma znaczenie również na etapie prawotwórczym. Ustawodawca, znając dokładnie *causa* wmontowane w treść czynności prawnej, może tworzyć jasne i klarowne normy zrozumiałe dla jednostek, które w oparciu o te normy wchodzą w stosunki cywilno-prawne.

Drugim problemem, z którym doktryna się zmagą, jest zapytanie, jaki charakter (kauzalny czy oderwany) ma czynność przysparzająca w przypadku, gdy żaden przepis ustawy nie kwalifikuje jej natury prawnej. Czy można przyjąć, że skoro prawodawca nic w tym względzie nie ustalił, to tym samym zależało mu na oderwaniu *causae* od przysparzającej czynności prawnej? Odpowiedzi udzielić ma tak zwana generalna zasada kauzalności²². Wedle jej zwolenników zasadę tę można wyprowadzić z szeregu obowiązujących przepisów prawnych. Głównym jej uzasadnieniem jest zaś dostrzeżenie, iż nie można „odrywać” skutku rozporządzającego od zobowiązania, skoro polski Kodeks cywilny przyjmuje regułę podwójnego skutku prawnych czynności przysparzających²³. Dlatego też w przypadku rozbicia umowy na dwie odrębne czynności (zobowiązującą i rozporządzającą) nie powinno się zapominać o ich związku prawno-funk-

²² W. Czachórski, *Czynności prawne*, s. 190 i nast., T. Smoczyński, *Zagadnienia czynności prawnej abstrakcyjnej w projekcie kodeksu cywilnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, nr 4/1961 s. 50 i nast., A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1952, s. 292, oraz uchw. SN z 24.06.1992 r., III CZP/92, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 12/1992 poz. 228. Zdanie odmienne por. G. Tracz, *Aktualność generalnej reguły kauzalności czynności prawnych przysparzających w prawie polskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1997, z. 3, s. 506 i nast., K. Zaradkiewicz, *Numerus apertus abstrakcyjnych czynności prawnych w polskim prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, rok VIII: 1999, z.2, s. 276.

²³ K. Zaradkiewicz, *Numerus apertus*, s. 276. Autor zarzuca, iż z art. 156 kc wcale nie wynika konstrukcja czynności zobowiązująco-rozporządzających, a to przecież na tej konstrukcji opierana jest kauzalność. K. Zaradkiewicz podkreśla, że ważność rozporządzenia wcale nie jest uzależniona od ważności zobowiązania, a od jego istnienia. Tym samym w przypadku wadliwości lub nieważności zobowiązania, które przecież zaistniało, rozporządzenie winno być ważne. Z poglądem tym nie sposób się zgodzić. Należy bowiem podkreślić, że zobowiązanie jest skutkiem czynności zobowiązującej. Tym samym zobowiązanie zaistnieć może dopiero wtedy, gdy czynność zobowiązująca okaże się ważna.

cjonalnym. Niemniej jednak zasada ta nie udziela odpowiedzi na pytania, co w przypadku, gdy same strony chcą w tym względzie dokonać ustaleń. Czy mogą postąpić wbrew panującej regule? Niektórzy głoszą zasadę zamkniętego katalogu czynności oderwanych²⁴. Wydaje się jednak, że w świetle obowiązującej zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ kc można przyłączyć się do zwolenników nurtu umiarkowanego, który to zakłada, że w miejsce generalnej zasady kauzalności istnieje generalne domniemanie na rzecz kauzalnego charakteru przysparzającej czynności prawnej²⁵.

Przechodząc do podsumowania powyżej zaprezentowanej krótkiej charakterystyki pojęcia *causae*, stwierdzić wypada, jak zawile i fascynujące są to zagadnienia. Postawione we wstępie artykułu problemy badawcze, niejako z konieczności wymusiły uprzednie zapoznanie czytelnika z teoretycznymi podstawami czynności kauzalnych. Trudno przecież snuć jakiegokolwiek rozważania na temat sensu i zasadności *causae comunitas vitae* bez precyzyjnego stworzenia pewnej pojęciowej bazy. Wydaje się jednak, że prócz znajomości węzłowych zagadnień samego *causae*, warto choć „w kilku słowach” przedstawić problematykę nienależnego świadczenia. Dopiero wtedy realnym się stanie jasne uzasadnienie własnego stanowiska na temat *causae comunitas vitae*.

Przysporzenie z nienależnego świadczenia

Wracając wzrokiem do początkowych fragmentów niniejszej pracy, dostrzec można zdanie, które traktuje o tym, że każdy człowiek poprzez naturalną skłonność posiadania różnorodnych dóbr materialnych w zasadzie przez całe swoje życie gromadzi wokół siebie zaplecze materialne. Zjawisko to w gruncie rzeczy jest pożądane. Co jednak w sytuacji, gdy ktoś nabywa określony przedmiot lub prawo w sposób niesłuszny, rodzący społeczną dezaprobatę. Albo inaczej. Co jeśli ktoś kosztem innej osoby majątkowo się ubogaca bez należytego usprawiedliwienia prawnego? Bezpodstawne wzbogacenie jest tu właściwym narzędziem zaradczym. I tak dla przykładu budowa domu z cudzych materia-

²⁴ A. Wolter, *Prawo cywilne*, s. 292, Z. Radwański, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 1993, s. 149.

²⁵ Z. Radwański, *System prawa*, s. 201. Autor podkreśla, że dzięki tej koncepcji można odpowiedzieć na pytanie, jakie znaczenie odgrywa *causa* w przypadku czynności przysparzającej, co do której nie można wskazać kauzy ani w treści umowy ustalonej przez strony, ani na podstawie przepisu ustawy. Ponadto koncepcja ta niewątpliwie wzmacnia ochronę prawną osoby dokonującej przysporzenie. Por. także uchw. SN (7) z 16.04.1993 r., IIICZP 16/93, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1993, nr 10, poz. 166, uchw. SN z 28.04.1995 r., IIICZP 166/94, Orzecznictwo Sądu Najwyższego 1995, nr 10, poz. 135.

łów zrodzi obowiązek wyrównania straty. Wśród niezmiernie obszernego bogactwa różnorodnych sytuacji, których wymieniać tutaj nie warto, w ramach bezpodstawnego wzbogacenia można wskazać i takie przypadki, w których to sam poszkodowany czyni kogoś „bogatszym” w sposób o tyle osobliwy, że zubożenie przybiera postać wykonania zobowiązania. Nie byłoby w tym nic nadzwyczajnego, gdyby nie fakt, że z różnych przyczyn wykonane świadczenie odbiorcy się nie należało. Kodeks cywilny wymienia w zasadzie cztery takie sytuacje.²⁶ I tak zgodnie z art. 410 Kodeksu cywilnego nienależne świadczenie ma miejsce w przypadku:

- 1) gdy ktoś, kto spełnił świadczenie, nie był w ogóle zobowiązany względem osoby której świadczył (*condictio indebiti*);
- 2) gdy wykonane świadczenie oparte było na ważnym zobowiązaniu, które z jakiś przyczyn stało się następnie nieważne (*condictio causa finita*);
- 3) gdy zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty (*condictio ob. rem, condictio ob. causam datorum, condictio causa data causa non secuta*);
- 4) gdy czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była od samego początku nieważna (*condictio sine causa*).

Przyglądając się wskazanemu wyliczeniu uważniej, można w ślad za dominującym poglądem w doktrynie zauważyć, że użyty w regulacji art. 410 kodeksu cywilnego termin „świadczenie” nie odpowiada pojęciu „świadczenia” w ogólności.²⁷ Nauka bowiem zgodnie przyjmuje, że o świadczeniu (ogólnie) można mówić tylko wtedy, gdy występuje ono w związku zobowiązaniem²⁸. Tymczasem przepisy o nienależnym świadczeniu operują pojęciem „świadczenia” w nieco innym sensie, a mianowicie wtedy, gdy brak było w ogóle zobowiązania, okazało się ono nieważne, czy też spełniane świadczenie służyło osiągnięciu określonego celu całkowicie w oderwaniu od jakiegokolwiek zobowiązania stanowiącego podstawę. Choć prawdą jest, że faktycznie brzmienie przepisu mogłoby sugerować taką interpretację, to jednak mnożenie znaczeń tego samego pojęcia w obrębie tego samego aktu prawnego nie wydaje się zasadne²⁹.

²⁶ Dla jasności wyводу, w nawiasach wskazano przysługujące skargi (kondykcje) umożliwiające dokonanie zwrotu świadczenia. Por. szerzej: P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie: art. 405–414 KC: komentarz*, Warszawa 2007, s. 175 i nast., E. Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 83 i nast.

²⁷ S. Szafarz, *Odpadnięcie podstawy*, s. 13.

²⁸ A. Ohanowicz, *Niesłuszne wzbogacenie*, Warszawa 1956, s. 179.

²⁹ Rzecz jasna świadczenie jest elementem zobowiązania. Por. E. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Wrocław 2005, s. 30. Niemniej jednak nic nie stoi na przeszkodzie, by świadczenie mogło istnieć także poza zobowiązaniem zastrzegając jednakże nieco inną definicję świadczenia od tej powszechnie przyjmowanej.

Dlatego też można próbować zamiast powszechnej definicji świadczenia oraz tej stworzonej na potrzeby wspomnianej regulacji założyć, iż **świadczenie to po prostu zachowanie mające na celu zewnętrzne zakomunikowanie wywiązania się z (istniejącego lub nieistniejącego) zobowiązania**. Dzięki tak sformułowanej ogólnej formule, jedno i to samo pojęcie świadczenia będzie użyteczne zarówno do wszystkich sytuacji określonych przez przepisy Kodeksu cywilnego, jak i do tej szczególnej regulacji, jaką jest art. 410 kc. I tak, świadczenie spełniane w przypadku *condictio indebiti*, *condictio sine causa* i *condictio causa finita* będzie w świetle przyjętej definicji po prostu zewnętrznie manifestowanym wypełnianiem obowiązków płynących z zobowiązania. W każdym jednak przypadku będzie traktowane jako świadczenie nienależne – podlegające zwrotowi – z powodu niezachowania *causa solvendi*.³⁰ Trudno bowiem uznać, że świadczenie wynikające z zobowiązania należy się odbiorcy, gdy żadnego zobowiązania nie było, albo charakteryzowało się ono względną lub bezwzględną nieważnością³¹. Na podobnych założeniach osadza się zresztą *condictio ob. rem.* Aby jednak zarysować jej sens, warto przypomnieć, że nauka prawa cywilnego w ramach tej *condictio* rozróżnia w zasadzie dwie sytuacje:

- 1) przedświadczenie – to jest świadczenie spełnione jeszcze przed zawarciem umowy, np. w trakcie negocjacji,
- 2) oraz wypadki skłaniania i oczekiwania – gdzie świadczący zamierzał skłonić odbiorcę świadczenia do określonego zachowania, np. do przepisania spadku czy też zawarcia małżeństwa³².

Zgodnie z powszechnie panującą opinią w obu wskazanych powyżej sytuacjach osoba spełniająca świadczenie czyni to pomimo, iż wcale nie była do świadczenia zobowiązana³³. Z poglądem takim nie sposób się jednak zgodzić. Przypadek pierwszy to po prostu wywiązanie się *causa solvendi* z p r z y s z ł e g o zobowiązania. Dopiero w momencie, gdy okaże się, że przewidywane zobowiązanie faktycznie nie powstało, wówczas dokonane świadczenie utraci uzasadnienie, co z kolei zrodzi konieczność zwrotu. Natomiast przypadek drugi to nic innego jak zwyczajne zobowiązanie się *causa donandi* z jednoczesnym wykona-

³⁰ Zwrot będzie konieczny poza przypadkami określonymi w art. 411 kc.

³¹ Brak *causa solvendi* świadczyć będzie o tym, że zobowiązanie albo nie istniało (*condictio indebiti*), było nieważne od samego początku (*condictio sine causa*), lub też było wprawdzie ważne, lecz następnie ważność ta została podważona (*condictio causa finita*).

³² W zasadzie w nauce wyróżnia się jeszcze trzeci przypadek, tj. wypadki celowego użycia świadczenia, jednakże z uwagi na fakt, że ten trzeci przypadek nie jest w doktrynie powszechnie przyjęty, stąd też zostanie on pominięty w niniejszych rozważaniach. Por. E. Łętowska, op. cit., s. 99.

³³ Wyrok SN z 17 stycznia 2006 r., II CK 342/05, Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna 2006/10/170.

niem tego zobowiązania *causa solvendi*. Od normalnej umowy darowizny świadczenie w omawianym modelu skłaniania i oczekiwania różnić się będzie tym, że dokonane przysporzenie uzyska charakter rozporządzenia definitywnego dopiero po osiągnięciu zamierzonego celu świadczenia, co do którego strony się porozumiały³⁴. I tak, dla przykładu narzeczony wręczający swojej wybrance pierścionek uczyni gest obligacyjny *causa donandi*, jednocześnie spełniając zobowiązanie *causa solvendi* poprzez przekazanie pierścionka. O definitywnym przysporzeniu będzie jednak można powiedzieć dopiero wtedy, gdy rzeczywiście nastąpi zawarcie małżeństwa. Tym samym ustawodawca wprowadza tu dodatkową przesłankę warunkującą definitywność przysporzenia.

Mając powyższe uwagi na względzie, można by w tym miejscu uznać, iż przywołane zagadnienie nienależnego świadczenia zostało w zasadzie naszkicowane w sposób wystarczający³⁵. Sięgnięcie do tej problematyki po uprzednim zaprezentowaniu kauzalnych czynności prawnych służyć bowiem miało jedynie uporządkowaniu dotychczasowych poglądów z jednoczesnym komentarzem autorskim zamykającym oba zagadnienia w spójną całość. Zabieg ten był nieunikniony. Przecież bez zrozumienia tak kluczowych pojęć jak *causa*, nienależne świadczenie, a także bez dostrzeżenia związków pomiędzy tymi pojęciami niemożliwym byłoby poczynienie jakichkolwiek dalszych kroków badawczych. Dopiero operowanie jasno sprecyzowanymi definicjami stanowi właściwe preludium do omówienia problemu *causa* „wspólnoty życiowej” i rozpatrzenia jego zasadności.

³⁴ M. Antas, *Zasada kauzalności czynności prawnych przysparzających w polskim prawie cywilnym*, (niepublikowana praca magisterska, Rzeszów 2009), s. 21–23 i 44–47. Takie rozumienie *condictio ob. rem* wpisuje się także w powszechnie przyjęte warunki zaistnienia tej kondycji, tj. po pierwsze, że cel świadczenia jest wiadomy przyjmującemu, po drugie, wzbogacony nie jest do niczego zobowiązany i po trzecie, zachowanie drugiej strony nie jest świadczeniem wzajemnym. Por. M. Sebczyk, *Zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, (condictio ob. rem) przykład przydatności myśli jurystów rzymskich dla wykładni przepisów kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, z. 4, s. 1017 i nast., Kością niezgody byłby tu czwarty warunek, zgodnie z którym, w przypadku *condictio ob. rem* nie można wskazać umowy zobowiązaniowej. Tymczasem zgodnie z prezentowanym w niniejszym artykule poglądem taka umowa właśnie istnieje – i jest to umowa darowizny.

³⁵ Rodzi się jeszcze pytanie, jak kształtuje się pojęcie kauzalności czynności prawnych w stosunku do wskazanych w art. 410 kc kondycji. W zasadzie można przyjąć, że w przypadku nieważności zobowiązania z powodu braku *causa obligandi* lub *causa donandi*, rozporządzająca czynność *causa solvendi* także będzie nieważna i wymagany będzie zwrot wykonanego świadczenia na podstawie *condictio sine causa*.

Causa „wspólnoty życiowej”

Wskazana w temacie niniejszego artykułu *causa* „wspólnoty życiowej” stała się w zasadzie przedmiotem rozważań niezwykle ciekawej monografii M. Nazara dotyczącej wzajemnych rozliczeń pomiędzy konkubentami.

Próbując uchwycić główną myśl Autora, należałoby na wstępie zauważyć, że praktycznie w każdym związku nieformalnym w jego początkowej fazie konkubenci wypracowują na podstawie wielu różnorodnych uzgodnień coś na kształt porozumienia, w którym to ustalają pomiędzy sobą pewne ogólne reguły czy też zasady. W każdym związku rozstrzygnąć przecież trzeba, gdzie partnerzy zamieszkają, w jaki sposób będą zaspokajać bieżące potrzeby oraz to, w jaki sposób zdobywać będą dochody na bieżące wydatkowanie. Zdaniem M. Nazara konstrukcja takiego porozumienia do złudzenia przypomina tak zwane umowy ramowe określające ogólne warunki współpracy pomiędzy przedsiębiorcami. Nie wynikają z nich wprawdzie żadne zobowiązania ani roszczenia, niemniej jednak dają one podstawę do wstępnego ustalenia treści przyszłych umów „wykonawczych”. Odnosząc tę analogię do problematyki związków nieformalnych, można postawić pytanie, czym właściwie jest partnerskie porozumienie ramowe i co właściwie w nim konkubenci ustalają? Według Autora, głównym założeniem takiego porozumienia jest wzajemne ustalenie, poprzez jakie świadczenia przysparzające partnerzy dążyć będą do utrzymania partnerskiej wspólnoty życiowej³⁶. I tak, przykładowo konkubenci mogą się umówić, że tylko jeden z nich przysparzać będzie dochód ze swej pracy na potrzeby wspólne, drugi zaś zrezygnuje wprawdzie z pracy zarobkowej, lecz świadczyć będzie bezpłatnie pracę poprzez prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego. Oczywiście takie porozumienie ramowe nie będzie rodzić żadnych skutków obligacyjnych. Niemniej jednak, w przypadku gdyby partnerzy rzeczywiście zaczęli zachowywać się zgodnie ze swoimi wcześniej wypracowanymi uzgodnieniami, a więc jeden z partnerów podjąłby zarobkową pracę, drugi zaś zająłby się domem, wówczas ich świadczenia zostałyby potraktowane jako akty wykonawcze do porozumienia ramowego i jako takie stanowiłyby, nazwijmy to, definitywną formę porozumienia się co do ustalonych wstępnie założeń ramowych.³⁷ Jak twierdzi

³⁶ W wyniku takiego porozumienia kształtują się dwa rodzaje więzi. Te nastawione na budowanie i utrzymanie wspólnoty życiowej oraz te neutralne w stosunku do wspólnoty. Przykładem takiej neutralnej więzi może być zawarcie przez konkubentów odpłatnej umowy użyczenia przez jednego z partnerów samochodu drugiemu celem prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Por. M. Nazar, *Rozliczenia*, s. 150–158, M. Nazar, (w:) *System prawa*, s. 924–963.

³⁷ M. Nazar podkreśla, że takie wykonawcze porozumienia to tzw. porozumie-

M. Nazar, takie akty wykonawcze nie mogłyby być traktowane w kategoriach *causa obligandi*, gdyż brak tu typowej wzajemnej ekwiwalentności w postaci: świadczenie za świadczenie. Trudno też uznać, iż byłoby to świadczenie *causa donandi*, skoro każdy z konkubentów poprzez przysporzenie spełniałby świadczenie, mając na celu własny interes polegający na utrzymaniu związku. Stąd też propozycja wprowadzenia nowego typu *causae*, a mianowicie *causa „wspólnoty życiowej”*³⁸.

M. Nazar podaje liczne przykłady zastosowania tej niezwykle ciekawej konstrukcji. Przykładowo udostępnienie mieszkania przez konkubenta swojemu życiowemu partnerowi jako akt wykonawczy umowy ramowej trwa dopóty, dopóki konkubenci są ze sobą razem. W przypadku ustania konkubinatu porozumienie ramowe ustaje, a co za tym idzie, dalsze przebywanie w mieszkaniu konkubenta staje się bezzasadne, gdyż odpadła *causa „wspólnoty życiowej”*. Podobnie aktami wykonawczymi są codziennie dokonywane drobne czynności służące zaspokojeniu bieżących potrzeb. I tak, zakupienie artykułów spożywczych do wspólnego skonsumowania jest aktem wykonawczym umowy ramowej, które w momencie spożycia realizuje cel wspólnoty życiowej. Jednakże w chwili ustania konkubinatu tego typu czynności tracą prawne oparcie, gdyż porozumienie co do wspólnoty życiowej wygaśło. Tym samym nie sposób domagać się zwrotu świadczonych w przeszłości przysporzeń, gdyż zrealizowały one cel wspólnoty życiowej już w chwili konsumpcji. Jednocześnie nie sposób domagać się takich przysporzeń na przyszłość z powodu ustania umowy ramowej. M. Nazar w swojej monografii podkreśla równocześnie, że poza bieżącymi czynnościami konkubenci dokonują także przysporzeń trwałych. Przykładowo jeden z konkubentów może dokonywać nakładów w postaci wykończenia domu drugiego partnera.³⁹ Tego typu czynności ze względu na gospodarczą doniosłość nie powinny być wpisywane w wąską definicję aktów wykonawczych umów ramowych. Autor podkreśla, że porozumienia tego typu są odrębnymi partnerskimi umowami wspólnotowymi. Nie zmienia to faktu, że i tu umowy te dokonywane są dla *causa „wspólnoty życiowej”*. Tym samym w przypadku

nia co do celu świadczenia, określane również porozumieniami co do podstawy prawnej świadczenia, czy też porozumieniami celowymi lub czystymi porozumieniami co do świadczenia. Tego typu porozumienia są dokonywane „na przedpolu” czynności prawnej zobowiązującej. M. Nazar, *Rozliczenia*, s. 151, M. Nazar (w:) *System prawa*, s. 958.

³⁸ M. Nazar, *Rozliczenia*, s. 138, 142.

³⁹ M. Nazar, (w:) *System prawa*, s. 958 i nast. Autor wskazuje tutaj dwa podtypy partnerskich umów o współdziałaniu. Pierwszy podtyp to nabycie rzeczy celem objęcia ich współwłasnością. Ten podtyp nie jest przedmiotem niniejszego artykułu, gdyż konkubenci nic tu nie przysparzają, a jedynie nabywają udziały we współwłasności. Drugi zaś podtyp sprowadza się do nakładów.

rozpadu związku partnerskiego cel wspólnoty życiowej ustaje, a dokonane nakłady winny być zwrócone na podstawie przepisów o nienależnym świadczeniu, to jest roszczenia opartego na *condictio ob. rem*.

Prezentowana powyżej koncepcja cechuje się niebywałą wręcz zgrabnością. Rzeczywiście wydaje się bardzo przekonująca. Nie sposób też z nią polemizować w niniejszym artykule, gdyż jakakolwiek próba rzetelnej dyskusji wymagałaby przeprowadzenia wnikliwych badań oraz zaprezentowania wyczerpującej argumentacji. Niemniej jednak warto przywołać kilka uwag krytycznych, które mogą stanowić zaczątek dyskusji w dalszych pracach badawczych.

Przede wszystkim *causa* „wspólnoty życiowej” została skonstruowana w duchu koncepcji subiektywnych, a ta – jak zostało już wcześniej podkreślone – kłóci się z panującym powszechnie w nauce poglądem obiektywnej koncepcji czynności prawnej. Nie można bowiem pobudkom czy motywom nadawać skutków prawnych. Przyjęcie takiej koncepcji wymagałoby mnożenia kolejnych typów *causarum* w zależności od konkretnych sytuacji. Dodatkowo warto zauważyć, że Autor odrzuca możliwość ujęcia czynności przysparzających pomiędzy konkubentami jako czynności *causa donandi*, gdyż te w swoim założeniu mają prowadzić do przysporzeń bezinteresownych, gdy tymczasem przysporzenia konkubenckie dokonywane są w interesie obu partnerów celem utrzymania związku. Jednakże i z tym poglądem trudno się zgodzić. Wystarczy spojrzeć na typową czynność *causa donandi* występującą w umowie darowizny. Czynność taka prowadzić ma w swoim zamyśle do przeniesienia przedmiotu lub prawa obdarowującego na obdarowanego. Bez znaczenia są tu w zasadzie wewnętrzne motywy darczyńcy. Nie znaczy to wcale, że darczyńca w ogóle na nic w zamian nie może liczyć. Analizując bowiem przepisy o darowiznie, można zauważyć, że to, czego darczyńca może oczekiwać od obdarowanego, to wdzięczność. Przecież przepisy umożliwiają odwołanie darowizny w przypadku braku wdzięczności (dokładniej rażącej niewdzięczności). Tym samym jakiś interes tutaj po stronie darczyńcy występuje. Niemniej jednak wcale nie sprawia to, iż czynność dokonana w ramach umowy darowizny nie jest czynnością *causa donandi*. Na podobnym założeniu należałoby więc budować przysporzenia dokonane pomiędzy konkubentami. Są to po prostu czynności *causa donandi*. Jedynym problemem, z jakim należałoby się zmierzyć w takim przypadku, to pytanie, gdzie należy poszukiwać podstaw prawnych celem odzyskania darowanych już rzeczy lub praw w przypadku ustania związku pomiędzy partnerami? Wydaje się, iż rozwiązań należy poszukiwać na gruncie przepisów o nienależnym świadczeniu w oparciu o kondykcję określaną jako *condictio ob. rem* związaną z przypadkami tzw. skłaniania i oczekiwania z jednym wszakże zastrzeżeniem. Należałoby bowiem wspomnianą konstrukcję interpretować nieco inaczej od tej

powszechnie w doktrynie przyjętej. A zgodnie z tą powszechnie przyjętą, skłanianie i oczekiwanie rozumieć należy w ten sposób, że świadczący, chcąc skłonić odbiorcę świadczenia do jakiegoś zachowania, świadczył mu, pomimo iż wcale nie był do świadczenia zobowiązany. Tym samym świadczenie występowałoby tu w oderwaniu od zobowiązania. W przypadku gdy odbiorca świadczenia oczekiwanego zachowania nie spełniłby, wówczas świadczącemu przysługiwałoby *condictio ob. rem*. Takie rozumowanie wydaje się nietrafne. Bardziej właściwe okazuje się przyjęcie, iż skłanianie i oczekiwanie to zwyczajne zobowiązanie się *causa donandi* z jednoczesnym wykonaniem tego zobowiązania *causa solvendi*. Od normalnej umowy darowizny świadczenie w omawianym przypadku różnić się będzie tym, iż dokonane przysporzenie utraci charakter rozporządzenia definitywnego w momencie ustania konkubinatu⁴⁰.

Jak w związku z powyższym przebiegałyby rozliczenia pomiędzy konkubentami? Zagadnienie to przekracza w zasadzie ramy niniejszej pracy. W sposób hasłowy można jednakże zarysować ogólny mechanizm takich rozliczeń jako pewną propozycją alternatywną do tych prezentowanych dotychczas w doktrynie⁴¹. Przede wszystkim należałoby czynności dotyczące bieżących i trwałych przysporzeń konkubenckich ująć w jedną kategorię przysporzeń dokonywanych *causa donandi*. W przypadku tych pierwszych jednakże zwrot byłby niemożliwy z uwagi na fakt, iż w chwili konsumpcji następowałoby doraźne spełnienie interesów świadczącego. Co do przysporzeń trwałych zwrot byłby możliwy, jak głosi M. Nazar, na podstawie *condictio ob. rem* z tą wszakże różnicą, iż dokonane świadczenia spełniane byłyby nie dla *causa* „wspólnoty życiowej”, lecz *causa donandi*. Innymi słowy, przysporzenie konkubenta na rzecz drugiego partnera to zgodnie z naturalnym, intuicyjnym odruchem zwyczajna umowa nienazwana, przypominająca umowę darowizny tyle tylko, że jej definitywny charakter trwałby dopóty, dopóki trwa związek pomiędzy partnerami.

⁴⁰ M. Antas, *Zasada kauzalności*, s. 21–23 i 44–47. Inny pogląd został zaprezentowany A. Szlęzak, *Konkubinaty w świetle prawa państw kapitalistycznych*, „Studia Prawnicze” 1987, z. 4, s. 192.

⁴¹ M. Nazar (w:) *System prawa*, idem: *Rozliczenia*, a także inne poglądy m.in. B. Paul, *Koncepcje rozliczeń majątkowych między konkubentami*, „Przegląd Sądowy”, nr 3/2003 idem: *Problemy rozliczeń majątkowych między konkubentami*, „Monitor Prawniczy”, nr 8/2001 A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami*, *Zagadnienia wybrane*, Poznań 1992, A. Zieliński, *Zarys instytucji konkubinatu*, „Palestra”, nr 12/1983 J.S. Piątkowski, *Glosa do uchw. SN z 3.10.1969 r. w sprawie III CZP 71/69*, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych* 1970, z. 9, poz. 189, C. Wiśniewski, *Wybrane zagadnienia rozliczeń majątkowych między konkubentami*, „Nowe Prawo”, nr 4/1989 M. Mazur, *Konkubinaty w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, *Palestra*, nr 1–2/1997 P. Pogonowski, *Problematyka rozliczeń majątkowych konkubentów – przegląd judykatury i zapatrywań doktryny w aspekcie budowy na cudzym gruncie*, *Rocznik Nauk Prawnych* 2004, tom XIV, z. 1.

Takie ujęcie wydaje się przede wszystkim przydatne dla praktyków, stanowiąc jednocześnie nowe spojrzenie doktrynalne. Na zakończenie jeszcze warto zaznaczyć, że niejako przed nawias należałoby wyciągnąć przypadek bezpłatnego udostępnienia mieszkania jednego z konkubentów drugiemu partnerowi. Zamiast konstrukcji aktu wykonawczego do umowy ramowej właściwe zastosowanie znalazłyby tutaj przepisy, jak się wydaje, o użyczeniu. W momencie ustania konkubinatu zgodnie z art. 715 kc, parafrazując, umowa użyczenia zakończy się, gdyż jak mówi przepis, upłynął czas, przez który użytkujący mógł użytkować. Tym samym należałoby dla wzajemnych rozliczeń konkubentów poszukiwać rozwiązań utrwalonych, w doktrynie i orzecznictwie powszechnie znanych⁴².

A QUESTION CONCERNING THE CAUSA OF A LIFE COMMUNITY IN LEGAL INCREMENTAL ACTS BETWEEN COHABITEES

The aim of this publication consists in presentation of the issues of *causa* in civil-law incremental acts between cohabitants. In the introduction the Author presents the meaning of the very notion of *causa* in the Polish civil law, defines the notion of a consideration and describes the issues of an undue consideration. *Causa donandi*, *causa obligandi* and *causa solvendi* are presented here. The principle of causality in the Polish civil law and its criticism are presented at the same time. However, the main aim of the publication consists in deciding whether settlements between former cohabitants may be based on so-called *causa* of a life community.

⁴² Tym bardziej, że w doktrynie cywilistycznej od zawsze istniała bardzo silna tendencja, polegająca na tym, że dla nowo pojawiających się potrzeb wykorzystywano instytucje już istniejące, dopóki, dopóty sam ustawodawca nie stwarzał nowej instytucji poprzez zabieg ustawodawczy. Por. A. Klein, *Ewolucja instytucji osobowości prawnej* (w:) *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź, s. 70.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Joanna Dominowska ■

PRAWNE ASPEKTY PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ FUNDACJE

I. Wstęp

Celem niniejszych rozważań jest przedstawienie roli działalności gospodarczej w funkcjonowaniu fundacji. Działalność gospodarcza jest od końca lat dziewięćdziesiątych jednym z głównych źródeł dochodów większości fundacji. Jest także sposobem realizacji ich zadań statutowych. Działalność użyteczna gospodarczo może być celem powołania fundacji i wreszcie fundację można traktować jako kolejną, obok spółek prawa handlowego, formę prowadzenia tej działalności¹. Z perspektywy tak szerokiego znaczenia działalności gospodarczej dla funkcjonowania fundacji, poddano ocenie polskie przepisy w tym zakresie zawarte w ustawie o fundacjach (art. 5 ust. 5 ustawy o fundacjach, dalej *uf*²), w ustawie o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (dalej *uodppiw*³) i wreszcie te dotyczące zwolnień określonych rodzajów działalności od podatku dochodowego (art. 17 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych

¹ Powszechne i dobrze sprawdzające się w obrocie gospodarczym jest powiązanie działalności fundacji ze spółkami osobowymi i kapitałowymi i udział fundacji w strukturach koncernowych, holdingowych czy konsorcyjnych, także w roli podmiotu kierującego tymi strukturami, co ze względu na ograniczone ramy artykułu naukowego nie było przedmiotem niniejszych rozważań.

² Ustawa z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, Dz. U. 1984 r., Nr 21, poz. 97 ze zm.

³ Ustawa z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, Dz. U. 2003 r., Nr 96, poz. 873 ze zm.

dalej uopdoop⁴). Rozważono, czy zliberalizowanie przepisów przez dopuszczenie prowadzenia działalności gospodarczej przez fundacje w nieograniczonym zakresie mogłoby się przyczynić do ich rozwoju, czy raczej zaburzyłoby czystość konstrukcji i przekształciło fundacje w podmioty o charakterze komercyjnym, odbierając im tradycyjnie kojarzony z fundacjami, wolontarystyczny i charytatywny charakter. Nieuchronnie część rozważań dotyczy fundacji prowadzących działalność pożytku publicznego, gdyż przepisy uodppiw istotnie wpływają na decyzję o prowadzeniu działalności gospodarczej przez te organizacje, w tym fundacje, które chcą zachować status organizacji pożytku publicznego.

Prawidłowe określenie granic dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez fundacje jest także o tyle istotne, że najczęściej wymienianym problemem (ponad 2/3 wszystkich jednostek trzeciego sektora) – niezależnie od formy prawnej organizacji – jest trudność w pozyskiwaniu środków finansowych na działalność. Mimo relatywnie dobrej sytuacji finansowej fundacji, a zwłaszcza tych mających status organizacji pożytku publicznego – to właśnie wśród nich odnotowano największy odsetek organizacji wskazujących na trudności w finansowaniu swojej działalności⁵. Problem wydaje się dotyczyć nie tyle całkowitego braku możliwości pozyskania jakichkolwiek środków, co raczej uzyskania ich w sposób umożliwiający stabilne prowadzenie działalności, zwłaszcza w sferze zadań pożytku publicznego. Nieco mniejsze natężenie problemów finansowych wśród stowarzyszeń i podobnych organizacji może też wynikać ze stałego wypływu składek członkowskich oraz braku uzależnienia od pracy personelu płatnego, podczas gdy fundacje nie posiadają członków, do których pracy społecznej mogłyby się odwołać.

Niektóre przedstawiane w niniejszym artykule dane dotyczą nie tylko fundacji, a wszystkich organizacji tzw. trzeciego sektora (sektora non-profit), gdyż brak jest badań dotyczących wyłącznie fundacji. W tych wszystkich przypadkach, w których fundacje stanowią wyjątek na tle pozostałych organizacji trzeciego sektora i dane ich dotyczące są odmienne od danych dotyczących całego trzeciego sektora, zostało to wyraźnie zaznaczone.

⁴ Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz. U. 1992 r., Nr 21, poz. 86 ze zm.

⁵ Badania Urzędu Statystycznego w Krakowie, *Sfery działalności organizacji pożytku publicznego w Polsce*, Kraków 2010.

II. Podstawowe fakty o fundacjach i prowadzonej przez nie działalności gospodarczej

Ważne, żeby uświadomić sobie skalę, o jakiej mówimy, tzn. to, jaka jest w ogóle siła fundacyjnej formy prawnej w polskim trzecim sektorze i na jaką skalę nasze fundacje prowadzą działalność gospodarczą. W 1997 roku było w Polsce 27 400 organizacji non-profit, w tym 3 400 fundacji, co stanowiło 12,4% wszystkich organizacji non-profit. W 2006 roku w rejestrze REGON zarejestrowanych było już ponad 2,5 razy więcej fundacji – 8 353. W 2011 roku było już 12 763 fundacje. Według danych z rejestru REGON liczba fundacji wzrosła więc o 35% z 8 353 w 2006 r. do 12 763 pod koniec 2011 r. Dla porównania liczba stowarzyszeń w tym samym czasie wzrosła tylko o 20 %. Według danych z rejestru KRS wzrost liczby fundacji jest jeszcze bardziej spektakularny bo o 46% z 6 947 w 2006 r. do 12 783 pod koniec 2011 r. Niezależnie więc z której statystyki skorzystamy, wzrost liczby fundacji był w ostatnich latach o 15 % wyższy niż wzrost liczby stowarzyszeń – drugiej, a pod względem liczebności nawet pierwszej formy prawnej w trzecim sektorze. Oznaczać to musi, że fundacyjna forma prawna wydaje się być interesująca dla prowadzenia różnorodnych działań.

W 2010 roku 8% organizacji sektora non-profit prowadziło działalność gospodarczą, w tym 18% (czyli prawie 1/5) fundacji. Dodatkowo to fundacje osiągały w całym sektorze non-profit najwyższe przychody, a drugim co do wysokości źródłem tych przychodów jest właśnie działalność gospodarcza. 12% fundacji osiągnęło w 2010 r. przychody (ze wszystkich źródeł) przekraczające 1 mln złotych, co jest wynikiem 3-krotnie wyższym w porównaniu ze średnią dla całego sektora non-profit, w którym zaledwie 4% wszystkich organizacji osiąga przychody powyżej 1 mln zł. Również w klasie przychodów powyżej 100 tys. zł wśród organizacji trzeciego sektora jest duży odsetek fundacji (42%)⁶. W 2010 r. średnia wysokość rocznych przychodów obliczona dla całej przebadanej zbiorowości organizacji trzeciego sektora wyniosła 247 tys. złotych. Natomiast dla fundacji było to 730 tys. zł (ponad dwa razy więcej niż średnia dla trzeciego sektora)⁷.

Najbardziej znaczącym „sponsorem” działań organizacji pozarządowych w kategoriach bezwzględnej sumy przekazanych im środków jest sektor publiczny. Są to przede wszystkim pieniądze wydatkowane przez administrację rządową – stanowiące prawie 19% ogółu przychodów sektora pozarządowego

⁶ Stan na 2010 rok, badania Urzędu Statystycznego w Krakowie, *Sfery działalności organizacji pożytku publicznego w Polsce*, Kraków 2010.

⁷ Badania Urzędu Statystycznego w Krakowie, op. cit.

i samorządową – ok. 16%. Trzecim najistotniejszym źródłem finansowania działań organizacji trzeciego sektora jest właśnie działalność gospodarcza generująca 12% przychodów. Jeśli dodać do niej wpływy pochodzące z tzw. odpłatnej działalności statutowej⁸, okaże się, że oba te źródła przynoszą łącznie niemal jedną piątą ogółu ich przychodów (19%).

Działalność gospodarcza fundacji jest dość równomiernie zdywersyfikowana pomiędzy różne dziedziny. Aż 20% wszystkich fundacji aktywnych w 2008 roku zajmowało się kulturą i sztuką. Pozostałe główne obszary działania fundacji to ochrona zdrowia oraz pomoc społeczna i socjalna⁹.

W przypadku ponad połowy fundacji prowadzących działalność gospodarczą przedmiot tej działalności w całości lub w dużej części pokrywa się z ich działalnością statutową¹⁰. W jednym na trzy przypadki (ok. 2% ogółu organizacji) obszary te pokrywają się „częściowo”. W ramach działalności przynoszącej zysk fundacje zajmują się najczęściej świadczeniem usług szkoleniowych oraz organizacją i obsługą imprez kulturalnych. Nieco rzadziej działalnością usługowo-handlową oraz wydawniczą – tu zwłaszcza w obszarach kultura i pomoc społeczna, najrzadziej – działalnością turystyczną, transportową, a także wynajmem nieruchomości. Prawie nie zdarza się, aby organizacje prowadziły działalność produkcyjną.

Tylko jedna na 10 organizacji trzeciego sektora prowadzących działalność gospodarczą stwierdza wyraźnie, że sfery te są u nich całkowicie oddzielone. W większości przypadków prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje nie tylko pokrywa się z działalnością statutową, ale jest formą realizacji zadań statutowych. Ta ostatnia konstatacja może wydać się kontrowersyjna w świetle wcześniejszego orzecznictwa sądów rejestrowych i SN, które stwierdza, że „działalność gospodarcza fundacji nie może być co do zakresu i rodzaju tożsama czy zbieżna z działalnością statutową fundacji, prowadziłoby to bowiem do sprzeczności z art. 1 ustawy o fundacjach”¹¹. *De lege lata* nie ma jednak podstaw do wyprowadzania takiego wymogu z u.f. Natomiast od 2003 roku wyraźny zakaz prowadzenia odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej w odniesieniu do tego samego przedmiotu działalności wprowadziła uodppiw (art. 9 ust. 3). W końcowej części artykułu przedstawiono uwagi krytyczne dotyczące tego przepisu.

⁸ Ustawową definicję odpłatnej działalności pożytku publicznego zawiera art. 8 uodppiw.

⁹ Badania Urzędu Statystycznego w Krakowie, op. cit.

¹⁰ Dane dotyczące wszystkich organizacji trzeciego sektora, brak oddzielnych badań dla samych fundacji.

¹¹ Postanowienie SN z 20 stycznia 1998 r., I KKN 417/97, OSNC 1998, nr 10, poz. 157.

W odniesieniu jednak do pozostałych fundacji trudno dostrzec, na czym miałyby w takim przypadku polegać naruszenie art. 1 uf, który stanowi jedynie, że fundacja może być powołana dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami RP celów społecznie lub gospodarczo użytecznych. Przy takiej interpretacji celu gospodarczo użytecznego, która wyklucza, aby za taki uznać po prostu prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację, z uf można więc jedynie wyprowadzić zakaz ustanawiania działalności gospodarczej jako celu powołania fundacji. Również art. 5 ust. 5 uf stanowiącego, że fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celu, nie należy interpretować jako wprowadzającego jakikolwiek wymóg rozdzielenia jej przedmiotu od działalności statutowej. Przepis ten potwierdza jedynie, że prowadzenie działalności gospodarczej nie może być celem fundacji i wprowadza ograniczenie, aby działalność gospodarcza fundacji nie zdominowała jej działalności statutowej.

Podsumowując dane statystyczne, formalnie w jakąś formę działalności ekonomicznej angażuje się ok. 13% organizacji pozarządowych. Oznacza to, że teoretycznie ponad 85% nie domaga się żadnej odpłatności za świadczone przez siebie usługi i nie prowadzi działalności gospodarczej. Rzeczywistość jednak jest bardziej złożona. W praktyce prawie jedna trzecia organizacji przyznaje, że w tej czy innej formie przyjmuje opłaty. Jest to co prawda zdecydowanie mniej niż w 2008 roku, gdy tego rodzaju praktyki stosowało ponad 45% organizacji, ale nadal dużo. Wciąż blisko jedna piąta polskich stowarzyszeń i fundacji angażuje się w działalność odpłatną, nie rejestrując się jako przedsiębiorcy, ani nie uruchamiając oficjalnie odpłatnej działalności statutowej. Większość organizacji (60%) angażujących się w działalność gospodarczą nie zanotowała znaczących zysków z tego tytułu, choć z drugiej strony nie poniosła też strat. Blisko 30% zadeklarowało znaczący zysk (przez znaczący zysk badacze określali zysk przekraczający 10% ogółu przychodów danej organizacji), a 7% znaczącą stratę. Tradycyjnie bowiem działalność organizacji trzeciego sektora jest raczej zachowawcza, co nie sprzyja spektakularnym zyskom, ale z drugiej strony chroni przed stratami. Ta cecha również może być bardzo atrakcyjna w obrocie gospodarczym dla tych wszystkich, którzy dysponują już pewnym kapitałem i chcieliby inwestować bezpiecznie, z wyraźnym i trwale określonym celem, albo dla tych, którzy ponad zysk przedkładają pewność, że ich środki przeznaczone zostaną na realizację konkretnego celu, a to ze względu na trwałość i nienaruszalność nie tylko raz obranego dla fundacji celu, ale również przeznaczonych na jego realizację środków. Brak znaczących zysków z działalności gospodarczej w odniesieniu do organizacji pożytku publicznego, może także wynikać z takiej konstrukcji uodpiw i zwolnień podatkowych w odniesieniu do działalności pożytku publicz-

nego (art. 17 ust. 1 pkt 6 c uopdoop), która zachęca do przerzucania dochodów z działalności gospodarczej do działalności pożytku publicznego, a kosztów w odwrotną stronę.

III. Zalety konstrukcji fundacji w prowadzeniu działalności gospodarczej

Fundację określa się jako osobę prawną typu kapitałowego w tym znaczeniu, że kapitał służy celom określonym w statucie i nie jest przeznaczany dla osób powiązanych z fundacją. Nie ma przy tym żadnych jurydycznych wymagań co do sposobu definiowania tego celu. Art. 1 uo stanowi, że fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami RP celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności (ale nie wyłącznie) takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami. Skoro tak, to z samej konstrukcji fundacji nie wynika, czy powinna ona przeznaczać kapitał na określony cel pozakapitałowy, czy kapitałowy. Jak zostanie przedstawione poniżej, skoro działalność for-profit przestała być elementem konstytutywnym spółek (co najmniej spółek kapitałowych), to i działalność non-profit nie musi być warunkującym utworzenie fundacji. Tym bardziej, że cel użyteczności publicznej wcale nie wiązał się pierwotnie z fundacjami. To z chęci podporządkowania zwłaszcza dużych fundacji kościelnych państwo zaczęło wymagać, aby fundacje były społecznie użyteczne.

Gospodarcza użyteczność jako cel fundacji to przy tym pojęcie na tyle nieprecyzyjne, że spowodowało szereg kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie. Podnosi się, że całokształt ustawodawstwa dotyczącego fundacji wskazuje, że założeniem ustawodawcy przy formułowaniu jako celu fundacji użyteczności gospodarczej, nie było dopuszczenie do zakładania fundacji wyłącznie w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Wprowadzenie celu gospodarczo użytecznego w 1984 roku miało raczej spowodować przywrócenie do życia formy szczególnie predestynowanej do działania w interesie publicznym. Z tego też powodu fundacjom na samym początku ich funkcjonowania przyznano tak wiele przywilejów w zakresie świadczeń publiczno-prawnych, zwłaszcza podatków. Podnosi się więc, że fundacja może być ustanawiana wyłącznie dla celów społecznie (publicznie) użytecznych, a cele te obejmują po prostu również cele gospodarczo użyteczne¹². Innymi słowy, cel gospodarczo użyteczny może być sta-

¹² R. Trzaskowski, *Działalność statutowa a działalność gospodarcza fundacji* - pra-

tutowym celem fundacji, jeśli jednocześnie może być uznany za cel społecznie użyteczny.

Trudno się jednak zgodzić z tą tezą. Niewątpliwie przecież istnieje kategoria celów, które będąc celami gospodarczo korzystnymi, nie są równocześnie celami użytecznymi społecznie. Tak też SN w uchwale z 26 stycznia 1993 roku¹³, uznając, że niezgodny z art. 1 uf jest pogląd, że każda fundacja realizuje cele społecznie użyteczne, gdyż przepis ten rozróżnia fundacje ustanowione dla celów społecznie użytecznych i fundacje ustanowione dla celów gospodarczo użytecznych. Określone cele są użyteczne gospodarczo i równocześnie nieużyteczne społecznie, gdy gospodarcze korzyści płynące z określonej aktywności gospodarczej są wykorzystywane przede wszystkim na rzecz wąskiej, ściśle określonej grupy społecznej lub wręcz konkretnych osób¹⁴. Gospodarcza użyteczność może być wtedy rozumiana przede wszystkim jako globalne wzmocnienie korzystnych tendencji makroekonomicznych¹⁵. Pogląd ten jest na gruncie polskim kontrowersyjny. Niewątpliwie doktryna i orzecznictwo z powołaniem na określone właśnie w art. 1 uf cele nie dopuszczają tworzenia fundacji rodzinnych¹⁶. Powstaje jednak pytanie, jak sąd rejestrowy oceniłby sytuację, w której fundacja rodzinna prowadziłaby jednak działalność gospodarczą w sposób niewątpliwie użyteczną społecznie, a nie tylko prywatnie dla tej rodziny. Innymi słowy, jak szerokie powinno być grono destynariuszy fundacji, aby spełniała wymogi z art. 1 uf, czyli realizowała cel publiczny?

Pojawiły się nawet w polskiej doktrynie głosy, że dla przejrzystości konstrukcji należy postulować zmianę treści art. 1 uf i ograniczyć cele fundacji wyraźnie do celów niegospodarczych (idealnych)¹⁷. H. Cioch podkreśla, że fundacja powinna służyć wyłącznie realizacji celów społecznie użytecznych, takich jak ochrona zdrowia, nauki, oświaty i wychowania, kultury i sztuki, opieki. Jest to

wo i praktyka, Warszawa 2003, s. 17.

¹³ III ARN 93/92, OSNC 1993, nr 10, poz. 184.

¹⁴ J. Zaporowska, J. Mazurkiewicz, *Cel fundacji*, „Monitor Prawniczy”, nr 12/1994 s. 356.

¹⁵ R. Trzaskowski, op. cit., s. 17.

¹⁶ Istotne jest także, jak w ogóle zdefiniujemy fundację rodzinną – czy jako założoną, ewentualnie założoną i prowadzoną wyłącznie w interesie ekonomicznym określonej rodziny. Takie fundacje ze względu na wyraźną treść art. 1 uf nie są w Polsce dopuszczalne. B. Niemirka, *Statut fundacji*, Warszawa 1998, s. 125, H. Cioch, *Istota aktu fundacyjnego*, „Nowe Prawo”, nr 10/1986 s. 21, B. Sagan, (w:) B. Sagan, J. Strzępka, *Prawo o fundacjach*, Katowice 1992, s. 22, J. Olszewski, *Fundacje, Działalność gospodarcza*, Warszawa 1999, s. 98, H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 55.

¹⁷ Tak projekt ustawy o fundacjach przygotowany dla Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej przez prof. H. Ciocha w: H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 312.

kolejny głos za wprowadzeniem w Polsce społecznikowskiego modelu fundacji¹⁸. Zwolennicy tego poglądu podkreślają, że trzeci sektor jest o tyle dobry dla społeczeństwa, o ile jest non-profitowy, wolontarystyczny i nieprofesjonalny. Działalność komercyjna zawsze musi stać się profesjonalna, a dodatkowo, o ile się rozwinię, może spowodować, że cała organizacja przestanie być społecznie użyteczna.

Gdyby jednak przyjąć liberalne rozumienie celu gospodarczo użytecznego (wzbogacenie określonej grupy ludzi też spełnia wymóg celu użytecznego gospodarczo) fundacja mogłaby być rozważana, choć to dalekie od tradycyjnego sposobu postrzegania tej instytucji, jako kolejna, obok spółek prawa handlowego, propozycja formy prawnej, w której można prowadzić działalność gospodarczą. Od dawna już zarówno w odniesieniu do osób prawnych typu korporacyjnego, jak i typu kapitałowego trudno mówić o bezwzględnej przejrzystości konstrukcji. W niektórych porządkach prawnych wyróżnia się nawet korporacje typu fundacyjnego. Ich działalność nastawiona jest na zaspokojenie potrzeb członków, dobranych według określonego klucza, np. pomoc w nauce biednym studentom, ale funkcjonują w oparciu o stworzony dla finansowania ich działalności kapitał fundacyjny. Tak np. powstał słynny uniwersytet sorboński i tak do dziś działają fundacje uniwersyteckie. Kolejnym dowodem na to, jak w gruncie rzeczy cienka jest granica między korporacją a fundacją, są systemy common law. Zwłaszcza amerykańskie fundacje mają charakter korporacyjny, w tym sensie, że mają swoich członków, którzy najczęściej są jednocześnie członkami ich organów. Nawet używa się dla nich określenia non stock corporations. Z drugiej strony występują też fundacje w formie stock corporations, które nawet emitują akcje¹⁹. Zmiany idą także w kierunku odwrotnym. Odmienne niż przewidywał to Kodeks handlowy, obecnie spółka kapitałowa, zwłaszcza sp. z o.o., może służyć różnym celom, nie tylko gospodarczym. Usunięto wymóg tworzenia spółek kapitałowych w celu prowadzenia przedsiębiorstwa i teraz mogą one być tworzone w każdym celu prawnie dopuszczalnym²⁰. Może być zatem alternatywą wobec fundacji, jeżeli fundatorzy chcą zachować ściślejszą kontrolę nad realizacją zadań (charytatywnych lub podobnych), gdyż jako wspólnicy mogą sprawować kontrolę nad działalnością osoby prawnej powołanej do tych zadań.

Konstrukcje wszystkich spółek w ksh można ująć we wspólnym mianowniku korporacyjności. Fundacja jest właściwie jedyną formą dostępną prawu

¹⁸ W. Konieczny, C. Wiśniewski, *Fundacje – jaki model*, „Przegląd Podatkowy” 1992, nr 9, s. 19.

¹⁹ W systemie amerykańskim występują jednak również organizacje dużo bardziej zbliżone do fundacji w modelu europejskim tj. non-profit membership organizations.

²⁰ A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 8.

polakiemu dla tych wszystkich, którzy nie chcą prowadzić działalności gospodarczej w strukturze korporacji. Inną taką strukturą mógłby być i w niektórych systemach prawnych jest fundusz²¹. Jednak w formie, w jakiej obecnie znany jest prawu polakiemu, fundusz nie mógłby skutecznie zastąpić fundacji. Co prawda, wiele funduszy tworzonych na podstawie odrębnych ustaw zajmuje się działalnością zbliżoną do działalności typowej dla fundacji: kulturą, sztuką, promocją edukacji, ochroną zdrowia, ale w tej chwili nie ma na gruncie prawa polskiego dowolności tworzenia funduszy. Mogą one powstać jedynie na podstawie ustawy powołującej dany konkretny fundusz albo na podstawie ustawowego upoważnienia. W obecnym stanie prawnym fundusze są więc albo oddzielnymi specjalistycznymi osobami prawnymi: fundusze inwestycyjne i emerytalne oraz te fundusze celowe, którym odrębna ustawa przyznaje osobowość prawną, albo jedynie wydzielonymi z działalności budżetowej państwa lub zakładów, podmiotów gospodarczych zasobami pieniężnymi o sprecyzowanych źródłach zasilania i celach wykorzystania (fundusze celowe, o których mowa w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²²). Zarówno przychody funduszy celowych wyposażonych w osobowość prawną, jak i tych, które stanowią jedynie wyodrębniony rachunek bankowy pochodzą wyłącznie ze środków publicznych, a wydatki są przeznaczane wyłącznie na realizację wyodrębnionych zadań wskazanych w ustawie powołującej dany fundusz lub w ustawie budżetowej. Poza tym polskie prawo wyróżnia jeszcze tylko fundusze inwestycyjne i emerytalne, realizujące wyłącznie zadania ściśle określone w ustawach je powołujących²³.

Konstrukcja fundacji ma przy tym niepowtarzalne zalety, które mogą być wykorzystane w praktyce obrotu gospodarczego. Wyjątkowym atutem jest trwałość jej celu. Cel fundacji określany jest w jej akcie fundacyjnym. Stanowi zresztą zgodnie z art. 3 ust. 2 uf obligatoryjny element aktu fundacyjnego. Określenie celu powołania fundacji jest nie tylko koniecznym elementem aktu fundacyjnego, ale też wyznacza ogólne ramy funkcjonowania fundacji oraz krąg destynariuszy. Działalność gospodarczą fundacja może prowadzić w rozmiarach służących realizacji jej celów (art. 5 ust. 5 uf). Większość europejskich systemów prawnych wprowadza także poważne obostrzenia co do zmiany celu fundacji. Również w Polsce przyjmuje się, że raz sformułowany w akcie fundacyjnym cel ma charakter trwały. W razie jego osiągnięcia fundacja traci rację bytu i podlega

²¹ Por. austriacką ustawę o fundacjach i funduszach, Bundesgesetzblatt 1975, nr 11, poz. 1098.

²² Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.

²³ Tekst pierwotny Dz. U. 2004, Nr 146, poz. 1546. Ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, tekst jednolity: Dz. U. 2010 r., Nr 34, poz. 189.

likwidacji (art. 15 *u.f.*). Niezmiennność celu fundacji wynika z faktu, że jest on określany w akcie fundacyjnym, który jako jednostronna czynność prawna fundatora o charakterze zobowiązującym od chwili zarejestrowania fundacji nie może być zmieniony²⁴. Do chwili zarejestrowania fundacji akt fundacyjny może być cofnięty. Od jej zarejestrowania akt fundacyjny zaczyna „żyć własnym życiem”, tak jak powołana na jego podstawie fundacja i nie podlega już żadnym modyfikacjom ani zmianom ze strony jakichkolwiek osób trzecich, w tym także nawet samego fundatora. Stąd też raz wskazany w akcie fundacyjnym cel pozostaje niezmienny.

Fundacja zapewnia więc, że charakter i przeznaczenie majątku zostanie zachowany przez cały czas trwania fundacji. Takiej pewności nie ma żaden podmiot prowadzący spółkę prawa handlowego. Ramy fundacji dają większą pewność zachowania całego zespołu (składników majątkowych i niemajątkowych), wartości i osiągnięć: doświadczeń, patentów, wynalazków, know-how. To z kolei zapewnia możliwość wcielenia w życie określonego projektu i przeznaczenia majątku właśnie na ten projekt. W ten sposób fundator wyklucza przekształcenie fundacyjnej struktury, w ramach której realizowany jest projekt w inną, niepożądaną przez niego strukturę prawną. Fundacja zapewnia także ciągłość pracy zespołom ludzkim zatrudnionym przy danym projekcie i zasłużonym fundatorowi. Dzięki ulokowaniu majątku w fundacji fundator ma kontrolę nad dalszymi losami tego majątku. Daje to gwarancję zachowania odrębności majątku i gwarancję, że będzie on przeznaczany na konkretny cel.

IV. Działalność gospodarcza fundacji a przywileje podatkowe

Argumentem najsilniej podnoszonym we wszystkich systemach prawnych przeciwko dopuszczeniu nieograniczonej możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację, zwłaszcza przez te, które jednocześnie realizują cele użyteczne społecznie, jest kwestia możliwych nadużyć związanych ze zwolnieniami takich organizacji ze świadczeń publiczno-prawnych.

Uwagę poświęcono przede zwolnieniu w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych. Warto jednak pamiętać, że nie jest to jedyny przywilej publiczno-prawny, który może dotyczyć fundacji²⁵.

Zwolnienie od podatku dochodowego może uzyskać fundacja (tak jak każda inna organizacja), która albo przeznacza dochód na określone cele

²⁴ H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, s. 54.

²⁵ Por art. 16 *u.f.* oraz art. 24 *uodppiw.*

(art. 17 ust. 1 pkt 4 uopdoop), albo uzyskała status organizacji pożytku publicznego (art. 17 ust. 1 pkt 6 c uopdoop). Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 uopdoop zwolniony, w części przeznaczony na te cele, jest dochód podatników, których celem statutowym jest: działalność naukowa, naukowo-techniczna, oświatowa, w tym również polegająca na kształceniu studentów, kulturalna, w zakresie kultury fizycznej i sportu, ochrona środowiska, wspieranie inicjatyw społecznych na rzecz budowy dróg i sieci telekomunikacyjnej na wsi oraz zaopatrzenia wsi w wodę, dobroczynności, ochrony zdrowia i pomocy społecznej, rehabilitacji zawodowej i społecznej inwalidów oraz kultu religijnego. Zwolnienie to ma zastosowanie także wtedy, gdy dochód jest przeznaczony na nabywanie środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych służących bezpośrednio realizacji tych celów. Aby fundacja mogła skorzystać z tego zwolnienia, cele te muszą być celami statutowymi i organ stanowiący musi podjąć decyzję o przeznaczeniu dochodu na te cele. Statut nie musi przy tym dosłownie powtarzać sformułowania zawartego w art. 17 ust. 1 pkt 4 uopdoop. Statut może np. zawierać cel węższy niż wskazany w ustawie, ale mieszczący się w nim w całości. Zwolnienie nie będzie przysługiwało wtedy, gdy dochód zostanie przeznaczony na cele wskazane w ustawie, lecz niezawarte w statucie. Warto zauważyć, że cele tylko częściowo pokrywające się ze sferą zadań publicznych z art. 4 uodppiw. Zwolnienie nie jest zależne od tego, czy organizacja ma status organizacji pożytku publicznego.

Drugą podstawą do zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych jest art. 17 ust. 1 pkt 6 c uopdoop. Dla uzyskania tego zwolnienia wymagane jest już formalne uzyskanie przez daną organizację statusu organizacji pożytku publicznego. Art. 17 ust. 1 pkt 6c inaczej niż art. 17 ust. 1 pkt 4 nie wskazuje konkretnych celów, na które należy przeznaczać dochód. Przyjmuje się bowiem, że status zarejestrowanej organizacji pożytku publicznego daje rękojmię wykorzystania całości dochodu zgodnie z celami publicznymi.

Z natury rzeczy przeznaczenie dochodu (jego zadeklarowanie) na określony cel oraz wydatkowanie tworzą sekwencję o ustalonej kolejności (przeznaczenie – wydatkowanie). Jednak art. 17 ust. 1b wyraźnie wskazuje przy tym, że sekwencja ta może być rozciągnięta w czasie i to w sposób praktycznie nieograniczony²⁶. To jest także regulacja budząca najwięcej kontrowersji. Może ona bowiem stać się podstawą do nadużyć polegających na tym, że organizacja deklarować będzie przeznaczenie przychodu na cele statutowe, w związku z tym nie zapłaci od nich podatku, a następnie pieniądze te zostaną w sposób mniej lub bardziej legalny wyprowadzone z organizacji i *de facto* przeznaczone na zupełnie

²⁶ G. Dźwigala, *Komentarz do roz. 4 art. 17*, (w:) M. Ślifirczyk, F. Świtała, R. Krasnodębski, G. Dźwigala, P. Karwat, Z. Huszcz, *Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 316 i nast.

inne cele²⁷. Jeśli przy tym fundacje przedłożą właściwemu urzędowi skarbowemu pisemne oświadczenie, że korzystają ze zwolnienia z art. 17 ust. 1 pkt 4 uopdoop lub, jeśli mają formalny status organizacji pożytku publicznego, to nie muszą nawet odprowadzać miesięcznych zaliczek.

Skoro nie istnieją żadne ogólne zwolnienia dochodów fundacji z podatku dochodowego od osób prawnych, to nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby fundacja prowadziła swobodnie działalność gospodarczą i wtedy po prostu nie korzystała z żadnych przywilejów podatkowych. Z kolei w celu wyeliminowania możliwych nadużyć czy nawet tylko wątpliwości, w odniesieniu do działalności korzystającej ze zwolnień podatkowych, należałoby jednak zobligować fundację, podobnie jak wszystkie inne organizacje korzystające ze zwolnień z art. 17 uopdoop, do faktycznego wydatkowania dochodu na cel statutowy, na który formalnie deklarują jego przeznaczenie, w ściśle określonym czasie. Jeżeli dochody pierwotnie deklarowane jako przeznaczone na cel statutowy, nie zostałyby w praktyce w określonym terminie na ten cel przeznaczone, to podlegałyby opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Takie rozwiązanie wyeliminowałoby konieczność badania historii przepływu dochodu nawet do kilku lat wstecz. Jak już wyżej wskazano dochód taki zanim zostanie faktycznie wydatkowany na cele preferowane przez ustawę może być lokowany, co najmniej w sposób zgodny ze wskazaniami art. 17 ust. 1 e uopdoop²⁸, albo po prostu przetrzymywany na rachunkach bankowych. Przez cały ten czas nie traci prawa do zwolnienia, ale nie jest też faktycznie przeznaczany na działalność preferowaną, co nie jest stanem zgodnym z intencją ustawodawcy.

W odniesieniu do działalności pożytku publicznego ustawodawca polski podjął jednak zupełnie inną próbę rozwiązania problemu przeznaczania dochodów zwolnionych na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 6 c uopdoop od podatku dochodowego w istocie na działalność gospodarczą, a nie na działalność pożytku publicznego, to jest przez ograniczenie prowadzenia przez organizacje pożytk-

²⁷ Zwłaszcza, że do zmiany uopdoop 1 stycznia 2004 r. pogląd, akceptujący dokonywanie wydatków pośrednich (o charakterze lokacyjnym) bez utraty ulgi, wyraził z kolei SN w uchwale z 13 marca 2002 r., II ZP 21/2001, LexPolonica nr 1410779 (OSNAPiUS 2002, nr 12, poz. 280). Dotyczy to w szczególności wydatków, które same w sobie nie odnoszą się do preferowanego celu, ale są środkami lokowanymi i pomnażanymi przez podatnika, a dopiero następnie (po ich pomnożeniu) mogą być przeznaczone na cel wskazany w ustawie. Wprowadzone od 1 stycznia 2004 r. prawo uznaje, że wydatki lokacyjne co do zasady nie są wydatkowaniem dochodu na preferowane cele, jednak dopuszcza możliwość lokowania dochodów w określone przez ustawę instrumenty bez utraty przywilejów podatkowych.

²⁸ Szerzej o stosunku art. 17 ust. 1 b) do ust. 1 e) uopdoop por. uchwała Sądu Siedmiu Sędziów NSA z 10 sierpnia 2009 r., II FPS 4/2009, OSP 2010/10, poz. 106.

ku publicznego, w tym fundacje, działalności gospodarczej. Chodzi tu przede wszystkim o art. 9 uodppiw, który stanowi, że cena usługi realizowanej w ramach odpłatnej działalności pożytku publicznego nie może przekraczać sumy bezpośrednich kosztów tej usługi. W przeciwnym razie będzie ona traktowana jako działalność gospodarcza w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a zatem zysk podlegał będzie opodatkowaniu na normalnych zasadach. W praktyce więc przepis ten dla uznania danej działalności odpłatnej za działalność pożytku publicznego wymaga, aby żaden zysk księgowy nie został z tej działalności wygenerowany. Taka regulacja niczego nie rozwiązuje, a wręcz stanowi zachętę do sztucznego przerzucania kosztów w kierunku odpłatnej działalności pożytku publicznego. Tym bardziej dla organizacji prowadzącej nieprzynoszącą zysku działalność gospodarczą i przynoszącą zysk odpłatną działalność statutową jest to nawet podwójna zachęta – przerzucenie kosztów z tej pierwszej do tej drugiej – powstały z tej operacji zysk z działalności gospodarczej pozostaje nieopodatkowany jako przeznaczony na działalność statutową i jednocześnie pozwala to organizacji na utrzymanie statusu działalności pożytku publicznego dla jej działalności odpłatnej, gdyż księgowo nie przynosi ona zysku²⁹. Dodatkowo przepis ten stanowi bodziec do nieefektywnego wydawania środków tylko po to, aby wykazać właśnie, że odpłatna działalność pożytku publicznego nie przynosi zysku. Taki mechanizm dotyczy z kolei zwłaszcza organizacji, które prowadząc działalność pożytku publicznego, nie prowadzą jednocześnie działalności gospodarczej i nie mają możliwości przerzucania kosztów pomiędzy te dwa rodzaje działalności.

Krytycznie należy także ocenić drugą regulację uodppiw, która również miała służyć ograniczeniu przerzucania kosztów oraz wyprowadzania nieopodatkowanych dochodów rzekomo przeznaczonych na działalność statutową tj. art. 9 ust. 3 uodppiw, który stanowi, że organizacje nie mogą prowadzić odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej w tych samych obszarach. W rezultacie jednak regulacja ta przede wszystkim ogranicza możliwość wykorzystania ekonomii skali i zasięgu, prowadząc do powstawania znacznych kosztów. Oczywiście jest, że dana organizacja w czymś się specjalizuje, ma do danego rodzaju działalności wyspecjalizowanych pracowników i współpracowników, wypracowane reguły postępowania, kontrahentów itd. Gdy teraz wymaga się od niej, aby rozdzieliła te dwa rodzaje działalności, czyni się całą aktywność organizacji trzeciego sektora ekonomicznie nieefektywną.

²⁹ M. Kisilowski, *Prawo sektora pozarządowego, analiza funkcjonalna*, Warszawa 2009, s. 315.

Na zakończenie warto jeszcze podkreślić, że opodatkowanie wszelkiej działalności organizacji trzeciego sektora, która przynosi dochody, ma swoich zwolenników także w doktrynie międzynarodowej. Co więcej, postuluje się nawet opodatkowanie wszelkiej działalności gospodarczej bez względu na przeznaczenie zysku z tej działalności. Jednak ponieważ organizacje prowadzą działalność odciążającą państwo, zawsze proponuje się jakąś formę przywilejów. Jedną z propozycji jest pozostawienie przywilejów dla inwestycji pasywnych, np. w lokaty bankowe³⁰.

V. Podsumowanie

Przedstawienie wszystkich powyższych argumentów, poczynwszy od tych statystycznych wskazujących na rosnące znaczenie fundacyjnej formy prawnej w praktyce obrotu, a w funkcjonowaniu fundacji przychodów z działalności gospodarczej, przez argumenty dotyczące niewątpliwych i niepowtarzalnych w innych formach prawnych zalet konstrukcji prawnej fundacji dla obrotu gospodarczego, tj. przede wszystkim trwałość jej celu, a skończywszy na propozycjach takich zmian w systemie zwolnień od podatku dochodowego od osób prawnych, które zapewnią przejrzystość konstrukcji, służyło przedstawieniu postulatu *de lege ferenda*, aby bez ograniczeń dopuścić prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Nie wypacza to wcale ich konstrukcji, bo nie jest ona wcale, przynajmniej *de lege lata*, co zresztą Autorka uznaje za słuszne, związana wyłącznie z działalnością społecznie pożyteczną. Forma fundacji może być korzystna dla prowadzenia wielu typów działalności gospodarczej. Gwarantuje bowiem stabilność i trwałość prowadzonej w jej ramach działalności, a to ze względu na zmienność celu fundacji wskazanego w akcie fundacyjnym.

³⁰ H. Hansmann, *Unfair competition and the unrelated business income tax*, (w:) *Virginia Law Review*, nr 3/1989.

LEGAL ASPECTS OF FOUNDATION'S BUSINESS ACTIVITY

This article discusses the issue of business activity in foundation law. The first part of the article presents various fields on which the business activity is present in everyday functioning of foundation. Business activity is one of the main sources of foundation's income, this is also a way to fulfill statutory goals of foundation. The activity that is economically useful can be a statutory goal of foundation and finally foundation as a law person can be considered as a form of carrying out business activity.

From that perspective the rules regarding business activity of foundations in Poland had been examined. The author proposes liberalisation of this regulation by permitting to carry out business activity without any limitations. It has been proven, that this will not influence the legal construction of foundations, as non – profit activity has actually never, even historically been the essence element of foundation. On the contrary, first foundations were created with the for – profit intentions, that is to preserve and protect private and church fortunes. Inevitable part of this considerations has been dedicated to the regulations of business activity that is carried out by foundations with public benefit organization status.

Finally the tax benefits for the organizations that carry out public benefit activity had been presented. As far as present tax regulations are concerned the indication of precise and short term of factually dedicate profit to public benefit activities in order to keep tax exemption has been introduced.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Elżbieta Hryniewicz ■

DELEGACJA OBOWIĄZKÓW A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

1. Wprowadzenie

Odpowiedzialność karna ma charakter indywidualny, co oznacza, że ponoszona jest w granicach naruszenia obowiązków spoczywających na danym podmiocie. Obowiązki te mogą mieć charakter powszechny (dotyczyć każdego człowieka) bądź dotyczyć węższego kręgu osób z uwagi na pełnioną przez nie funkcję lub ich relację z innymi osobami.

Odpowiedzialność karna nie zawsze wiąże się przy tym z realizacją przez sprawcę wszystkich znamion czynu zabronionego jego własnym zachowaniem. Wprawdzie nawet wówczas sprawca ponosi odpowiedzialność za własne (a nie: cudze) działanie lub zaniechanie. Jednakże odpowiedzialność ta powiązana jest z zachowaniem, którym reguły postępowania względem chronionego dobra narusza bezpośrednio inna osoba niż sprawca. Zachowanie sprawcy może przyjąć formę działania lub zaniechania w różnym układzie personalnym, co znajduje wyraz w różnym ukształtowaniu form sprawstwa w art. 18§1 kk. Ponadto konstruując typy czynów zabronionych ustawodawca posługuje się niekiedy znamionami wskazującymi wyraźnie na ścisłe powiązanie zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy z zachowaniem innych osób, jak: „kto dopuszcza do...” czy „kto bierze udział w...” Wreszcie – co stanowi przedmiot analizy w niniejszym artykule – nawet pomimo braku wyraźnego wskazania w ustawie na zasadność przypisania sprawcy odpowiedzialności za naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym przez inny podmiot, sam proces przypisywania odpowiedzialności karnej, poprzez powiązanie jej z formalnym lub faktycznym zakresem obowiązków sprawcy, może powodować przypisanie mu odpowiedzialności (za zaniechanie)

w razie samego faktu zaistnienia określonego stanu rzeczy. Taki stan rzeczy zaistnieje tam, gdzie ustawa, opisując zakres obowiązków związanych z określoną funkcją, tworzy podstawę do ustalenia, że jeżeli w jakikolwiek sposób zostaną naruszone regulacje prawne, odpowiedzialność za to ponosi osoba sprawująca w danym zakresie (nad danym terenem, nad daną grupą osób) pieczę. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności w odniesieniu do przypisywania członkom zarządu odpowiedzialności za wszelkie nieprawidłowości zaistniałe w spółce, przypisywania kierownikowi budowy odpowiedzialności za wszelkie zdarzenia powodujące zagrożenie życia i zdrowia, a nawet śmierć osób znajdujących się na terenie budowy, przypisywania kierownikowi jednostki odpowiedzialności za niedochowanie zasad bezpieczeństwa w zakładzie pracy czy za nieprawidłowości w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych.

Wskazane wyżej sposoby przypisywania odpowiedzialności karnej sprawcy rodzą pytanie o to, czy odpowiedzialność ta wiąże się z zakresem możliwego faktycznego władztwa jednostki nad przebiegiem zdarzenia – i z uchybieniami w tym zakresie, z których można uczynić jej zarzut – czy też na gruncie obowiązującego stanu prawnego odpowiedzialność ta może przesunąć się poza granice faktycznie możliwej kontroli jednostki, stając się obcą polskiemu prawu karnemu odpowiedzialnością za określony stan rzeczy na zasadzie ryzyka. Formą zapobieżenia takiemu stanowi rzeczy byłoby przeniesienie części obowiązków rodzących odpowiedzialność danego podmiotu na inną osobę. Stąd zasadniczym problemem określonym w tytule tego artykułu jest kwestia i zakres dopuszczalnego przeniesienia obowiązków obciążających jednostkę na inny podmiot oraz możliwość zwolnienia się w ten sposób z odpowiedzialności karnej za dopuszczenie do wystąpienia stanu rzeczy, przed którym regulacje ustawowe miały chronić.

2. Charakter odpowiedzialności a funkcje prawa karnego

Zakres prawnych obowiązków związanych z określoną funkcją kształtowany jest zwykle poza prawem karnym. Zakres obowiązków rodzica w odniesieniu do dziecka czy właściciela zwierzęcia kształtuje prawo cywilne (m.in. w zakresie odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez osobę małoletnią lub zwierzę) lub administracyjne (m.in. w zakresie prowadzenia hodowli lub utrzymywania psa rasy uznawanej za agresywną¹). Sposób określenia podmiotu odpo-

¹ Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 21.08.1997 o ochronie zwierząt (Dz. U. Nr 111, poz. 724 ze zm.), prowadzenie hodowli lub utrzymywanie psa rasy uznawanej za agresywną wymaga zezwolenia wydanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta). Zgodnie z art. 10 ust. 2 cyt. ustawy, zezwolenia takiego nie wydaje się, a wydane cofa się, jeżeli

wiedzialnego na gruncie prawa cywilnego w przypadku opieki nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego nie można przypisać winy (art. 427 kc), czy w przypadku chowania albo posługiwania się zwierzęciem (art. 431§1 kc) określa krąg gwarantów nienastąpienia określonego stanu rzeczy opisanego również w regulacji karnej (np. w postaci wywołania przez osobę lub zwierzę pozostające pod opieką uszczerbku na zdrowiu lub szkody w mieniu). W regulacjach tych wskazuje się, że warunkiem przypisania odpowiedzialności za szkodę, obok związku przyczynowego pomiędzy brakiem nadzoru i szkodą, jest wina wyrażająca się w braku uczynienia zadość obowiązkowi nadzoru. Przeniesienie na inną osobę obowiązku pieczy i wiążącej się z nią odpowiedzialności deliktowej w świetle wskazanych regulacji jest możliwe – wymaga jednak umowy bądź przynajmniej faktycznego objęcia osoby lub zwierzęcia opieką ze strony osoby przejmującej za nie odpowiedzialność. W przypadku, gdy jednostka odpowiedzialna za niezaistnienie określonego skutku określana jest w decyzji administracyjnej (art. 10 ustawy o ochronie zwierząt) bądź w orzeczeniu sądowym (np. w przedmiocie ubezwłasnowolnienia i ustanowienia opiekuna), rozstrzygnięcie wskazujące na osobę zobowiązaną od pieczy nad osobą lub zwierzęciem czyni ją odpowiedzialną za sprawowanie pieczy na zasadach ogólnych – z możliwością jedynie czasowego przeniesienia pieczy nad osobą lub zwierzęciem na inną osobę i przy obostrzonych kryteriach ostrożności w wyborze takiej osoby. Granice jej odpowiedzialności, w postaci możliwości przypisania skutku i winy, wyznacza w takim przypadku nadal ustawa.

Na gruncie prawa cywilnego zdarzają się również sytuacje, w których ustawa wiąże odpowiedzialność z faktycznym dysponowaniem źródłem zagrożenia (jak w art. 436§1 k.c. zgodnie z którym na zasadzie ryzyka w przypadku środka komunikacji poruszanego za pomocą sił przyrody odpowiada jego posiadacz – samoistny albo zależny), bądź z faktem prowadzenia przedsiębiorstwa lub zakładu stanowiącego takie źródło (jak w art. 435§1 i 2 k.c., zgodnie z którymi za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu wprawianych w ruch za pomocą sił przyrody, bądź wytwarzających środki wybuchowe albo posługujących się nimi, ponosi odpowiedzialność prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład). Niekiedy podstawą odpowiedzialności deliktowej stają się również tzw. zasady słuszności (art. 428 k.c.).

Przeniesienie na grunt karnoprawny charakteru takiej odpowiedzialności, przy której ustawa wprost wskazuje na to, kto jest odpowiedzialny za zaistniały stan rzeczy, nie dopuszczając wykazywania, że sprawca należycie wywiązał się ze

pies będzie lub jest utrzymywany w warunkach i w sposób, które stanowią zagrożenie dla ludzi lub zwierząt. Rozstrzygnięcie jest podejmowane w formie decyzji administracyjnej (art. 10 ust. 2c cyt. ustawy).

swoich obowiązków (dopuszczając za to inne przesłanki egzoneracyjne, nie powiązane ze sprawcą), nie jest możliwe. Wprawdzie skuteczne, również na gruncie prawa karnego, jest przeniesienie ryzyka wystąpienia danego stanu rzeczy na zakład ubezpieczeń jako podmiot specjalizujący się w odpłatnym przejmowaniu ryzyka i wypłacający odszkodowania oraz inne świadczenia przy zrealizowaniu określonej przewidywalnej sytuacji. Takie przeniesienie ryzyka nie oznacza jednak przeniesienia odpowiedzialności, której zgodnie z art. 437 k.c. nie można wyłączyć ani ograniczyć z góry, a zatem, jak należy przyjąć, nie można jej też przenieść. Tym samym czynność ta, poza procesowym usytuowaniem zakładu ubezpieczeń na gruncie art. 49§3 k.p.k. na równi z pokrzywdzonym, jeśli pokrył szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu lub był zobowiązany do jej pokrycia, nie wywołuje innych skutków na gruncie prawa karnego. Nie służy ona w szczególności egzoneracji sprawcy czynu zabronionego.

Funkcje regulacji karnoprawnych różnią się od regulacji cywilnoprawnych tym, że w miejsce kształtowania życia społecznego oraz kompensacji szkód i krzywd, wchodzą tu funkcje represyjne w postaci zadania sprawcy dolegliwości za spowodowane naruszenie prawa i ochronno-wychowawcze w kierunku prewencyjnym². Widać to chociażby na przykładzie stosowania środka karnego z art. 46§1 kk., czyli obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Obowiązek naprawienia szkody może być orzeczony w całości lub w części (przy zadośćuczynieniu nie wprowadzono takiego zróżnicowania, a w praktyce orzeczniczej wskazuje się, że ma być ono „odpowiednie”³) – przy czym decyzja o stopniu zaspokojenia pokrzywdzonego jest zależna nie tylko od tego, czy do czasu orzekania szkoda została naprawiona w jakiegokolwiek części (choć istnienie szkody jest niewątpliwie warunkiem koniecznym do stwierdzenia obowiązku jej naprawienia), lecz – w ramach istniejącej szkody – w głównej mierze od dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 i 54 kk., zgodnie z treścią art. 56§1 kk. Jeżeli zatem sprawca działał w warunkach umiarkowanego stopnia winy i społecznej szkodliwości, jego postawa wskazywała na to, że już sam fakt toczenia się przeciwko niemu postępowania karnego jest dla niego istotną dolegliwością, a nadto nie tylko zastosowano względem niego środek karny z art. 46§1 kk., ale nadto wymierzono mu karę kryminalną, należy przyjąć,

² Zob. W. Daszkiewicz, *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 15.

³ Co oznacza, że znajduje się w sferze swobodnego uznania sędziowskiego, dopóki w sposób oczywisty nie narusza zasad ustalania tego zadośćuczynienia. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z 19.10.2010 (II KK 196/10, OSNK 2010, Nr 1, poz. 1973): „Zarzut niewłaściwego ustalenia kwoty zadośćuczynienia może być skuteczny wtedy, gdy przyznano zadośćuczynienie symboliczne zamiast stanowiącego rekompensatę doznanej”.

że w tych warunkach orzeczenie wobec sprawy naprawienia szkody w całości będzie sytuacją wyjątkową. Interes społeczeństwa w ukaraniu sprawcy w stopniu współmiernym do szkodliwości jego zachowania i perspektyw powrotu do przestępstwa, przy uwzględnieniu limitującego odpowiedzialność karną stopnia winy, wyprzedzi i ograniczy na gruncie prawa karnego interes pokrzywdzonego w całkowitym naprawieniu szkody względnie w adekwatnym zadośćuczynieniu za doznaną krzywdę⁴.

Z karnoprawnego punktu widzenia wprowadzony na gruncie prawa cywilnego podział na odpowiedzialność na zasadzie winy i na zasadzie ryzyka nie ogranicza się wyłącznie do kwestii wykazywania winy, ale także do możliwości skutecznego przeniesienia zakresu odpowiedzialności na inny podmiot. Przy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka nie ma takiej możliwości (można jedynie przenieść ryzyko wystąpienia szkody i obowiązek jej naprawienia na zakład ubezpieczeń⁵), ale również takiej potrzeby, gdyż odpowiedzialność za szkodę nie jest w tym przypadku jedną z form sankcji, a zatem powiązanie tej odpowiedzialności z określonym kręgiem osób nie będzie się wiązać z zadawaniem im celowej dolegliwości, wykraczającej poza obowiązek zapewnienia, że wyrządzona szkoda zostanie naprawiona.

Kolejnym zróżnicowaniem tworzenia podstaw odpowiedzialności na gruncie karnym i poza prawem karnym jest okoliczność, iż w prawie karnym odpowiedzialność wiąże się bezpośrednio z określoną osobą, podczas gdy w prawie cywilnym i finansowym niekiedy bardzo szerokie wyznaczanie zakresu obowiązków służy ich przypisaniu do konkretnej funkcji (i w ten sposób tylko pośrednio do osoby, która funkcję tę w danym momencie pełni). Z tej perspektywy istotne staje się pytanie o możliwość skutecznego przeniesienia obowiązków (i w konsekwencji odpowiedzialności) łączących się z funkcjami, z którymi ustawa wiąże szeroki zakres obowiązków, niekiedy niemożliwy do spełnienia przez jedną osobę, jak ma to miejsce w przypadku członków zarządu dużych spółek kapitałowych, kierowników budowy przy większych inwestycjach⁶ czy pracodawców w dużych zakładach pracy. Z jednej strony, ich ewentualna odpowiedzialność

⁴ Por. kryteria Engela stosowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka dla celów ustalenia, czy konkretna regulacja ma charakter karny (wyrok z 8.06.1976 w sprawie Engel i inni przeciwko Niderlandom, A 22, § 82, publikacja na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>). Do kryteriów tych zalicza się cel grożącej sankcji. Jeżeli sankcja zmierza jedynie do naprawienia szkód majątkowych, to nie ma charakteru karnego. Uzyskuje taki charakter, jeżeli zmierza (nadto) do represji i prewencji.

⁵ Zob. W. Dubis, (w:) E. Gniewek (red.), P. Machnikowski, *Kodeks cywilny*. Komentarz, Warszawa 2013, s. 1356.

⁶ Odnośnie zlecania swoich zadań przez inwestora bezpośredniego inwestorowi zastępczemu, zob. Z. Niewiadomski (red.), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 270 i cyt. tam literatura.

karna podlega ogólnym zasadom odpowiedzialności za swoje zachowanie, opartej na zasadzie winy, z drugiej strony, ich obowiązki – wyznaczone w minimalnym zakresie przez ustawę – są im znane jeszcze przed podjęciem się ich wykonywania, a zatem w sytuacji stwierdzenia, że nie są w stanie im podołać, nie powinni ich podejmować.

Podając się obowiązków wykraczających poza faktyczne możliwości kontroli, osoby takie ryzykują, że w razie ich niedopełnienia będą pociągane do odpowiedzialności karnej, co zbliża charakter ich odpowiedzialności do odpowiedzialności za obiektywny stan rzeczy, a zatem na zasadzie ryzyka. Okoliczność, iż – przynajmniej w założeniu – to ryzyko jest im odpowiednio rekompensowane finansowo, nie zmienia nic w kwestii braku możliwości pociągania do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka osób, które podejmują się zadań niewykonalnych dla jednej osoby. Brak tu bowiem chociażby wzorca ostrożnego postępowania, który byłby punktem wyjścia do oceny ich karnoprawnego zachowania w świetle nieumyślności zdefiniowanej w art. 9§2 kk. Stąd pytanie leżące u podstaw niniejszego artykułu – czy możliwe jest delegowanie na inny podmiot części obowiązków obciążających daną osobę z mocy ustawy w taki sposób, by skutecznie przenieść na inną osobę również ewentualną odpowiedzialność karłą za niewywiązanie się z nich. Wyróżnić tu można: przeniesienie części obowiązków na inny podmiot w drodze podziału obowiązków w ramach organu kolegialnego pomiędzy kilkoma osobami o równorzędnym statusie (np. w ramach zarządu spółki kapitałowej), delegowanie obowiązków na podmiot zewnętrzny (np. oznaczenia placu budowy na przedsiębiorcę prowadzącego działalność w tym zakresie) bądź na inną osobę w strukturze podporządkowania, w ramach danej jednostki (np. prowadzenia ksiąg rachunkowych na księgowego).

3. Karnoprawne skutki podziału obowiązków w organach kolegialnych

Sytuacja dzielenia się zakresem obowiązków w ramach organu kolegialnego jest stosunkowo najmniej problemowa. Nie budzi już obecnie wątpliwości, że członkowie zarządu mogą podzielić się swoimi obowiązkami w sposób zgodny z ich indywidualnymi kompetencjami, w ramach umowy o pracę czy postanowień regulaminu zarządu, ograniczając w ten sposób wzajemnie zakres swoich obowiązków⁷. Taki podział kompetencji będzie skuteczny jedynie wewnątrz za-

⁷ Zob. R. Pabis, (w:) J. Bieniak i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 805.

rzędu z uwagi na nieograniczony charakter uprawnienia do reprezentacji wynikający z regulacji Kodeksu spółek handlowych. Zgodnie z art. 204§2 K.s.h. oraz art. 372§2 K.s.h. prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich. Podział obowiązków (i odpowiedzialności związanej z ich niedopełnieniem) w ramach zarządu spółki kapitałowej nie będzie zatem powodować skutków na zewnątrz. Wobec faktu, iż bodaj najpopularniejszym czynem zabronionym zarzucanym członkom zarządu jest nadużycie zaufania stanowiące działanie na szkodę spółki, wydaje się najistotniejsze, że taki wewnętrzny podział obowiązków w ramach zarządu będzie uwzględniany w toku ustalania zakresu uprawnień i obowiązków jako podstaw do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej z art. 296 kk. Podział obowiązków będzie przy tym skuteczny tylko w razie klarownego i wyczerpującego ich uregulowania, pozwalającego w postępowaniu dowodowym wykazać, że faktycznie miał on miejsce i dotyczył dookreślonych sfer działania spółki (np. przez spisanie i akceptację zakresu swoich obowiązków przez poszczególnych członków zarządu), mocodawca się temu nie sprzeciwił oraz tylko w sytuacjach dotyczących wewnętrznej organizacji spółki, tj. relacji między członkiem zarządu a spółką. Może on zatem wyłączyć niektórych członków zarządu z kręgu podmiotów czynu zabronionego z art. 296§1 kk.; nie będzie mieć jednak znaczenia w stosunkach zewnętrznych, a zatem przykładowo na gruncie odpowiedzialności za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości z art. 586 ksh. W relacji zewnętrznej szczególna ochrona wierzycieli wymaga od członków zarządu posiadania minimalnej wiedzy o spółce, która zmusi ich do reakcji (niezależnie od wewnętrznego podziału kompetencji), w sytuacji zaistnienia podstaw do ogłoszenia upadłości spółki⁸.

Należy jeszcze, w kontekście odpowiedzialności członków zarządu spółki, zwrócić uwagę na orzeczenie, w którym Sąd Najwyższy, kierując się wykładnią funkcjonalną, zawęził zakres odpowiedzialności karnoskarbowej z tytułu naruszenia obowiązków płatnika podatku od wynagrodzeń do prezesa zarządu spółki, wskazując na możliwość rozszerzenia kręgu sprawców, przy jednoczesnym braku możliwości wyłączenia z niego prezesa zarządu. Jako uzasadnienie tego zabiegu Sąd wskazał, że: „Skoro zarząd spółki prowadzi sprawy tej spółki, a pracami zarządu kieruje jego prezes, to jeżeli nie powierzono spraw spółki jako płatnika podatku od wynagrodzeń osobom fizycznym (zaliczek na ten podatek) innemu z członków zarządu albo kierownikowi innej komórki organizacyjnej tej firmy, prezes zarządu spółki jest tą osobą, która zajmuje się jej sprawami

⁸ Odnośnie obowiązku sprawowania generalnej pieczy przez członków zarządu nad całością interesów spółki wymuszającego ich zainteresowanie sytuacją spółki i opierającego na tym ich odpowiedzialność: Zob. R. Pabis, *Komentarz*, s. 1007–1008.

gospodarczymi w powyższym zakresie, jeżeli nie dojdzie do wskazania, stosownie do art. 31 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁹ i n n e j j e s z c z e osoby odpowiedzialnej za czynności spółki jako płatnika podatku.”¹⁰ Takie ujęcie, jakkolwiek wzorowane na odpowiedzialności za naruszenie regulacji prawnych ustawy o rachunkowości (o czym szerzej w dalszej części artykułu), budzi jednak wątpliwość w zakresie, w jakim Sąd Najwyższy wyłączył możliwość wykluczenia odpowiedzialności karnoskarbowej prezesa zarządu spółki w sytuacji w której wywiązywanie się z obowiązków podatkowych spółki zostało wyraźnie (przy czym nawet niekoniecznie *expressis verbis*) powierzone innej osobie, w szczególności spośród członków zarządu spółki. Nie jest to stanowisko powszechnie przyjmowane w doktrynie¹¹ i orzecznictwie¹², gdzie dopuszcza się postępowanie dowodowe w kierunku ustalenia, w razie braku wypełnienia obowiązku z art. 31 Ordynacji podatkowej, w czyjej kompetencji leży zapewnienie wywiązywania się przez spółkę z obowiązków podatkowych, przy uwzględnieniu wymogu zajmowania się przez tę osobę sprawami gospodarczymi, w tym finansowymi spółki, zgodnie z art. 9§3 kks¹³ – i z czyjej przyczyny do wypełnienia tych obowiązków nie doszło¹⁴.

⁹ Dz. U. Nr 137, poz. 926 ze zm. Należy przy tym wskazać, że niewywiązanie się z obowiązku wyznaczenia w wymaganym terminie osoby, do której obowiązków należy obliczanie i pobieranie podatków oraz terminowe wpłacanie organowi podatkowemu pobranych kwot, lub niezgłoszenie właściwemu miejscowo organowi podatkowemu wymaganych danych tych osób stanowi samoistne wykroczenie z art. 79 kks.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 2.07.2002, IV KK 164/02, OSNKW 2002, Nr 11–12, poz. 106.

¹¹ Zob. L. Wilk, *Przedmiot ochrony art. 79 kodeksu karnego skarbowego*, „Prokultura i Prawo” 2004, z. 9, s. 106.

¹² Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5.10.1994, SA/Gd 1726/94 (Glosa 1996, Nr 16, poz. 74), zgodnie z którym z regulacji prawnej poprzedzającej art. 31 Ordynacji podatkowej, nie wynikało, aby osoba, która w ramach jednostki organizacyjnej zobowiązana była do wyznaczenia osoby, do której obowiązków należeć będzie obliczanie, pobieranie i terminowe wpłacanie kwot podatków – odpowiadała jako płatnik podatku w sytuacji, gdy obowiązków takiego nie wykona.

¹³ Zgodnie z tą regulacją uzyskać status sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może także ten, kto na podstawie przepisu prawa, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania zajmuje się sprawami gospodarczymi, w szczególności finansowymi, osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną.

¹⁴ T. Oczkowski wskazuje, że jeżeli osoba odpowiedzialna za obliczenie i wpłacenie podatku nie będzie mogła dokonać wpłaty z uwagi na brak upoważnienia jej do dokonywania przelewów na rachunek urzędu skarbowego, to odpowiedzialność za niewywiązanie się z tego obowiązku przechodzi (na powrót) na osoby zajmujące się sprawami majątkowymi danego podmiotu. Por. T. Oczkowski, *Glosa do wyroku SN z 2.7.2002 r.*, IV KK 164/02, OSP 2004, Nr 4, poz. 44.

4. Przekazanie części obowiązków podmiotowi zewnętrznemu

Kierownik budowy odpowiada za teren budowy jako organ jednoosobowy bez możliwości podziału obowiązków między osoby wchodzące w skład organu kolegialnego, jak to może mieć miejsce w przypadku zarządu spółki kapitałowej. Zakres obowiązków kierownika budowy został określony w ustawie z 7.07.1994 Prawo budowlane – i jest tak szeroki (por. art. 21a i art. 22 Prawa budowlanego), że osobiste wykonanie wszystkich stawianych mu wymagań przez jedną osobę jest przy większych przedsięwzięciach budowlanych praktycznie niemożliwe. Z tej przyczyny część jego obowiązków jest często przenoszona na inne podmioty – zwykle na kierowników robót (przy kierowaniu poszczególnymi robotami budowlanymi, zwłaszcza tam, gdzie wymagane jest przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy) albo na przedsiębiorców zewnętrznych, specjalizujących się w określonych zadaniach, jak na przykład oznaczenie i zabezpieczenie placu budowy w sposób mający uniemożliwić wstęp na budowę osobom nieupoważnionym.

Taka sytuacja rodzi pytanie, czy część z ustawowo przypisanych tej funkcji obowiązków może zostać prawnie skutecznie przeniesiona na inny podmiot, przekształcając odpowiedzialność kierownika budowy za niedopełnienie określonych obowiązków (np. prawidłowe oznakowanie terenu budowy) w odpowiedzialność za ewentualne niedopełnienie nadzoru nad innym podmiotem wykonującym swoje obowiązki. Praktyczny wymiar takiego przekształcenia wyraża się w zastąpieniu pytania – na etapie personalnego przypisywania naruszenia – o to, dlaczego sprawca nie zadbał o prawidłowy stan rzeczy (np. prawidłowe ogrodzenie i oznakowanie terenu budowy), pytaniem o to, czy sprawca miał możliwość dostrzeżenia nieprawidłowego stanu rzeczy przy uwzględnieniu zakresu jego pozostałych obowiązków wymuszającym delegację określonych zadań na inny podmiot, jak też, czy mając taką możliwość, podjął czynności mające przywrócić prawidłowy stan rzeczy i w jaki sposób lub, ewentualnie, dlaczego tego nie uczynił.

Naturalnie każdorazowo chodzi tu o obowiązki spoczywające na danym podmiocie z mocy prawa, a zatem – w przypadku kierownika budowy – zgodnie z jego uprawnieniami budowlanymi. Obowiązek zapewnienia, że objęcie kierownictwa budowy lub określonych robót budowlanych nastąpi przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności, spoczywa na inwestorze (art. 42 ust. 1 Prawa budowlanego). Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności

(art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego). Wskazany stan prawny pozwala przyjąć, że kierownik budowy jest zobowiązany do wypełniania obowiązków przypisanych do jego funkcji przy uwzględnieniu posiadanych uprawnień budowlanych, co nadal może być zakresem bardzo szerokim.

Karnoprawne ujęcie problemu wiąże się z koniecznością zapewnienia by określony niebezpieczny stan rzeczy, dzięki staraniom sprawcy, nie nastąpił. Nie oznacza to, że podmiot osobiście musi zapobiec jego zaistnieniu; ale wprowadza wymóg, by rozwiązał on kwestię bezpieczeństwa na obszarze podlegającym jego ochronie w sposób, który uniemożliwi obiektywne przypisanie mu powstałego zagrożenia lub naruszenia przedmiotu ochrony (np. w postaci śmierci człowieka na terenie budowy). Sytuacja taka będzie mieć miejsce, jeśli istotnie zmniejszy on prawdopodobieństwo wystąpienia takiego naruszenia lub zagrożenia, poprzez przekazanie obowiązku zapobiegania ich wystąpieniu profesjonalnemu podmiotowi. Jeżeli zatem obowiązek prawidłowego oznakowania terenu budowy przekazano podmiotowi profesjonalnie zajmującemu się danymi czynnościami (naturalnie przy uwzględnieniu ustawowych zakazów łączenia określonych funkcji przewidzianych w Prawie budowlanym), a dany podmiot przejął na siebie odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie powierzonych mu obowiązków, to zakres odpowiedzialności przeniesiony na ów podmiot obejmuje również aspekt karnoprawny. Musi on zatem liczyć się z odpowiedzialnością z art. 160 kk., a nawet art. 155 kk., jeżeli na skutek nieprawidłowego wykonania swoich obowiązków (obciążających z mocy ustawy kierownika budowy) doszło do zagrożenia życia, a nawet śmierci człowieka. W takim przypadku – skutecznego przeniesienia części obowiązków kierownika budowy na inny podmiot – kierownika budowy obciąża jedynie odpowiedzialność za prawidłowy wybór podmiotu, który przejął część jego obowiązków (a zatem weryfikacja, czy podmiot ten posiada faktyczne możliwości i ewentualne wymagane uprawnienia umożliwiające mu wywiązanie się z przyjętych obowiązków), oraz nadzór nad wywiązywaniem się przez ten podmiot z przekazanych mu obowiązków (w postaci reagowania na zgłaszane mu lub samodzielnie stwierdzone uchybienia; a nawet rozwiązanie umowy, gdyby okazało się, że podmiot ten nieprawidłowo wywiązuje się z tych obowiązków). Wprawdzie zwykle to nie kierownik budowy, lecz podmiot korzystający z jego usług w ramach prowadzonych prac budowlanych, podpisuje umowę z przedsiębiorcą przejmującym część obowiązków kierownika budowy; skoro jednak z niewywiązaniem się z obowiązków ustawowo związanych z daną funkcją wiąże się odpowiedzialność, w tym także karna, osoby, która ją pełni, to osobę tę obciąża stwierdzenie, że jej obowiązki delegowane na inny podmiot są faktycznie i prawidłowo przez podmiot ten wykonywane.

Zakres odpowiedzialności w relacji między kierownikiem budowy a kierownikiem określonych robót budowlanych kształtuje się podobnie. Wprawdzie kierownik określonych robót nie stanowi podmiotu zewnętrznego względem kierownika budowy, lecz podlega mu w zakresie, w jakim niezbędna jest koordynacja wykonywania obowiązków nałożonych przez ustawę na tego uczestnika procesu budowlanego (stąd kierownik robót budowlanych może być na tzw. budowie wielu, podczas gdy kierownik budowy jest jeden¹⁵). Ponadto w art. 42 ust. 1 Prawa budowlanego to inwestor został wskazany wprost jako podmiot obowiązany do zapewnienia, że kierownikiem robót budowlanych będzie osoba posiadająca uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności, co gwarantować ma wymaganą jakość i bezpieczeństwo wykonywania robót budowlanych¹⁶. Okoliczność ta nie zwalnia jednak kierownika budowy z obowiązku koordynowania działań zapewniających przestrzeganie na terenie budowy zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w rezultacie nie wyklucza możliwości przypisania mu odpowiedzialności za niebezpieczne zdarzenia wynikłe z braków w prawidłowej koordynacji podlegających mu jednostek; i to zarówno wówczas, gdy są to profesjonalne podmioty zewnętrzne, jak i wtedy, gdy są to kierownicy robót budowlanych posiadający uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności.

5. Przekazanie części obowiązków pracownikowi jednostki

Do skutecznej delegacji części obowiązków wraz z odpowiadającym im zakresem odpowiedzialności, może dojść także w ramach przekazania części obowiązków przez pracodawcę pracownikowi; w takim przypadku konieczne jest ustalenie, czy delegacja taka nie leży w sprzeczności z funkcją pełnioną przez danego pracownika. Taką sytuację można zobrazować przykładem art. 220§1 kk. Regulacja ta statuuje czyn zabroniony polegający na tym, że osoba odpowiedzialna za bezpieczeństwo i higienę pracy, nie dopełnia wynikającego stąd obowiązku i przez to naraża pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zachowanie sprawcy może wyrazić się w bezpośrednim wpływaniu na stan bezpieczeństwa i higieny pracy, przez zaniechanie podjęcia wymaganych czynności, lub pośrednio, poprzez zaniechanie w zakresie czynności nadzorczych lub organizacyjnych¹⁷. Określenie podmiotu

¹⁵ Z. Niewiadomski (red), *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 273–274.

¹⁶ Z. Niewiadomski, *Komentarz*, s. 270–271.

¹⁷ Por. W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, t. II, Warszawa 2006, s. 881;

tego czynu zabronionego jako osoby odpowiedzialnej za bezpieczeństwo i higienę pracy, pozwala na przyjęcie, że osoba taka musi, w ramach pełnionej funkcji, posiadać władcze uprawnienia do bezpośredniego kształtowania stanu bezpieczeństwa i higieny pracy u pracowników i obowiązek podejmowania działań w celu prawidłowego ukształtowania tego stanu. Tym samym nie jest możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności na podstawie art. 220§1 kk osoby, która posiada, w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy, uprawnienia kontrolne, a nawet nadzorcze względem podmiotu zobowiązanego, którym zwykle będzie pracodawca¹⁸. Przeniesienie na taką osobę odpowiedzialności za stan bezpieczeństwa i higieny pracy pracowników, jako sprzeczne z pełnioną przez tę osobę funkcją, będzie bezskuteczne. Taka sytuacja miałaby miejsce w przypadku przekazania pracownikom służby bezpieczeństwa i higieny pracy obowiązku zapewnienia przestrzegania przez pracowników warunków bhp, podczas gdy obowiązek ten z mocy prawa obciąża pracodawcę, a zakres obowiązków służby bhp, o charakterze doradczo-kontrolnym, reguluje rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie służby bezpieczeństwa i higieny pracy z 2.09.1997 r.¹⁹

Regulacje prawne nie sprzeciwiają się natomiast powierzaniu obowiązków z zakresu bhp pracownikom będącym kierownikami poszczególnych oddziałów pracodawcy czy jednostce zewnętrznej. Wprawdzie art. 207§1 Kodeksu pracy wskazuje, że za stan bezpieczeństwa i higieny pracy w zakładzie pracy odpowiedzialność ponosi pracodawca; a na zakres jego odpowiedzialności nie wpływają obowiązki pracowników w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy oraz powierzenie wykonywania zadań służby bezpieczeństwa i higieny pracy specjalistom spoza zakładu pracy. Takie ukształtowanie regulacji prawnych wydaje się przemawiać za przyjęciem, że art. 220§1 kk. rozszerza odpowiedzialność karną na wszystkie osoby, na które ustawa nałożyła (pracodawca) lub które przyjęły na siebie (np. kierownicy jednostek organizacyjnych pracodawcy) odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków z zakresu bhp. Takie ogólne ujęcie zakresu podmiotowego wymaga jednak doprecyzowania przez wskazanie, że w razie przyjęcia na siebie obowiązku zapewnienia wykonywa-

E. Hryniewicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2013, s. 906.

¹⁸ E. Hryniewicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2013, s. 903; R. Widzisz, *Odpowiedzialność za naruszenie bezpieczeństwa i higieny pracy w świetle art. 220 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo”, Nr 4/2005 s. 85.

¹⁹ Dz. U. Nr 109, poz. 704 ze zm. Odmienne, opowiadając się za możliwością zaliczenia do kręgu sprawców czynu z art. 220§1 kk. osób pełniących funkcje kontrolne i nadzorcze z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy: D. Szeleszczuk, (w:) A. Grześkowiak (red.), K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1016.

nia czynności z zakresu bhp przez niektórych pracowników, dochodzi do faktycznej modyfikacji odpowiedzialności pracodawcy przez przekształcenie jej z samodzielnego wykonywania czynności związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i higieny pracy na nadzór nad ich wykonywaniem przez inne osoby. W ślad za taką delegacją obowiązków następuje przeniesienie odpowiedzialności z art. 220§1 kk. w przeważającym zakresie na podmiot nie będący pracodawcą, przy pozostawieniu po stronie pracodawcy obowiązków obejmujących: wybór podmiotu, który będzie zdolny do dbania o bezpieczeństwo i higienę pracy, uwzględniając specyfikę danego zakładu pracy, zapewnienie temu podmiotowi możliwości wywiązania się z tego obowiązku (np. przez finansowanie zgłaszanego zapotrzebowania na zakup środków ochrony osobistej), a także: okresowe samodzielne badanie, czy zachowane są wymogi bhp i reagowanie na bieżące zgłoszenia nieprawidłowości w tym zakresie. Chociaż art. 207§1 kp. wydaje się jednoznacznie przypisywać odpowiedzialność z art. 220§1 kk. pracodawcy, gdy zostaną wypełnione ustawowe znamiona tego czynu zabronionego, to przy przypisywaniu tej odpowiedzialności konieczne jest uwzględnienie specyfiki prawa karnego w postaci wykazania, że sprawcy można przypisać zawinione przez niego naruszenie reguł postępowania (tzw. reguł ostrożności) obowiązujących w danych okolicznościach. W razie wykazania, że sprawca zachował się rozsądnie i ostrożnie (zapewnił wykonywanie obowiązków z zakresu bhp przez kompetentny podmiot i nadzorował ich wykonywanie), a mimo tego doszło do ich naruszenia powodującego zagrożenie zdrowia i życia pracowników, pracodawca nie poniesie odpowiedzialności karnej z art. 220§1 kk. Nie wyklucza to poniesienia takiej odpowiedzialności przez osoby, które przyjęły na siebie zapewnienie wykonywania tych obowiązków przez innych pracowników²⁰.

Art. 207§1 k.p. w kontekście art. 220§1 kk. stanowi zatem regulację o charakterze gwarancyjnym i subsydiarnym. Gwarancyjny charakter ustawowego wskazania na podmiot odpowiedzialny określa punkt wyjścia do poszukiwania jednostki, której można postawić zarzut niewywiązania się z wykonywania wskazanych obowiązków, jeżeli pracodawca prawidłowo wywiąże się ze swoich obowiązków nadzorczych. Przypisanie to czyni także pracodawcę subsydiarnie odpowiedzialnym za niewywiązanie się z wykonywania obowiązków z zakresu bhp w razie ustalenia, że wymóg ich wykonywania (i w ślad za tym odpowiedzialność związana z ich niewykonaniem) nie został skutecznie przeniesiony

²⁰ Zob. orzeczenia Sądu Najwyższego dotyczące podstaw przypisania pracodawcy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia naruszające prawa pracownika: wyrok SN z 19.9.2000 (V KKN 183/98, LEX nr 50969), wyrok SN z 23.9.2009 (IV KK 66/09, OSNK 2009, Nr 1, poz. 1887).

na inny podmiot, który przy uwzględnieniu aspektów faktycznych i prawnych, mógł się z wykonywania tych obowiązków prawidłowo wywiązać.

Niekiedy ustawodawca, dopuszczając delegowanie części obowiązków na inny podmiot, np. na pracownika jednostki, zastrzega jednocześnie, że delegowanie to nie zwalnia podmiotu delegującego z odpowiedzialności za wykonywanie tych obowiązków przez inną osobę. Przykładem takiej regulacji jest art. 4 ust. 5 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości²¹, zgodnie z którym kierownik jednostki ponosi odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków w zakresie rachunkowości określonych ustawą, w tym z tytułu nadzoru, również w przypadku, gdy określone obowiązki w zakresie rachunkowości – z wyłączeniem odpowiedzialności za przeprowadzenie inwentaryzacji w formie spisu z natury – zostaną powierzone innej osobie za jej zgodą. Tym samym, niezależnie od wiedzy z zakresu rachunkowości oraz zakresu pozostałych obowiązków kierownika jednostki, ów kierownik nie ma możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności za czyn z art. 77 ust. 1 i 2 ustawy o rachunkowości przez powierzenie prowadzenia ksiąg rachunkowych czy sporządzania sprawozdań finansowych innej wykwalifikowanej osobie. Pisemne przyjęcie obowiązków przez np. księgową jednostki, powoduje jedynie rozszerzenie odpowiedzialności za ww. czyny zabronione nadto na tę księgową²². W zakresie przeniesienia odpowiedzialności karnej na inny podmiot ustawa przewiduje jedynie, na gruncie cytowanego art. 4 ust. 5 ustawy o rachunkowości, wskazanie osoby odpowiedzialnej za rachunkowość jednostki w ramach jej kierowniczego organu kolegialnego, zaznaczając, że jeżeli kierownikiem jednostki jest organ wieloosobowy, a nie została wskazana osoba odpowiedzialna, odpowiedzialność ponoszą wszyscy członkowie tego organu.

Przy delegowania obowiązków na inny podmiot należy każdorazowo zwrócić uwagę na to, czy sposobu delegacji, z punktu widzenia jej skuteczności, nie dookreśla ustawa. Skuteczność przeniesienia określonych obowiązków poza prawem karnym, które ma wszak charakter subsydiarny względem pozostałych dziedzin prawa, jest wiążące dla ustalania podmiotu odpowiedzialnego także na gruncie prawa karnego. Sytuacja taka ma miejsce na przykład na gruncie ustawy z 6.09.2001 r. Prawo farmaceutyczne²³, w której w zakresie sposobu wyzna-

²¹ Dz. U. Nr 121, poz. 591 ze zm.

²² Na temat możliwości zwolnienia osoby, której powierzono kontynuowanie prowadzenia ksiąg rachunkowych w trakcie roku obrotowego, zwalniając ją równocześnie z odpowiedzialności za poprawność danych wprowadzonych do ksiąg rachunkowych jednostki przez jej poprzednika, szerzej: A. Helin, *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 91–92.

²³ Dz. U. Nr 126, poz. 1381 ze zm.

czania przez kierownika apteki na czas jego nieobecności farmaceuty, który go zastąpi, wprowadzono wymóg zgodności ze regulacjami zawartymi w §11 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 18.10.2002 r. w sprawie podstawowych warunków prowadzenia apteki²⁴. Zgodnie z tą regulacją powierzenie zastępstwa kierownika apteki na okres dłuższy niż 30 dni wymaga powiadomienia w formie pisemnej wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego i okręgowej izby aptekarskiej. Taką sytuację przewidziano również w art. 4 ust. 5 ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym przyjęcie przez inną osobę odpowiedzialności za wykonywanie określonych ustawą obowiązków w zakresie rachunkowości powinno być stwierdzone w formie pisemnej.

6. Podsumowanie

Dokonany wyżej krótki przegląd sytuacji, w których możliwe jest przeniesienie na inną osobę obowiązków, z którymi łączy się odpowiedzialność mogąca, w skrajnych przypadkach, przyjąć formę odpowiedzialności karnej za ich niewypełnienie (np. art. 77 ustawy o rachunkowości) lub spowodowany w ten sposób stan rzeczy (art. 160 kk. czy art. 155 kk.), prowadzi do konieczności ich podsumowania i zbadania, czy delegacją obowiązków – i w konsekwencji przeniesieniem na inny podmiot odpowiedzialności karnej (i, odpowiednio, wykroczeniowej) za ich niewykonanie – rządzą jakieś jednolite reguły.

Zakres obowiązków związanych z zajmowaniem określonego stanowiska (przekładających się na ochronę dóbr prawnych przed określonymi zagrożeniami) może być ustalony przez strony w drodze umowy; w takim przypadku strony same regulują zakres obowiązków i odpowiedzialności skutecznie przejmowanych przez zleceniobiorcę. Nierzadko jednak zakres obowiązków związanych z pełnieniem określonej funkcji wymieniony jest szczegółowo w ustawie. Ustalenie zakresu uprawnień i obowiązków w drodze ustawy ma charakter gwarancyjny – wskazujący do jakiej funkcji przypisany jest zakres uprawnień i obowiązków chroniących przed wystąpieniem określonych zagrożeń. Niekiedy ustawodawca sam dostrzega konieczność przeniesienia wykonywania obowiązków na inny podmiot (np. w przypadku kierownika apteki na czas jego nieobecności) i reguluje tę kwestię; w niektórych przypadkach sam ustala dopuszczalny zakres przeniesienia odpowiedzialności na inny podmiot (np. w ustawie o rachunkowości). W wielu wypadkach nie reguluje jednak kwestii dopuszczalności przenoszenia obowiązków lub odpowiedzialności na inny podmiot, wiążąc wskazane przez

²⁴ Dz. U. Nr 187, poz. 1565 ze zm.

siebie w ustawie obowiązki (i odpowiedzialność za ich wykonanie) z określoną funkcją, uniemożliwiając w ten sposób przeniesienie tych obowiązków na inny podmiot, który funkcji tej nie pełni.

Powyższe nie oznacza jednak, że osoba pełniąca daną funkcję, której granice wyznacza ustawa, nie mogąc przenieść części obowiązków przypisanych tej funkcji na inną osobę, nie jest uprawniona do skutecznego przekazania innej osobie w y k o n y w a n i a części tych obowiązków. Stwierdzenie przez osobę pełniącą określoną funkcję, że nie jest ona w stanie samodzielnie wywiązać się ze wszystkich nałożonych na nią obowiązków, nie powinna skutkować rezygnacją z pełnienia przez nią danej funkcji. Niekiedy bowiem zakres obowiązków przypisanych do danego organu (nierzadko jednoosobowego) ma charakter gwarancyjny dla innych podmiotów, niemożliwy jednak do wypełnienia przez osobę pełniącą funkcję tego organu. Stąd wywiązanie się z obowiązków skutkujące brakiem negatywnych następstw zarówno poza prawem karnym, jak i na gruncie tego prawa, wymaga znalezienia osoby, która jest zdalna do wykonania części tych obowiązków i zadania tego się podejmie. Należy mieć przy tym naturalnie na uwadze ograniczenia ustawowe, które mogą się pojawić zarówno w zakresie formy (np. wymóg formy pisemnej, obowiązek zgłoszenia przekazania obowiązków określonego podmiotowi), jak i dopuszczalności zwolnienia się z odpowiedzialności przez podmiot delegujący swoje obowiązki (wobec podmiotów zewnętrznych). Generalnie można jednak stwierdzić, że to właśnie przekazanie części swoich obowiązków lub przynajmniej w y k o n y w a n i a części tych obowiązków innej osobie, kompetentnej do ich wykonania, stanowi zachowanie zgodne z regułami należytego postępowania (określanymi na gruncie prawa karnego jako: reguły ostrożności). Takie zachowanie, jeżeli ustawa wyraźnie go nie wyklucza, wywiera skutki na gruncie prawa karnego, zmieniając charakter odpowiedzialności za wykonanie określonych w ustawie obowiązków z: osobistej dbałości o wymagany przez ustawę stan, na: prawidłowy nadzór nad wykonywaniem określonych, związanych z tym obowiązków przez inny podmiot.

Jeżeli zatem podmiot zobowiązany, nie naruszając bezwzględnie obowiązujących regulacji ustawowych, przekazał część swoich obowiązków innej osobie, która posiada niezbędne kompetencje i uprawnienia do ich prawidłowego wykonania, a następnie niezwłocznie reagował – w ramach czynności nadzoru – na ewentualne wykryte nieprawidłowości przy wykonywaniu zleconych zadań (aż do ich odebrania zleceniobiorcy w przypadku rażących naruszeń), to nie naruszył zasad postępowania (ostrożnego zachowania) leżących u podstaw odpowiedzialności karnej. Celowościowa funkcja regulacji karnoprawnej w przypadku obowiązków związanych z zapobieżeniem określonym niebezpiecznym zdarzeniom, pozwala bowiem przyjąć, że podmiot zobowiązany ma przy użyciu

dostępnych środków nie dopuścić do ich nastąpienia, a nie sam osobiście im zapobiec. Stąd jeżeli przedsięwziął on racjonalne (zgodnie z zasadami bezpieczeństwa, np. zasadami bhp, zgodne z przepisami ustawy) środki do zapobieżenia wystąpieniu niepożądanego stanu rzeczy, nie może już, w szczególności na gruncie prawa karnego i prawa wykroczeń, odpowiadać za jego wystąpienie.

DELEGATION OF RESPONSIBILITY AND CRIMINAL LIABILITY

The issue raised in the article applies to determine whether it is possible to exempt from criminal liability of the person who sent to perform some duties associated with the law of its function performed by another person in the event of such failure to comply with these obligations by the person performing them, that results in the fulfillment of the criminal offense.

The relevance of issues raised due to the fact of being bound by the law of some functions such a wide range of duties that the reliable performance of all these duties by one person which performs this function, is not possible, which forces the transfer of some tasks to other people. No transfer in the wake of the criminal responsibility can lead to the situation where the person liable, despite exercising due diligence in the exercise of its functions, which is expressed in the transfer of some of responsibilities, which is not able to perform on his own to other competent bodies, can still be held criminally liable for their improper performance. This situation can cause that criminal liability would be in place of strictly individual responsibility, based on the guilt of the individual, to whom the requirements of a specific behavior were made, foreign to criminal liability responsibility for risk.

It should be noted that in some cases legal regulations explicitly exclude the possibility of exemption from liability by the transfer of certain tasks to a third party. Usually, however, there is no regulation in this area which allows for the analysis of the issues raised based on the assumptions underlying the criminal law.

The article analyzes the problem based on examples of regulation in civil law with particular emphasis on tort liability, commercial law, construction law, labor law, accounting law and pharmaceutical law. The conclusions indicated the extent to which effective transfer of responsibilities to another person or just entrust another person to perform certain duties assigned to the function of the person liable, may modify the scope of the criminal responsibility of the entity.

The raised issue of delegation of duties tested for formal reasons associated with this activity as well as one of the most important bases of criminal responsibility, which is a violation of the prudent (rational) behavior. Admissibility of delegating a part of one's duties to another entity does not eliminate the problem of criminal responsibility for failure to comply with them by the required person that whether wasn't diligent enough in choosing an entity to whom he passed his duties, or did not show even a small range of interest to the actual and proper execution of these duties by this entity.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1 (193) 2013
Warszawa 2013

Anna Błachnio-Parzych ■

SANKCJA KARNA A SANKCJA ADMINISTRACYJNA JAKO ŚRODEK PRZECIWDZIAŁANIA MANIPULACJI INSTRUMENTAMI FINANSOWYMI W WYBRANYCH KRAJACH EUROPEJSKICH¹

I. Wprowadzenie

Inspiracją do zbadania charakteru sankcji, jakie prawodawcy innych krajów przewidzieli w odpowiedzi na naruszenie zakazu manipulacji instrumentami finansowymi, była, generalizując, negatywna ocena decyzji w tym przedmiocie podjętej przez polskiego prawodawcę, dokonana w monografii „Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi”². W pracy tej zawarty był wprawdzie rozdział odnoszący się do regulacji prawnych obowiązujących w Wielkiej Brytanii, Niemczech oraz Stanach Zjednoczonych, czyli krajach posiadających wysoko rozwinięte rynki kapitałowe, jednak rozważania te służyły przede wszystkim pokazaniu różnych sposobów definiowania manipulacji. Natomiast dla oceny charakteru sankcji, która grozi sprawcy manipulacji, taka perspektywa była zbyt skromna.

¹ Studium powstało dzięki stypendium uzyskanemu w lipcu 2012 r. w Instytucie Maxa Plancka dla Prawa Karnego Zagranicznego i Międzynarodowego (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*) we Fryburgu Bryzgowijskim (Niemcy).

² A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011.

Dokonując wyboru krajów, których regulacje miały być pod tym względem poddane analizie, konieczne było wzięcie pod uwagę, że kraje członkowskie UE zobowiązane zostały do implementacji dyrektywy 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku)³, zwanej Dyrektywą Market Abuse. Mając to na uwadze, przyjęłam, że dla oceny decyzji polskiego prawodawcy znaczenie ma zestawienie jej z decyzjami prawodawców, na których ciążyły te same zobowiązania. Z drugiej strony, dzięki konieczności implementacji tej dyrektywy, istnieje także wspólna perspektywa, dla oceny przyjętego w tych krajach sposobu zwalczania manipulacji. Zgodnie z art. 14 ust. 1 Dyrektywy Market Abuse „Bez uszczerbku dla prawa Państw Członkowskich do nakładania sankcji karnych, Państwa Członkowskie zapewniają, zgodnie ze swoim prawem krajowym, możliwość podjęcia właściwych środków administracyjnych lub nałożenia sankcji administracyjnych na osoby odpowiedzialne za niestosowanie przepisów przyjętych w ramach wprowadzania w życie niniejszej dyrektywy. Państwa Członkowskie zapewniają, że środki te będą skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające.” Z przepisu tego wynika, iż prawodawca unijny, gdy chodzi o wybór sankcji o charakterze represyjnym, główny nacisk kładzie na sankcje administracyjne, a nie karne. Wprawdzie nadmieniam, że czyni to nie chcąc naruszać praw państw członkowskich do podejmowania decyzji o nakładaniu sankcji karnych, ale główna jego uwaga w tym przepisie skupiona została na środkach oraz sankcjach administracyjnych. Decydując o tym, jaki charakter ma mieć sankcja grożąca z tytułu naruszenia zakazu manipulacji oraz jaki ma być jej ciężar, prawodawca krajowy powinien wziąć pod uwagę jej skuteczność, proporcjonalność oraz możliwość odstraszenia od naruszania tego zakazu.

W konsekwencji powiązanie z naruszeniem zakazu manipulacji sankcji karnej lub administracyjnej stanowi wyraz określonego postrzegania w tych krajach manipulacji. Dzięki temu można również sformułować wnioski co do postrzegania przez prawodawców prawa karnego jako środka mogącego służyć zwalczaniu nadużyć na rynku kapitałowym, ewentualnie zakresu, w jakim może ono pełnić taką rolę. Warto również zwrócić uwagę na problemy, które powstają w niektórych krajach europejskich w związku z przyjęciem takiej strategii zwalczania manipulacji, która opiera się na wykorzystaniu obu wspomnianych reżimów odpowiedzialności.

Regulacje, które będą przedmiotem mojego zainteresowania, stanowią zatem efekt implementacji Dyrektywy Market Abuse. Dlatego zanim przejdę do ich omówienia, podkreślić należy założenia, jakie towarzyszyły przyjęciu tej dy-

³ Dz.Urz. UE L nr 96, 12.04.2003 ze zm.

rektywy. Stanowiła ona odpowiedź na sformułowany przez Komisję Europejską postulat przygotowania warunków dla wprowadzenia jednolitego rynku usług finansowych. Trafnie przyjęto, że warunkiem jego sprawnego funkcjonowania jest zaufanie, jakim obdarzają go uczestnicy rynku⁴. Nadużycia na rynku, zwłaszcza tak groźne, jak manipulacja instrumentami finansowymi, czy *insider trading* (ujawnienie, wykorzystanie informacji poufnej), prowadzą natomiast do naruszenia integralności tych rynków i utraty publicznego zaufania do tych instytucji.

Za potrzebą wprowadzenia tej dyrektywy przemawiało również pojawienie się nowych instrumentów finansowych oraz rozwój środków technicznych, w tym Internetu. Przyspieszyły one rozwój rynku, ale także zwiększyły ryzyko wystąpienia nadużyć rynkowych, umożliwiały działania o charakterze transgranicznym. Jednocześnie regulacje prawne obowiązujące wówczas w krajach członkowskich bardzo różniły się między sobą, przede wszystkim, gdy chodzi o zakres zachowań określanych mianem manipulacji, jak i charakter odpowiedzialności grożącej z tytułu dopuszczenia się takiego nadużycia. W konsekwencji owe różnice regulacji prawnych dotyczących granic dopuszczalnej aktywności na rynku powodowały niepewność uczestników rynku i mogły być wykorzystywane przez sprawców nadużyć.

Dyrektywa Market Abuse stanowić miała środek służący wzmocnieniu przejrzystości i integralności rynku usług finansowych. Centralnym pojęciem użytym w tej dyrektywie jest „nadużycie rynkowe”, które obejmuje zarówno manipulację instrumentami finansowymi, jak i *insider trading*. W związku z tematem artykułu w dalszych rozważaniach odnosić się będę jedynie do tych postanowień dyrektywy, które związane są z ochroną przed manipulacją. Przepis art. 1 ust. 2 dyrektywy określa, na czym polega manipulacja, natomiast jej art. 5 zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia zakazu manipulacji na rynku. Zawarto w niej także najważniejsze z perspektywy zakresu jej stosowania pojęcia, w szczególności pojęcie instrumentu finansowego, jak również zachowania, które nie są objęte zakazem manipulacji. Natomiast we wspomnianym już wcześniej art. 14 ust. 1 Dyrektywa Market Abuse zobowiązała państwa członkowskie do zapewnienia w prawie krajowym skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających środków zwalczania manipulacji.

⁴ Pkt 2 Preambuły do Dyrektywy *Market Abuse*.

II. Sankcje grożące z tytułu manipulacji instrumentami finansowymi w Polsce

Dyrektywa Market Abuse została implementowana do polskiego porządku prawnego nowelizacją z dnia 12 marca 2004 r.⁵ do ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁶. Wprowadziła ona do 97 i 177 wspomnianej ustawy zasadnicze zmiany dotyczące przeciwdziałania manipulacji. W niedługim czasie po jej uchwaleniu powstała konieczność dalszych zmian Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi wynikająca z implementacji kolejnych dyrektyw unijnych. W związku z tym 29 lipca 2005 r. Sejm uchwalił trzy nowe ustawy obejmujące swoim zakresem materię uregulowaną dotychczas w Prawie o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Były to: ustawa o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁷, ustawa o obrocie instrumentami finansowymi⁸ (zwana dalej uoif) oraz ustawa o nadzorze nad rynkiem kapitałowym⁹. Podział na trzy akty prawne uzasadniany był przez stronę rządową, będącą autorem projektów tych ustaw, potrzebą dostosowania prawa rynku kapitałowego do struktury prawa wspólnotowego dotyczącego tego przedmiotu.

Regulacje dotyczące zwalczania manipulacji zawarte zostały w ustawie o obrocie instrumentami finansowymi. Przepis art. 39 ust. 1 uoif zakazuje manipulacji, natomiast w kolejnych ośmiu punktach art. 39 ust. 2 uoif określone zostały typy zachowań stanowiących manipulację. Jeśli chodzi o reżim odpowiedzialności grożącej z tytułu naruszenia tego zakazu, to polski prawodawca przewidział zarówno odpowiedzialność karną, jak i administracyjną. Zgodnie z art. 183 ust. 1 uoif sprawca manipulacji, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 1-3, pkt 4 lit.a lub pkt 5-7 uoif podlega karze grzywny do 5.000.000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie. Naruszenie wymienionych w art. 183 ust. 1 uoif przepisów dotyczących określonych rodzajów manipulacji stanowi przestępstwo. Na podstawie art. 183 ust. 2 uoif odpowiedzialność karna grozi również osobie, która wchodzi w porozumienie z inną osobą mające na celu manipulację, o której mowa w wymienionych wcześ-

⁵ Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 64, poz. 594).

⁶ Dz. U. Nr 118, poz. 754 ze zm.

⁷ Dz. U. Nr 183, poz. 1539 ze zm.

⁸ Dz. U. Nr 183, poz. 1538 ze zm.

⁹ Dz. U. Nr 183, poz. 1537 ze zm.

niej przepisach. W przepisie tym przewidziana została łagodniejsza sankcja niż w art. 183 ust. 1 uoif, gdyż jest to kara grzywny do 2.000.000 zł.

Natomiast zgodnie z art. 171 ust. 1 uoif na osobę, która dopuści się manipulacji, o której mowa w art. 39 ust. 2 pkt 4 lit. b lub pkt 8 uoif (przepisy te dotyczą manipulacji polegającej na rozpowszechnianiu informacji) Komisja Nadzoru Finansowego może nałożyć karę pieniężną w wysokości do 200.000 zł lub karę pieniężną do wysokości dziesięciokrotności uzyskanej korzyści majątkowej albo obie te kary łącznie. Podobnie, jak w przypadku manipulacji, która karana jest jako przestępstwo, także w odniesieniu do zachowań wymienionych w art. 172 ust. 1 uoif przewidziana została odpowiedzialność za wejście w porozumienie mające na celu dokonanie manipulacji (art. 172 ust. 2 uoif).

Prezentacja tych regulacji prowadzi do wniosku, że polski prawodawca głównym środkiem zwalczania manipulacji uczynił prawo karne. Jedynie w odniesieniu do dwóch rodzajów zachowań opisanych w art. 39 ust. 2 uoif przewidział odpowiedzialność administracyjną. A zatem pomimo tego, że z art. 14 Dyrektywy Market Abuse nie wynika obowiązek powiązania z naruszeniem zakazu manipulacji sankcji karnych, to one stały się dominującym środkiem walki z manipulacją. Abstrahując od trafności bądź nietrafności tej decyzji, lektura uzasadnienia do projektu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi nie dowodzi tego, by podejmując taką decyzję, prawodawca rozważył, że w odniesieniu do wymienionych wcześniej rodzajów zachowań sankcja karna jest środkiem skutecznym, proporcjonalnym i odstrasającym¹⁰.

III. Sankcje grożące z tytułu manipulacji instrumentami finansowymi w wybranych krajach europejskich

Wybór krajów europejskich, których regulacje poddane zostały analizie z perspektywy sankcji grożących z tytułu naruszenia zakazu manipulacji podyktowany został następującymi kryteriami. Przede wszystkim konieczne było przedstawienie tych krajów członkowskich, które posiadają wysoko rozwinięte rynki kapitałowe, a mianowicie: Wielkiej Brytanii, Niemczech, Francji i Austrii. W związku z tym, że punktem odniesienia dla rozważań dotyczących sankcji grożących z tytułu manipulacji są rozwiązania przyjęte przez polskiego prawodawcę, konieczne było uzupełnienie tego obrazu o prezentację przepisów stanowiących implementację Dyrektywy Market Abuse w krajach, które łączy

¹⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3982/\\$file/3982.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3982/$file/3982.pdf) (dostęp 14.03.2013 r.).

z Polską nie tylko bliskość geograficzna, ale również podobieństwo doświadczeń związanych z koniecznością zmierzenia się z potrzebą zmian politycznych, społecznych i gospodarczych, które miały miejsce w latach 90-tych. XX w. Dlatego przedstawione zostały również regulacje obowiązujące w: Bułgarii, Czechach, na Litwie i Słowenii. Obok wysokości kar pieniężnych określonych w walucie danego kraju, podane one zostały, dla łatwiejszego porównania, również w PLN, według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego z dnia 21 czerwca 2013 r.

Regulacje obowiązujące w wymienionych krajach europejskich przedstawione zostaną w grupach, dla wyróżnienia których znaczenie miał dokonany przez ich prawodawców wybór reżimu odpowiedzialności. Pierwszą grupę stanowią te kraje, których prawodawcy ograniczyli się do jednego reżimu odpowiedzialności. Będzie to reżim odpowiedzialności administracyjnej, gdyż w żadnym z tych krajów nie zdecydowano się na powiązanie z naruszeniem zakazu manipulacji wyłącznie odpowiedzialności karnej. Drugą grupę stanowią kraje, w których funkcjonuje jednocześnie reżim odpowiedzialności administracyjnej i karnej.

III.1. Sankcja administracyjna jako wyłączna sankcja z tytułu naruszenia zakazu manipulacji

Do pierwszej, wyróżnionej spośród badanych krajów, grupy należą: Austria, Bułgaria, Czechy i Słowenia. W prawie austriackim źródłem przepisów dotyczących ochrony przed manipulacją instrumentami finansowymi jest przede wszystkim austriacka ustawa giełdowa z dnia 8 listopada 1989 r. (*Gesamte Rechtsvorschrift für Börsengesetz*, zwana dalej *BörseG*)¹¹. Organem nadzoru nad rynkiem kapitałowym jest *Finanzmarktaufsicht*, zwana w skrócie FMA. W prawie bułgarskim źródłem przepisów dotyczących zwalczania manipulacji jest ustawa z dnia 17 października 2006 r. o środkach przeciwdziałania nadużyciom rynkowym dotyczącym instrumentów finansowych (*Закон срещу пазарните злоупотреби с финансови инструменти*, zwana dalej ustawą bułgarską)¹². Aktem prawnym regulującym w Czechach obrót instrumentami finansowymi oraz związane z nim problemy przeciwdziałania nadużyciom rynkowym, takim jak manipulacja, jest ustawa o funkcjonowaniu rynku kapitałowego (*Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*, zwana dalej ZPKT)¹³. Organem pełniącym

¹¹ Opublikowana w *Bundesgesetzblatt* Nr 555/1989 ze zmianami.

¹² Opublikowana w *Държавен вестник* nr 84 z dnia 17 października 2006 ze zmianami.

¹³ Opublikowana w *Sbírka zákonů* nr 256/2004 ze zmianami.

nadzór nad rynkiem kapitałowym w Czechach jest Czeski Bank Narodowy. Natomiast w prawie słoweńskim przepisy dotyczące zwalczania manipulacji instrumentami finansowymi przewidziane zostały w ustawie z dnia 27 lipca 2007 r. o instrumentach finansowych (*Zakon o trgu finančnih instrumentov*, zwana dalej ZTFI)¹⁴.

W Austrii, Bułgarii i Słowenii zachowania stanowiące manipulację opisane zostały w podobny sposób. W kolejnych punktach art. 48 a ust. 1 BörseG jako manipulacja określone zostały zachowania wymienione w art. 1 ust. 2 a-c Dyrektywy Market Abuse, czyli manipulacja (manipulacja cenowa, transakcje fikcyjne, manipulacja poprzez rozpowszechnianie informacji). Podobnie opisana została manipulacja w art. 6 ust. 1 ustawy bułgarskiej oraz art. 374 ZTFI.

Inaczej natomiast została opisana manipulacja w prawie czeskim. Ustawodawca tego kraju sformułował w art. 126 ust. 1 ZTFI ogólny opis manipulacji składający się z dwóch rodzajów zachowań, które nie korespondują z opisami zawartymi w art. 1 ust. 2 a-c Dyrektywy Market Abuse w tak ścisły sposób, jak ma to miejsce w regulacji austriackiej, bułgarskiej i słoweńskiej¹⁵. Natomiast w art. 126 ust. 2 ZTFI wymienił zachowania, które powinny być uważane za manipulację, a które nawiązują do opisu zachowań określonych w art. 1 ust. 2 a-c Dyrektywy Market Abuse.

Przechodząc do sankcji grożącej z tytułu popełnienia manipulacji, to w prawie austriackim, zgodnie z art. 48c BörseG, zagrożona jest ona karą pieniężną w wysokości do 75.000 EUR (324.750 PLN). FMA orzeka również o przepadku zysków wynikających z takiego zachowania. Przepis ten jednak nie znajduje zastosowania, jeśli zachowanie to wypełnia jednocześnie znamiona przestępstwa.

Zgodnie z art. 40 ust. 1 pkt 3 ustawy bułgarskiej manipulacja zagrożona jest karą od 20.000 BGN (44.200 PLN) do 50.000 BGN (110.500 PLN), jeśli czyn ten nie stanowi przestępstwa. W razie powtarzającego się deliktu, jego popełnienie zagrożone jest karą od 50.000 BGN (110.500 PLN) do 100.000 BGN (221.000 PLN). Na podstawie art. 39 ust. 4 analizowanej ustawy środki nabyte w wyniku jednego z wymienionych w tej ustawie deliktów mogą być skonfiskowane na rzecz Skarbu Państwa, w zakresie, w jakim nie mogą być przekazane osobom poszkodowanym. Dla odpowiedzialności z tytułu manipulacji istotny

¹⁴ Opublikowana w *Uradni list Republike Slovenije* nr 67/2007 ze zmianami.

¹⁵ Zgodnie z art. 126 ust. 1 ZTFI manipulacja rynkowa oznacza zachowanie, które mogłoby:

a) zniekształcić („*zkreslit*”) wyobrażenie („*představu*”) uczestników rynku o wartości, podaży lub popycie w odniesieniu do instrumentu finansowego;

b) w inny sposób zniekształcić cenę instrumentu finansowego.

jest również art. 40 ust. 4 analizowanej ustawy, zgodnie z którym odpowiedzialność poniesie także osoba, która pomaga, zachęca do popełnienia manipulacji lub ukrywa fakt popełnienia tego czynu. Rozmiar kary zależeć ma od charakteru i rozmiaru jej zaangażowania.

W prawie czeskim na osobę fizyczną lub osobę prawną naruszającą zakaz manipulacji może być nałożona kara pieniężna w wysokości do 20.000.000 CZK (3.400.000 PLN) – art. 179–180 ZPKT. Deliktem administracyjnym zagrożonym równie surową karą jest także naruszenie obowiązków notyfikacyjnych dotyczących podejrzenia manipulacji. Na osobę fizyczną lub prawną, która naruszy obowiązek, o którym mowa w art. 126 ust. 5 ZPKT, czyli nie dokona notyfikacji podejrzenia lub nie zachowa tego faktu w tajemnicy, może być nałożona kara w tej samej wysokości, co z tytułu manipulacji, czyli 20.000.000 CZK (3.400.000 PLN).

Natomiast prawodawca słoweński zdecydował w art. 566 ust. 3 ZTFI, że osobie fizycznej dopuszczającej się manipulacji grozi kara pieniężna w wysokości od 130 EUR (562,9 PLN) do 1.200 EUR (5.196 PLN). Na podstawie art. 566 ust. 1 pkt 3 ZTFI na podmiot zbiorowy dopuszczający się manipulacji lub w jakikolwiek sposób uczestniczący w manipulacji może być nałożona kara pieniężna w wysokości od 25.000 EUR (108.250 PLN) do 125.000 EUR (541.250 PLN). Natomiast kara pieniężna w wysokości od 800 EUR (3.464 PLN) do 4.100 EUR (17.753 PLN) może być nałożona na osobę odpowiedzialną za takie zachowanie w strukturze podmiotu zbiorowego. Jeśli jednak mamy do czynienia ze szczególnie rażącym naruszeniem prawa, wzięwszy pod uwagę spowodowaną nim szkodę lub wielkość osiągniętego zysku lub gdy zachowaniu sprawcy towarzyszyła chęć osiągnięcia zysku, na sprawców manipulacji może być nałożona wyższa kara pieniężna. Odnośnie do osób fizycznych jej wysokość wynosi od 400 EUR (1.732 PLN) do 3.600 EUR (15.588 PLN), podmiotów zbiorowych od 41.000 EUR (177.530 PLN) do 370.000 EUR (1.602.100 PLN), a osób odpowiedzialnych w ramach podmiotów zbiorowych 2.500 EUR (10.825 PLN) do 12.000 EUR (51.960 PLN).

Podsumowując, na uwagę zasługuje zróżnicowanie, w niektórych z omawianych krajów, wysokości sankcji administracyjnej w postaci kary pieniężnej w zależności od tego, czy odpowiedzialna jest osoba fizyczna, czy – używając terminologii przyjętej w prawie polskim – podmiot zbiorowy. W krajach tych nie jest możliwy zbieg odpowiedzialności administracyjnej i karnej z tytułu manipulacji, gdyż jest ona karana jedynie jako delikt administracyjny. Możliwa jest jednak sytuacja, gdy zachowanie wypełniające znamiona deliktu administracyjnego określonego jako manipulacja, wypełniać będzie jednocześnie znamiona typu przestępstwa, które nie jest przestępstwem manipulacji, np. jedne-

go z przestępstw przeciwko ochronie informacji. W niektórych z omawianych krajów (np. w Austrii) wprowadzono regulacje wykluczające taki zbieg, poprzez wyłączenie w takiej sytuacji odpowiedzialności administracyjnej za manipulację. Sprawca ponosi wówczas odpowiedzialność jedynie za przestępstwo.

III.2. Sankcja administracyjna i sankcja karna jako konsekwencje naruszenia zakazu manipulacji

Analiza regulacji tych krajów, w których systemach prawnych przewidziana została zarówno odpowiedzialność karna, jak i administracyjna z tytułu naruszenia zakazu manipulacji prowadzi do wniosku, że występują w nich dwie różne strategie zwalczania manipulacji. Pierwsza zakłada szeroki zakres odpowiedzialności, która ma charakter odpowiedzialności administracyjnej. Sprawców niektórych zachowań wypełniających znamiona czynów zagrożonych sankcją administracyjną, spotkać może jednak odpowiedzialność karna. W tym przypadku jednak opis zachowania wzbogacony został przez prawodawcę krajowego o wymagające wykazania takie elementy tego zachowania, które świadczą o jego większej naganności lub szkodliwości. Takie podejście do zwalczania manipulacji przewidziane zostało w systemie prawnym brytyjskim, francuskim, litewskim i niemieckim.

Drugie rozwiązanie polega na funkcjonowaniu obok siebie reżimu odpowiedzialności administracyjnej i karnej z tytułu naruszenia zakazu manipulacji. Sprowadza się ono do powiązania z niektórymi zachowaniami określonymi mianem manipulacji wyłącznie sankcji administracyjnej, a z innymi wyłącznie sankcji karnej. Do krajów tych należy Polska.

Mając na uwadze, że regulacje w zakresie zwalczania manipulacji obowiązujące w Polsce zostały już wcześniej omówione, w dalszej części zaprezentowane zostaną regulacje krajów, w których reżimy odpowiedzialności administracyjnej i karnej z tytułu manipulacji pokrywają się w pewnym zakresie.

Na marginesie zaznaczyć należy, że analizując regulacje obowiązujące w tej grupie państw, konieczne było zwrócenie większej uwagi na sposób opisu manipulacji karanej jako przestępstwo, gdyż opis zachowań, z którymi wiąże się sankcja administracyjna, podobnie jak ma to miejsce w regulacjach krajów, w których prawodawcy zdecydowali się na zwalczanie manipulacji wyłącznie przy pomocy reżimu odpowiedzialności administracyjnej, stanowi niemal powtórzenie art. 1 ust. 2 pkt a-c Dyrektywy Market Abuse.

III.2.1. Sankcja administracyjna

Przepisy służące zwalczaniu manipulacji prawodawca brytyjski zawarł w ustawie *Financial Services and Markets Act 2000* (zwanej dalej FSMA)¹⁶, która została znowelizowana w dniu 1 lipca 2005 r. w celu implementacji Dyrektywy Market Abuse. Ostatnia ważna nowelizacja tej ustawy dokonana została ustawą *Financial Services Act 2012*¹⁷.

Jeśli chodzi o reżim administracyjny, to kluczowe dla jego analizy jest określenie, co oznacza sformułowanie „nadużycie rynkowe”. Na pojęcie nadużycia rynkowego składają się: wykorzystanie informacji poufnej (art. 118 ust. 2 FSMA), ujawnienie informacji poufnej (art. 118 ust. 3 FSMA), niewłaściwe wykorzystanie („misuse”) informacji poufnej (art. 118 ust. 4 FSMA), transakcje manipulacyjne (art. 118 ust. 5 FSMA), użycie środków o charakterze manipulacyjnym (art. 118 ust. 6 FSMA), rozpowszechnianie informacji służących przekazaniu fałszywego lub wprowadzającego w błąd wrażenia (art. 118 ust. 7 FSMA), zniekształcenie obrazu rynku (art. 118 ust. 8 FSMA). „Nadużycie rynkowe” jest zatem pojęciem szerokim (jedynie regulacje zawarte w art. 118 ust. 5–8 FSMA dotyczą manipulacji), które odpowiada tożsamemu pojęciu na gruncie art. 1 ust. 2 pkt a-c Dyrektywy Market Abuse.

Na osobę dopuszczającą się jednego z wymienionych wcześniej nadużyć rynkowych może być nałożona przez FCA kara finansowa w wysokości, którą organ ten uzna za odpowiednią (art. 123 ust. 1a FSMA). Zgodnie z art. 123 ust. 3 FSMA, organ nadzoru może zamiast nałożenia kary na podstawie art. 123 ust. 1 FSMA, opublikować oświadczenie stwierdzające, że dana osoba dopuściła się nadużycia rynkowego. Jeśli jednak organ zamierza nałożyć karę, wydaje decyzję. Taka decyzja musi określać wysokość kary, a jeśli organ zdecyduje się na publikację oświadczenia, określać jego treść.

Jeśli chodzi o wymiar kary finansowej, to mimo że przepisy FSMA nie przewidują jej maksymalnej wysokości, organ nadzoru opiera się przy tym na wydanym przez siebie akcie zawierającym reguły dotyczące określenia wysokości nałożonej kary. Formułując reguły postępowania w tym zakresie, organ bierze pod uwagę, jaki wpływ nadużycie miało na rynek i jaki był stopień tego wpływu. Zgodnie z art. 124 ust. 2 FSMA znaczenie ma również to, do jakiego stopnia zachowanie to było zamierzone lub stanowiło wynik nieostrożności oraz okoliczność, że podmiot, na który ma być nałożona kara, jest osobą fizyczną. W akcie tym określone są również okoliczności brane pod uwagę przy ocenie, czy okre-

¹⁶ Opublikowana w UK Public General Acts 2000 rozdział 8, ze zmianami.

¹⁷ Opublikowana w UK Public General Acts 2012 rozdział 21.

ślony podmiot pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż jego zachowanie nie stanowi nadużycia rynkowego oraz czy przedsięwziął należyte środki ostrożności, aby uniknąć nadużycia rynkowego (art. 124 ust. 3 FSMA)¹⁸.

W prawie francuskim, Księga VI Regulacji Ogólnych AMF (*Règlement général de l'Autorité des marchés financiers*)¹⁹ poświęcona została nadużyciom rynkowym, czyli zachowaniom stanowiącym insider trading oraz manipulację. W przepisach art. 631–1 i 632–1 wspomnianej ustawy zawarto opis zachowań stanowiących manipulację odpowiadający art. 1 ust. 2 pkt a-c Dyrektywy Market Abuse.

Jeśli chodzi natomiast o konsekwencje zachowań niezgodnych z wymienionymi przepisami, to w efekcie postępowania stwierdzającego dopuszczenie się jednego z nich AMF może zastosować środki przewidziane w przepisach Kodeksu pieniężnego i finansowego (*Code monétaire et financier* – zwanego dalej COMOFI)²⁰. Są to:

- nakaz powstrzymania się od praktyk, które są sprzeczne z prawem oraz regulami zawodowymi, których celem jest ochrona inwestorów przed *insider trading*, manipulacją cenową oraz rozpowszechnianiem fałszywych informacji, bądź praktykami, które zagrażają ochronie inwestorów lub właściwemu funkcjonowaniu rynku (decyzja o nałożeniu tej sankcji może zostać opublikowana, art. L 621 – 14-1 COMOFI);
- sankcje mające charakter dyscyplinarny, które nakładane są na podmioty świadczące usługi na rynku, ostrzeżenie, nagana lub czasowy: bądź stały zakaz świadczenia określonych usług (decyzja o nałożeniu tych sankcji może zostać opublikowana, art. L 621-15-3 COMOFI);
- sankcje pieniężne (art. L 621-15 – 3 COMOFI).

AMF może również wnioskować do sądziego o wydanie nakazu czasowego zawieszenia wykonywania zawodowej działalności, jak również o ustanowienie zarządu nad funduszami, papierami wartościowymi lub prawami należącymi do danej osoby, bez względu na to, w czym znajdują się one posiadaniu (art. L 621 – 13 COMOFI). Poza tym AMF może wnieść do sądu o wydanie nakazu określonego postępowania zgodnego z prawem i powstrzymania się od zachowań stanowiących nieprawidłowości albo wyeliminowanie efektów takich zachowań. Nakazowi takiemu towarzyszy nałożenie kary pieniężnej za każdy dzień niezastosowania się do nakazu (art. L 621-14-2 COMOFI).

¹⁸ FSA Handbook, zob. <http://fsahandbook.info/FSA/index.jsp> (dostęp 14.03.2013 r.).

¹⁹ Zatwierdzone dekretem z dnia 12 listopada 2004 r., opublikowane w *Journal officiel* z dnia 24 listopada 2004, ze zmianami.

²⁰ <http://www.legifrance.gouv.fr> (dostęp 14.03.2013 r.).

Przewidziana została także sankcja mająca charakter środka zapobiegawczego. Polega ona na natychmiastowym zawieszeniu w działalności zawodowej do czasu rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego przez AMF (art. L 621-15 COMOFI). Jeśli chodzi natomiast o sankcję o charakterze pieniężnym, to AMF może nałożyć karę pieniężną w wysokości do 1.500.000 EUR albo do dziesięciokrotności zysków osiągniętych w wyniku naruszenia zakazu manipulacji (art. L 621-15-3 COMOFI). Dostrzegając, że istnieje podejrzenie, iż zachowanie, którego dotyczy prowadzone postępowanie wypełnia znamiona przestępstwa, AMF zawiadamia o tym prokuratora (art. L 621 – 15- 1 COMOFI).

W prawie litewskim ustawą stanowiącą źródło przepisów regulujących funkcjonowanie rynku kapitałowego jest ustawa z dnia 18 stycznia 2007 r. nr X-1024 o rynku instrumentami finansowymi (*Lietuvos Respublikos Finansiniu Priemoniu Rinku Istatymas*, zwana dalej FPR)²¹. Zakazowi manipulacji został poświęcony art. 63 tej ustawy. Wyróżnione w nim zostały trzy rodzaje zachowań których opis stanowi niemal powtórzenie przepisów Dyrektywy Market Abuse.

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia obowiązków zawartych w art. 63 FPR (w tym zakazu manipulacji) ma charakter odpowiedzialności administracyjnej. Na sprawcę manipulacji organ nadzoru może nałożyć sankcje w postaci: wydania ostrzeżenia dotyczącego nieprawidłowości lub sprzeczności z prawem zachowań i określenie czasu, w którym powinny być one wyeliminowane; nałożenia kary pieniężnej; wskazania czasowego przedstawiciela organu nadzoru, który będzie sprawował nadzór nad działalnością danego podmiotu; nałożenia obowiązku zmiany w firmie brokerskiej osoby zarządzającej; zawieszenia ważności licencji dotyczącej jednej, kilku lub wszystkich usług finansowych (przy czym czas owego zawieszenia trwać może maksymalnie do 5 dni, w tym czasie organ nadzoru podejmuje decyzję o tym, czy licencja w przedmiocie tych usług zostanie przywrócona); uchylecia licencji na jedną, kilka lub wszystkie usługi finansowe. Na osoby fizyczne mogą natomiast zostać nałożone kary przewidziane w Kodeksie deliktów administracyjnych²². Maksymalna wysokość kary pieniężnej, którą można nałożyć na osobę fizyczną, to 60.000 LTL (75.000 PLN).

Obowiązujący w prawie niemieckim zakaz manipulacji, podobnie jak w innych omawianych krajach należących do Unii Europejskiej, stanowi efekt implementacji do porządku krajowego Dyrektywy Market Abuse. W jej wyniku, ustawą z dnia 28 października 2004 r. o poprawie ochrony praw inwestorów, wprowadzono zmiany m.in. do art. 20a ustawy z dnia 26 lipca 1994 r. o obro-

²¹ Opublikowana w Valstybės žinių 2007 nr 17-627, ze zmianami.

²² *Lietuvos Respublikos Administracinių Teisės Pažeidimų Kodeksas*, opublikowany w Valstybės žinių 1985, nr 1-1, ze zmianami.

cie papierami wartościowymi (*Gesetz über den Wertpapierhandel*, zwana dalej WpHG)²³.

Wymieniony przepis zawiera zakaz manipulacji i określa zachowania stanowiące manipulację. W kolejnych jednostkach redakcyjnych art. 20a ust. 1 WpHG wymieniono zachowania odpowiadające opisowi zachowań określonych w art. 1 ust. 2 a-c Dyrektywy Market Abuse²⁴. Na podstawie art. 20a ust. 5 WpHG Minister Finansów został upoważniony do określenia w wydanej przez siebie regulacji m.in. okoliczności świadczących o popełnieniu manipulacji, jak również zachowań, które w żadnym przypadku nie powinny stanowić naruszenia zakazów, o których mowa w art. 20a ust. 1 pkt 1 WpHG²⁵.

Odpowiedzialność z tytułu naruszenia tych zakazów uregulowana została w art. 38 i art. 39 WpHG. Zgodnie z art. 39 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 WpHG deliktem administracyjnym jest naruszenie zakazu, o którym stanowi art. 20a ust. 1 pkt 2 oraz pkt 3 WpHG, z uwzględnieniem regulacji wynikających z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 20a ust. 5 WpHG. Na podstawie art. 39 ust. 2 pkt 11 WpHG deliktem jest również celowe lub lekkomyślne naruszenie art. 20a ust. 1 pkt 1 WpHG, czyli tzw. manipulacja poprzez rozpowszechnianie informacji. Przepis ten nakazuje również uwzględnić przy tym regulacje wynikające z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 20a ust. 5 WpHG. Zgodnie z art. 39 ust. 4 WpHG, popełnienie tych czynów zagrożone jest karą finansową w wysokości do miliona Euro.

III.2. 2. Sankcja karna

Jeśli chodzi o prawnokarne środki zwalczania manipulacji, to w prawie brytyjskim znamiona przestępstwa manipulacji określone zostały w art. 397 FSMA. Jego ust. 1 dotyczy manipulacji polegającej na rozpowszechnianiu informacji, a ust. 3 manipulacji poprzez transakcje.

Zgodnie z art. 397 ust. 1 FSMA przepis ten ma zastosowanie do osoby, która: a) wydaje oświadczenie, przyrzeczenie albo prognozę, o których wie, że są fałszywe albo wprowadzające w błąd; b) nieuczciwie ukrywa istotne

²³ Opublikowana w 1998 *Bundesgesetzblatt I*, s. 2708, ze zmianami.

²⁴ D. C. Zob. Donald, *Applying Germany's Market Manipulation Rules to Disruptive Trades on the Eurex and MTS Platform*, *German Law Journal*, 2005, vol. 6, nr 3, s. 658; G. Dreyling, *Die Umsetzung der Marktmissbrauchs-Richtlinie über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation*, *Der Konzern* 2005, nr 1, s. 4.

²⁵ Rozporządzenie z dnia 1 marca 2005 r. dotyczące definicji manipulacji rynkowej (*Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Marktmanipulation*, zwanym dalej jako MaKonV), opublikowane w 2005 *Bundesgesetzblatt I*, s. 515, ze zmianami.

okoliczności, które mają związek z wydawanym oświadczeniem, przyrzeczeniem czy prognozą czynioną przez tę osobę; c) lekkomyślnie wydaje oświadczenie, przyrzeczenie albo prognozę, która jest wprowadzająca w błąd, fałszywa, podstępna w istotnych jej szczegółach.

Odpowiedzialność karną ponosi z tytułu takiego zachowania ten, kto dopuszcza się jednego z takich zachowań w celu nakłonienia, bądź komu jest obojętne, czy to zachowanie nakłoni inną osobę do odpowiedzi na ofertę, złożenia oferty, powstrzymania się od takich zachowań albo do wykonania lub powstrzymania się od wykonania jakichkolwiek praw przyznanych jej w związku z inwestycją (w związku z posiadaniem określonego instrumentu finansowego). Użyte w art. 397 ust. 1 pkt c FSMA pojęcie „lekkomyślnie” oznacza oświadczenie złożone pochopnie, bez troski o to, czy istniał jakikolwiek fakt, na którym jest ono oparte²⁶. Gdy chodzi natomiast o element „nieuczciwości” wymagany w wykazaniu popełnienia czynu określonego w art. 397 ust. 1 pkt b FSMA, to w literaturze przywoływany jest wynikający z orzecznictwa tzw. test obiektywny odnoszący się do przeciętnych standardów postępowania rozsądnej i uczciwej osoby²⁷. Osoba, której postawiono zarzut popełnienia czynu określonego w art. 397 ust. 1a FSMA, może uwolnić się od odpowiedzialności poprzez wykazanie, że oświadczenie, przyrzeczenie, prognoza były dokonane w zgodzie z regułami stabilizacji cen lub kontroli reguł informacyjnych.

Natomiast art. 397 ust. 3 FSMA odnosi się przede wszystkim do manipulacji poprzez transakcje. Przepis ten stanowi, że odpowiedzialność ponosi ten, kto dokonuje czynu albo angażuje się w pewien sposób postępowania, tworzący fałszywe lub wprowadzające w błąd „wrażenie” dotyczące rynku, ceny albo wartości określonej inwestycji, wówczas gdy dopuszcza się takiego zachowania w celu stworzenia wspomnianego „wrażenia” i w ten sposób zachęca inną osobę m.in. do nabycia, sprzedaży albo do powstrzymania się od tych działań lub realizacji praw wynikających z danej inwestycji. Odpowiedzialność takiej osoby może być wyłączona m.in. wówczas, gdy pozostawała w usprawiedliwionym przekonaniu, że jej postępowanie nie będzie miało takiego charakteru bądź gdy zaangażowała się w to postępowanie w celu stabilizacji cen i do tego zgodnie z regułami określającymi stabilizację. Popełnienie wymienionych w art. 397 FSMA czynów zagrożone jest karą do 7 lat pozbawienia wolności, grzywną, albo tymi karami łącznie.

²⁶ E. Avgouleas, *The Mechanics and Regulation of Market Abuse: A Legal and Economic Analysis*, Oxford University Press, 2005, s. 315.

²⁷ Ibidem.

W prawie francuskim podstawę ścigania manipulacji jako przestępstwa, stanowi art. L 465-2 COMOFI. Zgodnie z tym przepisem, przestępstwem jest dopuszczenie się bezpośrednio lub przy pomocy pośredników, zachowania mającego na celu utrudnienie normalnego funkcjonowania rynku regulowanego przez wprowadzenie innych w błąd lub usiłowanie takiego zachowania. Karana jako przestępstwo jest również manipulacja polegająca na publicznym rozpowszechnianiu w jakikolwiek sposób i przy użyciu jakichkolwiek środków, fałszywych lub wprowadzających w błąd informacji dotyczących przyszłej albo obecnej sytuacji emitenta papierów wartościowych notowanych na rynku regulowanym lub wystawcy instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na rynku, które mogłyby wpływać na ich cenę.

Z tytułu popełnienia przestępstwa określonego w art. L 465-2 COMOFI sprawcy grozi kara 2 lat pozbawienia wolności i grzywna 1.500.000 EUR, której wysokość może zostać podwyższona do dziesięciokrotności zysków, jakie przyniosło to zachowanie. Odnośnie do wysokości tej grzywny prawodawca wprowadził również regułę, że nie może być ona niższa niż zysk osiągnięty w wyniku takiego zachowania. Jeśliby zatem zysk ten był wyższy niż 1.500.000 EUR sąd nie może orzec grzywny na tym poziomie, ale co najmniej w wysokości zysku wynikającego z manipulacji.

Prawnokarna ochrona przed manipulacją ma w prawie litewskim ograniczony zakres. Zgodnie z art. 218 Kodeksu karnego (*Lietuvos Respublikos Baudžiamasis Kodeksas*)²⁸ przestępstwem jest manipulacja polegająca na zachowaniu, którego celem jest doprowadzenie do arbitralnego wzrostu lub spadku rynkowej ceny papierów wartościowych poprzez rozpowszechnianie fałszywych lub niezupełnych (niekompletnych) informacji dotyczących emitenta lub tych papierów wartościowych i spowodowanie w ten sposób znacznej szkody. Sprawcy grozi z tego tytułu kara ograniczenia wolności, grzywny lub pozbawienia wolności do lat 3.

W prawie litewskim przewidziano zatem także odpowiedzialność karną z tytułu manipulacji, ale dotyczy ona tylko jednego rodzaju zachowań definowanych jako manipulacja, a mianowicie manipulacji polegającej na rozpowszechnianiu informacji. Zachowania stanowiące tego rodzaju manipulację karane są również sankcją administracyjną. Prawodawca litewski wprowadził jednak odpowiedzialność karną jedynie w związku z zachowaniem podejmowanym w celu doprowadzenia do arbitralnego wzrostu lub spadku rynkowej ceny papierów wartościowych, którego konsekwencją będzie znaczna szkoda. Oznacza to, że zastosowanie prawa karnego do przeciwdziałania manipulacji ograniczono nie

²⁸ Opublikowany w Valstybės žinios_2000, nr 89-2741, ze zmianami.

tylko do jednego rodzaju zachowań manipulacyjnych, ale nawet w ramach tego rodzaju zachowań wprowadzono okoliczności, które zawężają zakres zastosowania sankcji karnych.

Natomiast prawodawca niemiecki w art. 38 ust. 2 WpHG uregulował odpowiedzialność karną z tytułu naruszenia zakazu manipulacji. Przepis ten stanowi, że każdy, kto celowo dopuszcza się naruszenia zakazów, o których mowa w art. 39 ust. 1 pkt 1, 2, art. 39 ust. 2 pkt 11 WpHG, i tym samym wywiera wpływ na krajową giełdę lub cenę rynkową instrumentu finansowego albo na cenę instrumentu finansowego notowanego na rynku regulowanym w innym kraju członkowskim Unii Europejskiej albo kraju, który jest stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym, podlega odpowiedzialności karnej. Czyn ten zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 5 lub karą grzywny.

IV. Wnioski

Zaprezentowane regulacje prawne dowodzą, że Dyrektywa Market Abuse doprowadziła do ujednolicenia sposobu definiowania w prawodawstwie krajowym zachowań stanowiących manipulację. Nie jest on wprawdzie głównym przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu, ale zestawienie regulacji obowiązujących w innych krajach europejskich pozwala na sformułowanie oceny na ich tle obowiązujących w Polsce przepisów służących zwalczaniu manipulacji. Polski prawodawca sformułował w art. 39 ust. 2 uoiF aż 8 jednostek redakcyjnych, w których opisał zachowania stanowiące manipulację. Przy czym zestawienie ich ze sposobem określenia manipulacji w innych państwach europejskich oraz w Dyrektywie MAD pokazuje, że obok jednostek redakcyjnych zawierających ogólną formułę (definicję) określonego rodzaju zachowań manipulacyjnych, w pozostałych punktach tego przepisu zawarte zostały przykłady zachowań mieszczących się w ogólnym opisie manipulacji.

W zaprezentowanych w niniejszym opracowaniu regulacjach najczęściej wyróżniane są trzy rodzaje zachowań stanowiących manipulację. Ogólnie określić można je jako: wprowadzające w błąd transakcje (kształtowanie sztucznej ceny); transakcje fikcyjne; rozpowszechnianie informacji. W regulacjach obowiązujących w omawianych krajach znaleźć można przepisy, które wskazują na przykłady zachowań stanowiących poszczególne rodzaje manipulacji. Taki sposób ujęcia relacji pomiędzy ogólnym opisem pewnego rodzaju zachowania a jego przykładem zapewnia większą przejrzystość regulacji i ułatwia jej wykładnię.

Przechodząc do głównego problemu będącego przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu, a mianowicie reżimu odpowiedzialności grożącej z ty-

tułu naruszenia zakazu manipulacji, to w związku z tym, iż art. 14 Dyrektywy Market Abuse pozostawiał prawodawcom krajowym wybór charakteru odpowiedzialności grożącej z tytułu naruszenia zakazu manipulacji, w tym zakresie pomiędzy krajami członkowskim UE istnieją znaczące różnice.

Regulacje obowiązujące w badanych krajach pozwoliły na wyróżnienie dwóch głównych strategii w zwalczaniu manipulacji. Pierwsza z nich polega na ograniczeniu się do jednego reżimu odpowiedzialności z tytułu naruszenia zakazu manipulacji. Prezentacja regulacji obowiązujących w 9 wybranych krajach pokazuje, że tym wyłącznym reżimem była odpowiedzialność administracyjna. Na takie rozwiązanie zdecydowali się prawodawcy: austriacki, bułgarski, czeski i słoweński. Uznali oni, że karanie manipulacji sankcją o charakterze administracyjnym jest wystarczające i dlatego ograniczyli się do ścigania tego rodzaju zachowań jako deliktów administracyjnych.

Druga strategia zwalczania manipulacji polega na posłużeniu się w tym celu zarówno sankcją o charakterze karnym, jak i administracyjnym. Kraje, w których z naruszeniem zakazu manipulacji powiązany jest zarówno reżim odpowiedzialności administracyjnej i karnej, można również podzielić na dwie grupy. Jeśli chodzi o Polskę, to te reżimy odpowiedzialności funkcjonują „obok siebie”. Odpowiedzialność karna oraz odpowiedzialność administracyjna powiązane są z naruszeniem zakazów odnoszących się do różnych rodzajów zachowań mieszczących się w zakresie pojęcia manipulacji. Innymi słowy, sankcją karną oraz sankcją administracyjną zagrożone jest naruszenie zakazów zachowań, które nie tylko zostały inaczej opisane przez prawodawcę, ale te opisy czynów odnoszą się do różnych kategorii zachowań stanowiących manipulację. Innymi słowami, kategorie zachowań, z którymi związana jest odpowiedzialność karna albo administracyjna, stanowią zbiory rozłączne.

Z kolei analiza regulacji prawnych obowiązujących w Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech i na Litwie prowadzi do wniosku, że mamy w tym przypadku do czynienia z sytuacją, gdy reżimy odpowiedzialności, karny i administracyjny, „zachodzą na siebie”. Na marginesie zauważyć należy, że na Litwie odpowiedzialność karna ograniczona została do manipulacji polegającej na rozpowszechnianiu określonych informacji. W tych krajach ze wszystkimi zachowaniami zdefiniowanymi w Dyrektywie Market Abuse jako manipulacja powiązana została odpowiedzialność o charakterze administracyjnym. Sankcja o takim charakterze stanowi zatem główny środek reakcji na naruszenie zakazu manipulacji. Natomiast sankcją karną zagrożone zostały zachowania, których opis, w stosunku do opisu zachowań stanowiących poszczególne rodzaje manipulacji zagrożone sankcją administracyjną, został określony w sposób wymagający udowodnienia pewnych jego specyficznych elementów. Mamy w tym przypadku do czynienia

z naruszeniem innej normy sankcjonowanej, gdyż prawodawcy powiązali odpowiedzialność karną z czynem inaczej opisanym. Od strony technicznej ma to postać sformułowania nowego opisu czynu (Wielka Brytania, Francja, Litwa) albo uzupełnienia o pewne elementy opisu czynu zagrożonego sankcją administracyjną (Niemcy). Bez względu jednak na technikę przyjętą przez prawodawców efekt ich pracy sprowadził się do wzbogacenia opisu czynu będącego przedmiotem odpowiedzialności karnej w stosunku do czynu, z którym związana była odpowiedzialność administracyjna, o takie elementy tego opisu (znamiona), które świadczą o większej jego naganności lub szkodliwości w stosunku do opisu czynu będącego podstawą odpowiedzialności administracyjnej. Tymi elementami są szczególnie cel zachowania sprawy oraz jego skutek.

Biorąc pod uwagę stopień rozwoju rynku kapitałowego, stwierdzić należy, że omawiane rozwiązanie, polegające na oparciu ochrony przed manipulacją jednocześnie na obu reżimach odpowiedzialności, przyjęte zostało w krajach wysoko rozwiniętych gospodarczo, wyjątkiem w tej grupie jest Litwa. Przyjęcie takiego rozwiązania prawnego może budzić jednak wątpliwości z perspektywy zasady *ne bis in idem*, czyli zakazu podwójnego karania za ten sam czyn. Możliwa formalnie jest sytuacja, gdy za to samo zachowanie określona osoba poniesie konsekwencje wynikające z reżimu odpowiedzialności administracyjnej i karnej. W odróżnieniu od innych sankcji administracyjnych przewidzianych z tytułu manipulacji, kara pieniężna określona w nadmienionym przepisie może być potraktowana, biorąc pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka, jako kara o charakterze represyjnym. Inne sankcje administracyjne, które wynikały z omówionych regulacji miały w większości przypadków charakter prewencyjny i naprawczy. Ich celem jest zapobieżenie występowania podobnego zachowania w przyszłości, np. poprzez eliminację określonej osoby z kręgu osób świadczących pewne usługi, czy restytucję stanu zgodnego z prawem, np. poprzez sądowy nakaz powstrzymania się od naruszających zakaz manipulacji praktyk. Przewidziane w omówionych regulacjach kary pieniężne, biorąc pod uwagę charakter czynu zagrożonego tą sankcją oraz jej cel i surowość, czyli kryteria wypracowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na tle wykładni pojęcia „sprawa karna” występującego w art. 6 ust. 1 EKPCz²⁹, mogłyby być uznane

²⁹ Zob. wyrok ETPCz w sprawie Engel i inni przeciwko Holandii z dnia 8 czerwca 1976 r., skarga nr 5100/71. Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004, s. 22–29. Co do sposobu rozumienia pojęcia „sprawy karnej” w orzecznictwie ETPCz zob. A. Błachnio-Parzych, *Sankcja administracyjna a sankcja karna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) *Sankcje administracyjne*, M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, (red.) Warszawa 2011, s. 666–672.

za świadczące o karnym charakterze odpowiedzialności formalnie uregulowanej jako administracyjna. Prowadziłoby to nie tylko do naruszenia zakazu podwójnego karania, w sytuacji, gdy sprawca poniósłby za ten sam czyn odpowiedzialność karną oraz zostałby ukarany karą pieniężną w postępowaniu administracyjnym, ale również świadczyło o konieczności zapewnienia w takim postępowaniu administracyjnym gwarancji procesowych właściwych dla „sprawy karnej” na gruncie art. 6 EKPCz. Postrzeganie tego problemu przez judykaturę oraz doktrynę tych krajów nie było celem niniejszego opracowania i wymagałoby podjęcia kolejnej pracy badawczej. Dlatego jedynie na marginesie podzielić należy się spostrzeżeniami dokonanymi przy okazji analizy charakteru odpowiedzialności grożącej z tytułu manipulacji. W krajach, w których wspomniane dwa reżimy odpowiedzialności „zachodzą” na siebie w pewnym zakresie, przyjęto rozwiązania, które określić można jako rozwiązania funkcjonalne, służące eliminacji sytuacji, w których sprawca będzie pociągnięty do odpowiedzialności za ten sam czyn w ramach tych dwóch reżimów odpowiedzialności, bądź eliminacji wynikających z tego konsekwencji.

W Wielkiej Brytanii organowi nadzoru nad rynkiem kapitałowym przyznane zostały uprawnienia dotyczące prowadzenia postępowania karnego m.in. w zakresie przestępstwa manipulacji określonego w art. 397 FSMA. Ten sam organ decyduje zatem, czy ścigać dane zachowanie jako przestępstwo manipulacji, czy jako nadużycie rynkowe, czy egzekwować odpowiedzialność w oparciu o te dwa reżimy odpowiedzialności. W literaturze wskazuje się, że FCA bierze przy tym pod uwagę stopień naruszenia prawa, powagę naruszonych zakazów lub nakazów, efekty naruszenia prawa. Znaczenie ma również to, czy zachowanie jest związane z „nieuczciwością” („*dishonesty*”)³⁰, co należy rozumieć jako natężenie złej woli sprawcy. Co istotne, z perspektywy zarysowanego problemu, jeżeli zachodzi możliwość ścigania danego zachowania jako przestępstwa, FCA bierze pod uwagę, czy podjęcie kroków zmierzających do egzekucji odpowiedzialności z tytułu nadużycia rynkowego nie przesądziłoby w nieuczciwy sposób o ocenie tego zachowania i nie uniemożliwiłoby jego obronę. Poza tym FCA obowiązana jest rozważyć, czy w związku z zakresem postępowania karnego i uprawnień sądu karnego celowe jest prowadzenie postępowania z tytułu nadużycia rynkowego³¹.

³⁰ B. Rider, K. Alexander, L. Linklater, S. Bazley, *Market Abuse and Insider Dealing*, 2nd edition, Haywards Heath 2009, s. 231.

³¹ Ibidem. Warto również podkreślić, że brytyjskie Ministerstwo Skarbu uprawnione jest do opracowania przewodnika („*guidance*”), aby pomóc właściwym organom w podejmowaniu decyzji co do podjęcia określonych kroków w sytuacji, gdy w związku z danym zachowaniem zachodzi możliwość zastosowania art. 123 FSMA (czyli przepisu

Natomiast w odniesieniu do Francji, warto zwrócić uwagę na decyzję z dnia 28 lipca 1989 r. francuskiej Rady Konstytucyjnej (Nr 89-260 DC)³². Wprawdzie stwierdziła ona, że zakaz *ne bis in idem* nie ma zastosowania w przypadku zbiegu odpowiedzialności karnej i administracyjnej, ale problem ten nadal budzi wiele kontrowersji³³. Co istotne, z perspektywy minimalizacji negatywnych konsekwencji wynikających z podwójnego ukarania za ten sam czyn, Rada Konstytucyjna zastrzegła w tej decyzji, że suma orzeczonych kar pieniężnych w ramach tych dwóch reżimów odpowiedzialności nie może przekroczyć maksymalnej kary przewidzianej za tego rodzaju zachowanie, bez względu na rodzaj reżimu odpowiedzialności. Zwrócenia uwagi wymaga także okoliczność, że postępowanie prowadzone przed francuskim organem nadzoru nad rynkiem kapitałowym, czyli *Autorité des marchés financiers* – AMF, postrzegane jest jako wypełniające wymogi określone w art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka³⁴. Świadczyć ma o tym struktura tego organu. Jego komórka rozstrzygająca o odpowiedzialności administracyjnej ma pozycję specjalnego sądu, który ma zagwarantowaną niezależność. Poza tym w postępowaniu przed AMF obowiązują reguły odpowiadające standardowi rzetelnego procesu (oddzielenie funkcji ścigania od funkcji sądenia, prawo do obrony, kontradyktoryjność)³⁵.

Na tle rozwiązań prawnych przyjętych w omawianych krajach członkowskich UE rozwiązania przyjęte przez prawodawcę polskiego prezentują się jako wyjątkowo represyjne. Przyjął on bowiem priorytetowe znaczenie prawa karnego w zwalczaniu manipulacji. Spośród zachowań stanowiących manipulację opisanych w art. 39 ust. 2 uoif, tylko w przypadku zachowań określonych w pkt 4b i 8 tego przepisu (przepisy te dotyczą manipulacji polegającej na rozpowszechnianiu informacji) przewidziano odpowiedzialność administracyjną. W pozostałych przypadkach mamy do czynienia ze ściganiem manipulacji jako przestępstwa. Zaznaczyć przy tym należy, że tę ocenę opieram na założeniu, że sankcja karna stanowi najsurowszy środek reakcji z uwagi na stopień społecznego potępienia, który jest z nią związany. Pomimo tego ogólnego założenia, należy mieć jednak świadomość, że w określonych okolicznościach, pomimo decyzji prawodawcy o zagrożeniu manipulacji sankcją administracyjną, rozwiązanie to będzie bardziej represyjne niż zagrożenie jej karą kryminalną. Świadczyć

określającego możliwość nałożenia kar o charakterze administracyjnym) bądź podjęcia kroków związanych ze ściganiem przestępstwa określonego w art. 397 *Criminal Justice Act*.

³² Zob. I. Seredyńska, *Insider Dealing and Criminal Law. Dangerous Liaisons*, Springer – Verlag, Berlin Heidelberg 2012, s. 109–111.

³³ Ibidem.

³⁴ S. Bénouville, D. Lecat, *European Market Abuse News*, Spring 2012, s. 2.

³⁵ Ibidem.

o tym będzie zarówno wysokość kar grożących z tytułu manipulacji, opis zachowania stanowiącego manipulację, jak i poziom gwarancji przewidzianych w postępowaniu administracyjnym, który decydować będzie o możliwościach obrony przed stawianym zarzutem.

Prawodawcy 4 spośród 9 badanych krajów (Austrii, Bułgarii, Czech i Słowenii) nie przewidzieli odpowiedzialności karnej z tytułu manipulacji. Natomiast w prawie brytyjskim, francuskim, litewskim oraz niemieckim przewidziany został obok administracyjnego, także karny reżim zwalczania manipulacji. Podkreślić jednak należy, że prezentacja regulacji obowiązujących w tych krajach świadczy o tym, iż ma on charakter wyjątkowy. Głównym instrumentem zwalczania manipulacji jest prawo administracyjne. Owa wyjątkowość wynika z opisu zachowania stanowiącego manipulację. Jest on w Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech i na Litwie uzupełniony elementami, które muszą być wykazane w zachowaniu sprawcy, i bywa, że nie dotyczy wszystkich rodzajów manipulacji (Litwa – odpowiedzialność karna powiązana jest jedynie z manipulacją polegającą na rozpowszechnianiu określonych informacji, której opis wzbogacony został o określony zamiar sprawcy oraz skutek). A zatem w badanych krajach, w których funkcjonuje jednocześnie reżim odpowiedzialności administracyjnej i karnej z tytułu manipulacji, prawodawcy zachowali powściągliwość, ingerując przy użyciu prawa karnego w stosunki z zakresu szeroko pojętego obrotu gospodarczego. Mimo sięgnięcia po sankcję karną, jako środek zwalczania manipulacji, głównym środkiem reakcji na manipulację uczyniono w tych krajach sankcję administracyjną.

Mając powyższe na uwadze, decyzję prawodawcy polskiego o dominującym znaczeniu w tym zakresie reakcji prawnokarnej uznać należy za bardzo represyjną. Ocena kryminalizacji manipulacji instrumentami finansowymi z perspektywy celowości, proporcjonalności oraz subsydiarności prawa karnego jako środka reakcji dokonana została we wspomnianej na wstępie monografii, dlatego nie ma potrzeby powtarzania zawartych w niej wniosków³⁶. Analiza regulacji prawnych obowiązujących w wybranych krajach europejskich stanowi podstawę do refleksji dotyczących stosunku prawodawcy polskiego do prawa karnego, ale w konsekwencji także do społeczeństwa. Pozwala na to wspólna płaszczyzna, którą jest Dyrektywa Market Abuse. Przepisy poddane analizie w niniejszym opracowaniu były bowiem efektem implementacji tej samej Dyrektywy, która w art. 14 zobowiązywała prawodawców krajowych do wyboru sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających. Dlatego jeśli spojrzeć na prawo kar-

³⁶ A. Błachnio-Parzych, *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011, s. 274–323.

ne jako na jeden z możliwych środków kontroli prawnej społeczeństwa z perspektywy przestrzegania zakazów lub nakazów pożądanego zachowania, to stwierdzenie, że spośród sankcji stanowiących możliwą reakcję na manipulację oraz wyróżnionych na tle badanych regulacji strategii zwalczania manipulacji (zastosowanie jednego bądź jednocześnie obu reżimów odpowiedzialności represyjnej), prawodawca polski wybrał najbardziej represyjne, najdalej ingerujące w stosunki społeczne rozwiązanie, prowadzi do wniosku o dokonaniu przez prawodawcę bardzo pesymistycznej diagnozy co do możliwości oddziaływania na to społeczeństwo przy pomocy innych środków niż prawo karne. Podkreślić przy tym należy, że w niniejszym opracowaniu przedstawione zostały zarówno regulacje krajów o wysoko rozwiniętym rynku kapitałowym, do grona których aspikuje, gdy chodzi o rozwój rynku kapitałowego, Polska, jak również krajów, które z Polską wiąże bliskość kulturowa, historyczna, konieczność przeprowadzenia w latach 90. ubiegłego wieku gruntownych zmian politycznych, społecznych i gospodarczych. Te okoliczności, jak również brak odzwierciedlenia w uzasadnieniu do nadmienionego wcześniej projektu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi odniesienia do takiej oceny społeczeństwa, sprawia, że decyzja polskiego prawodawcy świadczy raczej o braku jego refleksji nad konsekwencjami zbyt częstego sięgania po prawo karne jako środek reakcji, do których między innymi należy jego deprecjacja.

Bibliografia:

1. Avgouleas E., *The Mechanics and Regulation of Market Abuse: A Legal and Economic Analysis*, Oxford University Press, 2005;
2. Bénouville S., Lecat D., *European Market Abuse News*, Spring 2012;
3. Błachnio-Parzych A., *Kryminalizacja manipulacji instrumentami finansowymi*, Warszawa 2011;
4. Błachnio-Parzych A., *Sankcja administracyjna a sankcja karna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, w: *Sankcje administracyjne*, pod red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011;
5. Donald D.C., *Applying Germany's Market Manipulation Rules to Disruptive Trades on the Eurex and MTS Platform*, *German Law Journal*, 2005, vol. 6, nr 3;
6. Dreyling G., *Die Umsetzung der Marktmissbrauchs-Richtlinie über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation*, *Der Konzern* 2005, nr 1;
7. Falkner R., Gerty J., *Regulation of Market Misconduct in the United Kingdom*, *Journal of Investment Compliance*, vol. 6, no. 4, 2005;
8. Rider B., Alexander K., Linklater L., Bazley S., *Market Abuse and Insider Dealing*, 2nd edition, Haywards Heath 2009;
9. Seredyńska I., *Insider Dealing and Criminal Law. Dangerous Liaisons*, Springer – Verlag, Berlin Heidelberg 2012;
10. Szumiło-Kulczycka D., *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004.

THE CRIMINAL SANCTION AND THE ADMINISTRATIVE SANCTION AS MEASURES TO COMBAT MARKET MANIPULATION IN SELECTED EU COUNTRIES

The purpose of this study is primarily to present regulations in the selected EU countries regarding the sanctions to combat market manipulation. From the perspective it is possible to evaluate decision on the nature of the sanction made by the Polish legislator. The EU countries which regulations have been selected to examine were: Austria, Bulgaria, the Czech Republic, France, Germany, Lithuania, the United Kingdom and Slovenia.

The analysis of the regulation enables to distinguish a group of countries which legislators have opted for one regime of liability for market manipulation – it was the regime of the administrative responsibility. The second group consists of countries which legislators have opted simultaneously for two regimes of the responsibility: the administrative and the criminal liability. Even in this group of countries the administrative sanctions constitute the main measures to combat market manipulation. Therefore the decision of the Polish legislator to criminalize the majority of the kinds of behavior which constitute market manipulation has to be assessed as very punitive. In contrast to the presented the EU countries regulations, in Poland the criminal sanction is the main measure to combat market manipulation.

LISTA RECENZENTÓW ARTYKUŁÓW OPUBLIKOWANYCH W „STUDIACH PRAWNICZYCH” W 2012R.

Barbara Bajor

Andrzej Bierć

Jerzy Ciemniowski

Władysław Czapliński

Paweł Daniluk

Lech Gardocki

Bogudar Kordasiewicz

Ewa Łętowska

Grzegorz Nita-Jagielski

Przemysław Saganek

Jan Skupiński

Tadeusz Smoczyński

Monika Szwarc-Kuczer

Roman Wieruszewski

Tadeusz Wiśniewski

Andrzej Wróbel

Helena Żakowska-Henzler

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620