

JACEK RACIBORSKI

**ANTYNOMIE KONSTITUCYJNYCH WARTOŚCI  
W POLSKIM PRAWIE WYBORCZYM**

Prawo wyborcze stanowi jeden z najważniejszych obszarów, na którym zbiegają się zainteresowania prawników konstytucjonalistów, politologów i socjologów. Z perspektywy tych dyscyplin przedmiot jest wprawdzie odmiennie ujmowany, ale gdy idzie o najważniejsze dylematy prawa wyborczego – to ich ujawnienie, a w jeszcze większym stopniu rozwiązanie wymaga złożenia wiedzy formułowanej przez wymienione dyscypliny. Owocne zejście się tych perspektyw nastąpiło we współczesnej teorii demokracji. Nie można o niej jednoznacznie stwierdzić czy ma charakter teorii normatywnej czy deskryptywnej<sup>1</sup>. Nasz problem zaczyna się niewątpliwie od kwestii normatywnej: jakie są demokratyczne wartości, których realizację zapewnić ma prawo wyborcze? Wiedzie przez ujawniającą się w praktyce kwestię konfliktu demokratycznych wartości aż do dających się empirycznie weryfikować zagadnień politycznych skutków prawa wyborczego i jego wpływu na zachowania wyborcze obywateli.

Ogólne ujęcie tych problemów jest zadaniem ogromnym, przekraczającym ramy artykułu. Podejmę więc jedynie niektóre wątki ważne w kontekście polskiego prawa wyborczego. W szczególności zamierzam pokazać, że zarówno w dotychczasowej, jak i uchwalonej przez Sejm 7 marca 2001 roku ordynacji wyborczej do Sejmu występuje silny konflikt demokratycznych wartości, a niektóre konstytucyjne normy są wypełniane w sposób jedynie wielce przybliżony<sup>2</sup>. Prawo wyborcze przez polskiego ustawodawcę traktowane jest wybitnie instrumentalnie – bez należytego zakorzenienia w doktrynie rządów przedstawicielskich.

<sup>1</sup> Przykłady prac z tej dziedziny, w których wątki normatywne przeplatają się z deskryptywnymi to: G. Sartori, *Teoria demokracji*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994; R. Dahl, *Demokracja i jej krytycy*, Znak, Kraków 1995; J. Schumpeter, *Kapitalizm, socjalizm, demokracja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.

<sup>2</sup> Artykuł ten został napisany przed zakończeniem procedury legislacyjnej nad Ustawą z dnia 7 marca – ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej. Odnoszę się do tekstu przekazanego do Senatu zgodnie z art. 121 Konstytucji RP ([www.sejm.gov.pl/proces\\_legislacyjny](http://www.sejm.gov.pl/proces_legislacyjny)).

## I. FUNKCJE WYBORÓW W USTROJACH DEMOKRATYCZNYCH

Wstępnym wymogiem analizy takiej czy innej ordynacji wyborczej jest refleksja nad funkcjami wyborów. Istnieje wiele klasyfikacji funkcji wyborów, czerpiących z odmiennych koncepcji rządów przedstawicielskich i/lub z obserwacji działania współczesnych systemów politycznych. Nie wdając się w dyskusję na ten temat, za najważniejsze funkcje wyborów uważam następujące.

### *1.1. Uprawomocnienie wspólnoty politycznej i rządu*

Znajdujemy u Johna Locke'a takie oto sformułowanie: „Nikt nie może bez własnej zgody zostać tego stanu pozbawiony (stanu natury – wyj. J.R.) i poddany władzy politycznej innego”<sup>3</sup>. Wybory osób sprawujących władzę mogą być traktowane jako podstawowy sposób wyrażania owej zgody na bycie rządzonym. Pozostaje tylko wątpliwość: jak ma być wyrażona niezgoda, skoro powstrzymanie się od udziału w wyborach jest aktem wielce niejednoznacznym. Współcześnie zagadnienie legitymizacji badane jest jako zjawisko wielowymiarowe. W ślad za Davidem Beethamem wyróżnić możemy trzy wymiary legitymizacji władzy, z których każdy ma znaczenie dla analizy uprawomocniającej funkcji wyborów<sup>4</sup>. Pierwszy – to wymiar reguł. Władza jest legitymizowana o ile została zdobyta i jest sprawowana zgodnie z przyjętymi regułami. W demokracji oznacza to właśnie, że została zdobyta w drodze wolnych wyborów. Drugi wymiar – wymiar przekonań – ukazuje, że same te reguły wymagają uprawomocnienia. Muszą być postrzegane przez rządzonych jako sprawiedliwe, słuszne, wynoszące do władzy właściwe osoby itp. W przypadku procedury wyborów oznacza to, że akceptowane jest prawo wyborcze, tj. obywatele uznają je za dobre i sprawiedliwe. Z tym wymiarem kłopoty mają nawet dojrzałe demokracje. Pod adresem ordynacji wyborczych dość często, i nie bez racji, wysuwa się zarzut, że premiuje najsilniejsze ugrupowania i w różnorodny sposób wypaczają wolę wyborców. Dotyczy to nie tylko systemów proporcjonalnych, ale wydawałoby się, że oczywistych i prostych w działaniu większościowych systemów wyborczych, w których zdarza się, iż partia zdobywająca najwięcej głosów przegrywa wybory, uzyskując mniej mandatów niż partia w kolejności druga<sup>5</sup>. Wreszcie trzeci wymiar legitymizacji – to wymiar zachowań obywateli. Władza jest dobrze uprawomocniona o ile

<sup>3</sup> J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1992, s. 230–231.

<sup>4</sup> D. Beetham, *Legitymizacja władzy* (w:) *Władza i społeczeństwo*, wyb. i opr. J. Szczupaczyński, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1995.

<sup>5</sup> Przypadek taki miał między innymi miejsce w Wielkiej Brytanii w 1957 r., dwukrotnie w Nowej Zelandii (1978, 1981), w Kanadzie w 1979. W wyborach prezydenckich spektakularny przykład konsekwencji ordynacji większościowej w systemie wyborów pośrednich stanowią ostatnie wybory w USA, w których Gore przegrał rywalizację z Bushem, mimo że uzyskał więcej głosów obywateli.

obywatele swoimi zachowaniami dają wyraz akceptacji istniejących relacji władczych i instytucji państwowych. Konkretyzując do naszego przypadku: masowy udział obywateli w wyborach może być poważnym argumentem legitymizacyjnym, stanowić wyraz akceptacji samej procedury i wzmacniać mandat władz wyłonionych w jej toku.

Wybory szczególnie dobrze spełniają funkcję legitymizacyjną w warunkach, gdy: a) spełniają wszystkie kryteria wolnych wyborów<sup>6</sup>, b) odbywają się na podstawie zrozumiałej dla obywateli i uznawanej za sprawiedliwą ordynacji, c) frekwencja wyborcza jest wysoka, d) wyłonione rządy są bezpośrednią konsekwencją wyborów. Komentarz do ostatniego punktu (d). Zdarza się, że po wyborach powstają koalicje rządowe, w których nie jest reprezentowana zwycięska partia, a nawet rządy obejmuje ugrupowanie nie mające większości parlamentarnej. Po stronie wyborców rodzi się wówczas przekonanie, że kto inny wygrał wybory, a kto inny objął rządy, czyli że to nie kartka wyborcza, lecz zakulisowe, gabinetowe gry przesądziły o tym kto rządzi.

### 1.2. Wyłonienie prawowitego rządu

To jedyny cel wyborów z punktu widzenia wpływowej proceduralnej teorii demokracji, zaproponowanej przez Josepha Schumpetera. Według niej demokracja to taki układ instytucjonalny, który nadaje jednostkom władcze prerogatywy w drodze współzawodnictwa o głosy obywateli<sup>7</sup>. Obywatele decydują o tym kto ma rządzić, natomiast nie decydują o treści rządów. To dość radykalne stanowisko ma dobre uzasadnienie w klasycznej prawnej doktrynie demokracji przedstawicielskiej. „Koncepcja demokracji przedstawicielskiej – pisze Ewa Popławska – jest oparta na konstrukcji zarachowania, polegającej na przypisaniu całemu narodowi, obywatelom – jako ich własne – czynności wykonywanych przez stosunkowo bardzo nieliczną grupę osób powołanych faktycznie do rządzenia państwem. Przyjęte rozwiązanie jest próbą pogodzenia ze sobą dwu sprzecznych stwierdzeń: przyznania władzy całemu narodowi (suwerenność narodu) oraz niemożności wykonywania władzy przez cały naród”<sup>8</sup>. Wola przedstawicieli jest w tym ujęciu tożsama z wolą narodu. Z perspektywy politologicznej rozsądne jednak jest przyjęcie stanowiska mniej skrajnego, w myśl którego wybory mają wielki udział w określaniu ogólnej programowej linii rządu. Partie i kandydaci przedstawiają w toku kampanii wyborczej programy, które przynajmniej w jakiejś części starają się realizować

<sup>6</sup> Wybory uznaje się za wolne, gdy a) są konkurencyjne, b) nie ma „ponadstandardowych” ograniczeń czynnego i biernego prawa wyborczego, c) nie jest stosowany jakikolwiek przymus wobec kandydatów i wyborców, d) wyniki są uczciwie policzone.

<sup>7</sup> J. Schumpeter, op. cit., s. 336.

<sup>8</sup> E. Popławska, *Zasada rządów przedstawicielskich i formy demokracji bezpośredniej* (w:) W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1998, s. 126.

w przypadku wygranej. Obywatele wiedzą „mniej więcej” czego spodziewać się po głównych aktorach polityki i przez akt głosowania mają wpływ na program rządu, a zwłaszcza na jego działania w sferze symbolicznej.

### ***1.3. Agregacja interesów poszczególnych obywateli i podjęcie za pomocą reguły większości decyzji, jakie interesy będą realizowane przez rząd***

Nacisk na tę funkcję wyborów kładą wszystkie teorie demokracji czerpiące z utilitaryzmu. Zakładają one, że wyborca jest racjonalny, co – nieco upraszczając – oznacza, iż głosując zmierza do maksymalizacji korzyści<sup>9</sup>. Dzięki temu interes konkretnej jednostki zagregowany z interesami innych podobnych pod tym względem jednostek uzyskuje rangę interesu grupowego i przenosi się na poziom państwa. W koncepcjach korporatystycznych zakłada się, że parlament jest jedną z najważniejszych płaszczyzn uzgadniania sprzecznych interesów. W pluralistycznej koncepcji grup interesu interesy pozostają konfliktowe, a parlamentarni reprezentanci tych grup zmierzają do jednostronnego zwycięstwa. Jeszcze inaczej jest w tzw. modelu demokracji konsocjonalnej, który odnosi się do społeczeństw silnie sfragmentaryzowanych i w którym bardzo znaczącym ograniczeniom podlega reguła większości, zaś parlament służy w szczególności gwarantowaniu praw mniejszości<sup>10</sup>. Kluczowe pytania, a zarazem wątpliwości pod adresem takiego ujmowania funkcji wyborów, brzmią: jak zdefiniować interes wyborcy czy grupy, czy rzeczywiście obywatele poprzez wybory artykułują swoje interesy i są aktywnymi podmiotami w procesie wyborczym, czy też jest raczej tak, iż to partie kreują grupowe interesy i następnie przekonują do nich konkretne segmenty elektoratu. Idzie o skomplikowaną kwestię suwerenności wyborcy, którą w tym miejscu mogłem jedynie zasygnalizować.

Lista funkcji wyborów może być powiększana i uszczegółowiana. Można mówić o diagnostycznej funkcji wyborów (poznawanie opinii publicznej), socjalizacyjnej, a nawet terapeutycznej (regulowanie politycznego konfliktu). W różnych modelach demokracji eksponuje się odmienne cele wyborów i ma to swoje konsekwencje dla prawa wyborczego. Jego rozstrzygnięcia ułatwiają realizację jednych celów wyborów kosztem innych. Podobnie dzieje się na poziomie wartości i norm konstytucyjnych. Konflikty między nimi są nieuchronne, co zamierzam pokazać na przykładzie przede wszystkim ordynacji wyborczej do Sejmu, wychodząc od konstytucyjnego zapisu: „Wybory do

<sup>9</sup> Szerzej o teorii racjonalnego wyboru aplikowanej do wyjaśniania zachowań wyborców w wyborach powszechnych: J. Raciborski, *Polskie wybory. Zachowania wyborcze społeczeństwa polskiego w latach 1989–1995*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1997, s. 19–24.

<sup>10</sup> Koncepcję demokracji konsocjonalnej rozwinął w szczególności A. Lijphart, wskazując na powojenne doświadczenia Austrii, Belgii, Holandii i Szwajcarii. Szerzej: A. Lijphart, *Demokracja w społeczeństwach sfragmentaryzowanych*, w zbiorze: *Władza i społeczeństwo*, op. cit.



Sejmu są powszechne, równe, bezpośrednie i proporcjonalne oraz odbywają się w głosowaniu tajnym” (art. 96 ust. 2 Konstytucji RP).

## II. KŁOPOTY Z ZASADĄ RÓWNOŚCI

Jedno z klasycznych sformułowań zasady równości, przypisywane Benthamowi, brzmi: „Każdy winien się liczyć za jednego i nikt więcej niż za jednego”<sup>11</sup>. Obiegowe sformułowanie tego samego postulatu „jeden człowiek jeden głos” jest mylące, a to dlatego, że w licznych systemach wyborczych wyborca dysponuje więcej niż jednym głosem. Tego sformułowania można oczywiście bronić wskazując, że idzie o głos jednego wyborcy i że głosować może tylko raz, a głos ten jest głosem złożonym. Nie jest to jednak konwencja praktyczna. Co ważniejsze, owo sformułowanie – a zaczerpnąłem je z podręcznika prawa konstytucyjnego<sup>12</sup> – nic nie mówi o liczeniu tego głosu jako równego innym. Sytuacja, gdy wyborca ma więcej niż jeden głos lub gdy może rangować kandydatów, albo też głosować alternatywnie, ma poważne konsekwencje dla zasady równości i zasady większości, gdyż część wyborców wykorzystuje wszystkie te możliwości, część zaś nie. Idzie mi o równość rozumianą materialnie a nie formalnie, czyli o równą siłę głosu i wymóg, by dla wyboru każdego kandydata potrzebna była porównywalna liczba głosów.

W wyborach do Sejmu, określanych w konstytucji jako równe, skala odstępstw od zasady równości głosu jest bardzo poważna, a zmiana ordynacji zapowiada tylko nieznaczny postęp. W kierunku utrudniającym realizację zasady równości działają prawie wszystkie parametry systemu wyborczego. Zalicza się do nich w przypadku systemu proporcjonalnego: progi prawne, wielkość okręgów, formułę przekładania głosów na mandaty, jedno- bądź dwustopniowy podział mandatów (lista krajowa lub jej brak).

Istnienie ustawowego progu uprawniającego do udziału w podziale mandatów tylko partie, które uzyskały więcej niż 5% głosów w skali kraju (8% w przypadku koalicji partii) powoduje, że nie wszystkie dostępne wyborcom opcje są równie ważne w stadium decyzyjnym. Głos na partie małe, niekoniecznie marginalne, nie jest równy głosowi na partie „ponadprogowe”, bo ten pierwszy zostaje w ogóle pominięty. Tak więc równość w traktowaniu wyborców nie gwarantuje równości w uwzględnianiu ich preferencji<sup>13</sup>. Ponadto instytucja listy krajowej sprawiała, że siła głosu zwolenników partii uzyskujących powyżej 7% dodatkowo wzrastała. Nowa ordynacja wyborcza do

<sup>11</sup> O niejasnym pochodzeniu tego sformułowania, patrz R. Dahl, op. cit., s. 123.

<sup>12</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 2, Liber, Warszawa 1998, s. 124. Szerzej typowo prawnicze rozumienie tej zasady omawia J. Buczkowski, *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 1998, s. 132–134.

<sup>13</sup> Szerzej i ogólnie o problemie równości w stadium decyzyjnym: G. Lissowski, P. Świsłak, *Wybór najlepszego uporządkowania społecznego: nowe zasady sprawiedliwości i normatywne wymiary wyboru*, „Studia Socjologiczne” 1998, nr 1, s. 99–100.

Sejmu podtrzymuje dotychczasowe progi prawne, ale znosi listę krajową i tym samym poprawia równość wyborów.

Jeszcze poważniejsze skutki rodzi zróżnicowana wielkość okręgów, w szczególności istnienie okręgów małych, kilkumandatowych. Liczba mandatów przypadających na okręg jest wprawdzie funkcją liczby mieszkańców okręgu, ale to jest jedynie formalna gwarancja dla zasady równości<sup>14</sup>. Przykładowo: w okręgu 5-mandatowym nawet kilkanaście procent głosów może nie przełożyć się na mandat. W niektórych systemach wyborczych kompensuje w części tę nierówność rozdział pewnej puli mandatów w okręgach drugiego stopnia (może to być cały kraj). W Polsce mechanizm rozdziału z listy krajowej działał tak, iż ci, którzy mieli więcej dostawali więcej – wzmacniał nierówność podziału pierwotnego, chociaż tylko w stosunku do ugrupowań, które nie przekroczyły progu 7%. Nowa ordynacja przynosi również w tym wymiarze pewną poprawę, gdyż okręgi uległy powiększeniu, nie na tyle jednak, by czynnik ten przestał zakłócać realizację zasady równości.

Wreszcie obowiązująca dotychczas formuła wyborcza d'Hondta – stosowana i do podziału mandatów w okręgach, i do podziału z listy krajowej – której rola wśród innych parametrów systemu wyborczego jest zazwyczaj przeceniana, uprzywilejowuje jednak wyraźnie partię zwycięską (w mniejszym stopniu też drugą), wzmacniając tym samym siłę głosu jej zwolenników (szerzej w punkcie V).

W tym kontekście nie ma większego znaczenia nieco inne uregulowanie odnoszące się do list mniejszości narodowych. W istocie stanowi ono formę redukcji drastycznej nierówności, którym byłyby poddane, gdyby nie zawieszenie klauzuli zaporowej. Przykładowo: listy mniejszości niemieckiej otrzymały w 1997 r. w skali kraju 0.7% głosów, co przyniosło im dwa mandaty. Przy wierniejszym, ale nadal nie idealnym, odwzorowaniu proporcji głosów na proporcję mandatów – winny im przypaść 3 mandaty.

Przyjęta przez Sejm nowelizacja ordynacji przynosi w tym zakresie poważną zmianę. W miejsce formuły d'Hondta wprowadzono przekładanie głosów na mandaty za pomocą formuły Sainte-Laguë. Obszerniej omówię skutki tej zmiany przy okazji kwestii proporcjonalności. Z punktu widzenia problemu równości wyborów zmiana ta, prowadząc do zmniejszenia nieco siły głosów oddanych na partię zwycięską i rozdysponowania w ten sposób uzyskanej nadwyżki między partię najsłabsze, przyczynia się do lepszej realizacji zasady równości.

Dyskutując zagadnienie równości wyborów, pomijam całkowicie kwestię równości biernego prawa wyborczego. Oczekiwanie, by każdy obywatel miał

<sup>14</sup> Podział mandatów na okręgi, którego reguły zostały w nowej ordynacji sprecyzowane (art. 138) też nie jest kwestią obojętną z punktu widzenia zasady równości. W praktyce z racji zaokrąglenia na jeden mandat przypada w różnych okręgach odmienna liczba wyborców. Nie są to jednak różnice duże.

równe szanse zostania kandydatem jest zupełnie nierealistyczne, gdy bierze się pod uwagę materialny aspekt tej zasady. Równość biernego prawa wyborczego jest trudna do zagwarantowania nawet w sensie formalnym.

### III. TRUDNOŚCI W REALIZACJI ZASADY POWSZECHNOŚCI WYBORÓW

„Zasada ta określa krąg podmiotów – pisze Leszek Garlicki – którym przysługują prawa wyborcze i wymaga, by wszystkim, w zasadzie, dorosłym obywatelom państwa przysługiwało co najmniej czynne prawo wyborcze (...) zakłada więc, iż wszelkie podmiotowe ograniczenia praw wyborczych mogą mieć jedynie *naturalny* charakter, natomiast wyklucza takie ograniczenia, które mają charakter polityczny”<sup>15</sup>. Norma powszechności wyborów ma bardzo silne uzasadnienie w całym systemie norm i wartości konstytucyjnych, w szczególności dzięki niej manifestuje się zasada suwerenności narodu. W perspektywie socjologicznej powszechność wyborów jest zaś bardzo ważna dla realizacji legitymizacyjnej funkcji wyborów. Nie jest ona jednak bezkonfliktowa. Zasadę powszechności najbardziej bezpośrednio zinterpretowano w kilku krajach europejskich (m.in. Belgia, Włochy), gdzie po prostu nałożono na obywateli obowiązek głosowania. Tym samym zasada powszechności zwróciła się przeciwko zasadzie wolności jednostki, czy ściślej autonomii jednostki. Korzyści z tego rozwiązania są wszakże niebagatelne: wzmacnia uprawnienie organów przedstawicielskich oraz łagodzi problem pasożytnictwa na dobrach kolektywnych, a demokracja jest typowym przykładem dobra kolektywnego. Z jej efektów korzystają także obywatele w żaden sposób nie uczestniczący w podtrzymywaniu systemu, a nawet tacy, którzy aktywnie występują przeciwko porządkowi demokratycznemu. Dominuje jednak zarówno w teorii, jak i praktyce interpretacja, dająca się nazwać słabą zasadą powszechności, w myśl której każdy obywatel winien mieć zagwarantowaną możliwość wybierania i bycia wybieranym. Stwierdzenie, iż chodzi o obywateli stanowi łatwy, zbyt łatwy sposób rozwiązania problemu zwanego na gruncie teorii demokracji problemem inkluzji, sprowadzającego się do pytania kto i na mocy jakich kryteriów należy do *demos*<sup>16</sup>. Pytanie ma wielkie praktyczne znaczenie. Oto w RPA odbywały się do niedawna wybory, w których większość mieszkańców nie mogła brać udziału; na Łotwie blisko połowa ludności jest nadal pozbawiona tego prawa; jest to także problem USA i wielu innych państw z dużą liczbą legalnych, półlegalnych i nielegalnych imigrantów. Nigdzie nawet ta słaba zasada powszechności nie jest dobrze realizowana. Przyjmuje się więc (znów raczej jest to kwestia konstytucyjnej praktyki), iż zasada powszechności jest realizowana, jeśli zdecydowana większość dorosłych obywateli ma czynne i bierne prawo głosu. Bierne prawo wyborcze bywa jeszcze dodatkowo ogra-

<sup>15</sup> L. Garlicki, op. cit., s. 120.

<sup>16</sup> Obszernie o problemie inkluzji: R. Dahl, op. cit., s. 170–186.

niczane wyżej usytuowaną granicą wieku. Powszechność stała się normą i kryterium demokracji stosunkowo późno – dopiero gdy prawa wyborcze uzyskały kobiety, a to przykładowo we Francji nastąpiło w 1944 r., w Szwajcarii dopiero w 1972 r., a w Polsce już w 1918 roku. Zakres wyłączeń z *demos* jest w polskim prawie wyborczym bardzo umiarkowany. Rozległe są też formalne i materialne gwarancje powszechności (względnie małe obwody, obwody za granicą, na statkach, w więzieniach, szpitalach, instytucja zaświadczeń o prawie do głosowania, przejrzysty sposób konstruowania list wyborców, rezygnacja z zasady domicylu, a przede wszystkim głosowanie w wolny od pracy dzień).

Pogodzenie się ze słabą zasadą powszechności rodzi jednak napięcia z pozostałymi wartościami konstytucyjnymi i zarazem warunkami demokratyczności wyborów. W praktyce udział w głosowaniach bierze tylko część obywateli; w Polsce, w wyborach parlamentarnych po 1989 r., tylko raz frekwencja przekroczyła 50% (w 1993 r.). Uwzględniając ponadto wielkie zróżnicowanie preferencji i ograniczenia zasady większości, o których później, wszystkie rządy były powoływane przez przedstawicieli zdecydowanej mniejszości. Rząd SLD i PSL, uformowany w 1993 r., powołany został przez przedstawicieli około 19% obywateli; rząd AWS–UW wyłonili w 1997 r. przedstawiciele około 22% obywateli. Zwycięskie okazują się więc zawsze preferencje zdecydowanej mniejszości.

Funkcją wyborów – w myśl niektórych teorii demokracji – jest agregacja jednostkowych preferencji. Absencja czyni proces agregacji ułomnym, nadwartościowując, wzmacniając preferencje osób uczestniczących, co zwraca się przeciwko zasadzie równości. Receptą byłaby obligatoryjność uczestnictwa, ale ta z kolei – jak już wspomniano – wchodzi w konflikt z presumpcją wolności jednostki. Być może najlepsze jest utylitarystyczne rozwiązanie tego dylematu, takie oto, że słusznym jest nieuwzględnianie preferencji jednostek nie zainteresowanych wynikiem kolektywnych decyzji. Ten punkt widzenia zdaje się przyjmować cała polska klasa polityczna, albowiem brakuje jakichkolwiek inicjatyw (pozaustawowych) zmierzających do zwiększenia zainteresowania wyborami i podwyższenia frekwencji wyborczej.

#### IV. ZASADA WIEKUSZOŚCI A RÓWNOŚĆ I PROPORCJONALNOŚĆ WYBORÓW

Przywołany fakt, że rządów w Polsce nie tworzą przedstawiciele większości obywateli, ma swoje konsekwencje. Postulat większości przynależy zaś do obiegowych teorii demokracji. We współczesnych społeczeństwach demokratycznych sytuacja, iż rządy nie są bezpośrednią konsekwencją preferencji większości obywateli jest raczej regułą niż wyjątkiem. Można nie widzieć w tym dramatycznego odejścia od norm demokracji. Wystarczy przypisać absentującym motyw zgody na jakikolwiek rząd. Ale fakt, że rząd nie jest

pochodną preferencji większości głosujących jest czymś wyjątkowym w sytuacji wyborów proporcjonalnych i czymś dość powszednim w westminsterskim typie demokracji, wspierającym się na zasadzie większości względnej. W Polsce, w której prawie wszystkie rozwiązania ustrojowe są przeciwstawne typowi westminsterskiemu, ordynacja wyborcza powoduje podobny efekt. Obie koalicje, poczynając od 1993 r., nie miały za sobą większości głosujących, chociaż koalicja AWS–UW bardzo się w tym kierunku zbliżyła (47% głosów). Koalicje rządowe są tworzone zgodnie z regułą Rikera, tzn. są ograniczane do niezbędnej wielkości zapewniającej wygraną<sup>17</sup>. Rozproszone na wiele partii głosy nie są więc na forum parlamentu agregowane do poziomu zapewniającego większość głosów oddanych w konkretnych wyborach. Reprezentatywność rządów, rozumiana w tym miejscu jako zgodność z większościami preferencjami głosujących, okazuje się więc w praktyce wartością drugorzędną. Omówione czynniki, odpowiedzialne za naruszenie zasady równości wyborów w aspekcie materialnym i zakłócenia ich proporcjonalności, zwracają się także przeciwko zasadzie większości. Bowiem im bardziej wybory są proporcjonalne, tym bardziej prawdopodobne jest, że większość parlamentarna ma za sobą większość głosów wyborców. Jeżeli jednak postulat większości będziemy rozumieli jako oczekiwanie, że rząd stale cieszy się poparciem większości parlamentarnej, to wszystkie rozwiązania ordynacji, które wiodą do uformowania się wyraźnej większości parlamentarnej, a więc naruszające zasadę równości i proporcjonalności, będą zarazem funkcjonalne wobec zasady większości. W Polsce widzimy pewną niespójność pomiędzy rozwiązaniami prawa wyborczego a pozostałymi rozstrzygnięciami ustrojowymi. W szczególności jeśli weźmie się pod uwagę podział władzy wykonawczej między Radę Ministrów i Prezydenta. Skuteczne sprawowanie władzy przez rząd jest ułatwione w sytuacji, gdy stoi za nim wyraźna większość parlamentarna, modelowo zdolna do odrzucania prezydenckiego weta. Ordynacje proporcjonalne, o ile są prawdziwie proporcjonalne, utrudniają kształtowanie się zdecydowanej większości parlamentarnej. Przy takiej jak w Polsce pozycji ustrojowej Prezydenta wieść mogą w praktyce do jego poważnego wzmocnienia jako organu władzy wykonawczej, co może rodzić dalsze konstytucyjne napięcia. Kwestia relacji między tymi dwoma organami władzy wykonawczej jest daleko bardziej ogólna, a wskazany dylemat nie należy nawet do najpoważniejszych.

## V. DYLEMAT PROPORCJONALNOŚCI I KONKLUZYWNOŚCI WYBORÓW

Zasada proporcjonalności oznacza, iż mandaty są rozdzielane pomiędzy konkurujące ugrupowania według proporcji uzyskanych przez nie głosów. Skutkiem jej działania ma więc być odpowiedniość odsetków głosów, jakie

<sup>17</sup> W.H. Riker, *The Theory of Political Coalitions*, Yale University Press, New Haven 1962, s. 32–33.



padły na poszczególne ugrupowania i odsetków zdobytych przez nie mandatów. Zamierzam wykazać, że zasada ta ma w warunkach polskich czysto deklaracyjny charakter. Nie idzie mi przy tym o dysproporcjonalność, niejako naturalną, wynikającą z faktu, że przy każdej metodzie dochodzi do jakichś zaokrągleń. Chodzi o to, że wszystkie parametry dotychczasowego systemu wyborczego, ale też i zaprojektowanego w nowej ordynacji są tak skonstruowane, by doprowadzić łącznie do znacznej dysproporcjonalności w kierunku uprzywilejowania ugrupowań zwycięskich. SLD zdobywając w 1993 roku nieco ponad 20% głosów, uzyskał 37% mandatów; PSL w tych samych wyborach, zdobywając 15,4% głosów uzyskało prawie 29% mandatów. W wyborach 1997 roku – przeprowadzonych na podstawie tej samej ordynacji – dysproporcjonalność zmniejszyła się, gdyż mniej ostro zadziałał próg ustawowy dzięki konsolidacji kilku ugrupowań prawicowych i NSZZ „Solidarność”. Mimo to zwycięska AWS, uzyskując ok. 34% głosów, zdobyła 44% mandatów; SLD, uzyskując nieco ponad 27% głosów, zdobył prawie 36% mandatów.

Warto porównać stopień proporcjonalności wyborów w Polsce z wyborami w innych krajach, gdzie stosowany jest system proporcjonalny. Służyć temu może indeks proporcjonalności Gunthera, skonstruowany jako suma bezwzględnych odchyłeń pomiędzy odsetkami głosów a odsetkami mandatów podzielona przez dwa i odjęta od stu. Wartość tego indeksu dla wyborów w 1993 roku wyniosła 62,5. W wyborach 1997 roku proporcjonalność istotnie wzrosła i analogiczny wskaźnik wyniósł 81,5. W tych krajach Europy Zachodniej, gdzie stosowany jest system proporcjonalny, wartość tego wskaźnika wszędzie (z wyjątkiem Hiszpanii) znacznie przekracza 90<sup>18</sup>. Polski system wyborczy wiedzie więc do większej niż gdzie indziej dysproporcjonalności. Nawet porównanie z systemami większościowymi, które z założenia przekształcają mniejszość w większość ukazuje, iż w Polsce zasada proporcjonalności nie jest dobrze realizowana. W Wielkiej Brytanii, gdzie system większościowych wyborów do niższej izby parlamentu jest bodaj najlepiej ugruntowany, średni wskaźnik proporcjonalności dla lat 80. miał wartość 81.

Dysproporcjonalność jest tylko w części konsekwencją systemu wyborczego, o czym przekonuje porównanie przywołanych wskaźników dla wyborów roku 1993 i 1997. Na jej poziom wielki wpływ ma kształt systemu partyjnego. W sytuacji istnienia wielu małych partii jest ona zawsze większa. Innym czynnikiem – zazwyczaj pomijanym, a też istotnym – jest regionalne zróżnicowanie poparcia dla poszczególnych partii. Partia, która miałaby równomierne poparcie we wszystkich okręgach tylko nieco przewyższające progowe 5%, mogłaby nie uzyskać żadnego mandatu, mimo że w idealnie proporcjonalnym modelu winno jej przypaść co najmniej 23 mandaty. Dzieje się tak

<sup>18</sup> Źródło danych porównawczych: R. Herbut, *Systemy partyjne w Europie Zachodniej – ciągłość i zmiana. Studium porównawcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1996, s. 123–128

dlatego, że przy dotychczasowej wielkości okręgów wyborczych, a także określonych w Załączniku nr 1 do nowej ordynacji, próg naturalny jest zazwyczaj wyższy niż próg prawny<sup>19</sup>. Niekorzystna może się też okazać wysoka koncentracja poparcia w kilku okręgach. Związki między systemem partyjnym a systemem wyborczym są dość skomplikowane i były przedmiotem licznych studiów<sup>20</sup>. W badaniach porównawczych ustalono, iż ordynacje większościowe sprzyjają powstawaniu i trwaniu systemu dwupartyjnego lub dwublokowego. Ordynacje proporcjonalne sprzyjają powstawaniu i trwaniu systemu wielopartyjnego. Bywa, że prawo wyborcze jest jednoznacznym i najsilniejszym czynnikiem kreującym system partyjny, ale równie częsta jest sytuacja, iż rozstrzygnięcia ordynacji wyborczej są konsekwencją ukształtowanego wcześniej systemu partyjnego i mają na celu jego petryfikowanie<sup>21</sup>.

Przypadek Polski przynosi silne argumenty na rzecz tezy o kreacyjnej roli prawa wyborczego. W konsekwencji wyborów do Sejmu w 1991 r., regulowanych ordynacją proporcjonalną bez klauzul zaporowych i przy innych parametrach systemu sprzyjających proporcjonalności (m.in. metoda Hare'a–Niemeyera), mandaty uzyskali przedstawiciele 24 komitetów wyborczych. Do utworzenia większościowej koalicji rządowej potrzeba było koalicji aż 5 partii. Powstał więc parlament skrajnie sfragmentaryzowany. Wpływ ordynacji na tę sytuację wydaje się oczywisty, ale trzeba też odnotować, iż wszystkie partie były wówczas słabe a preferencje wyborców rozproszone. Gdyby – jak wskazuje Stanisław Gebethner – w ordynacji istniał próg prawny na poziomie 5%, to i tak do Sejmu weszłoby 9 ugrupowań i parlament pozostałby sfragmentaryzowany<sup>22</sup>. Rygorystycznie traktując reguły naukowego dowodu, problem jest nierozstrzygalny, albowiem odmienna ordynacja mogła wywołać inne strategie partyjne (np. wzmocnić tendencje integracyjne), a także wpłynąć na zachowania wyborców (np. wzmocnić tendencję do głosowania strategicznego). Mniej dyskusyjne są konsekwencje ordynacji zastosowanej w wyborach 1993 roku. Radykalnie zmniejszyła liczbę partii reprezentowanych w parlamencie i w dalszych skutkach wywołała skuteczną tendencję integracyjną wśród

<sup>19</sup> Ilustracją, jak wysokie są progi naturalne nawet zdawałoby się w dużych okręgach, może być sytuacja w 14., mandatowym okręgu (nr 35 Poznań) w wyborach 1997 r., gdzie PSL zdobywając 4,7% głosów nie uzyskał mandatu lub w 11., mandatowym okręgu (nr 27 Łódź) w tych samych wyborach, gdzie ROP z 6,4% głosów nie uzyskał mandatu.

<sup>20</sup> Najbardziej klasyczne to: M. Duverger, *Political Parties. Their Organization and Activity in the Modern State*, Methuen, London 1965; D. Rae, *The Political Consequences of Electoral Laws*, Yale University Press, New Haven 1971; nowsza praca, do której bezpośrednio nawiązuję dalej, to: A. Lijphart, *Electoral Systems and Party Systems. A Study of Twenty Seven Democracies 1945–1990*, Oxford University Press, Oxford 1994.

<sup>21</sup> Przykładem przeceniania roli prawa wyborczego może być następująca wypowiedź E. Popławskiej: „Szczególne znaczenie w tym względzie mają przepisy prawa wyborczego, które nie tylko determinują procent głosów oddanych na poszczególne ugrupowania, ale odpowiadają na pytanie, czyja wola faktycznie będzie decydować przy formułowaniu woli narodu”, E. Popławska, op. cit., s. 134.

<sup>22</sup> S. Gebethner, *Osiemnaście miesięcy rozczłonkowanego parlamentu* (w:) S. Gebethner (red.), *Polska scena polityczna a wybory*, Wydawnictwo Fundacji Inicjatyw Społecznych „Polska w Europie”, Warszawa 1993, s. 173.

ugrupowań prawicowych. W pierwszym zastosowaniu ordynacja wywołała więc drastyczną dysproporcjonalność, ale skala tej dysproporcjonalności nie była przesądzona wyłącznie ordynacją – w równej mierze była konsekwencją błędnych strategii wyborczych części politycznych aktorów. Zmiana strategii partyjnych przed wyborami 1997 roku przyniosła istotną poprawę proporcjonalności bez zmiany prawa wyborczego. System partyjny powstały po wyborach 1997 r. bywa nazywany systemem dwuipółpartyjnym lub systemem z partią zawiasową. Prawo wyborcze przyczyniło się więc do jego powstania w dwojaki sposób: a) wyeliminowało z parlamentu najsłabsze partie; b) wymusiło wybór strategii kooperacyjnej przez najpoważniejsze ugrupowania prawicowe. Zauważalny kryzys tego systemu partyjnego, którego wyrazem stało się powołanie nowego ugrupowania – Platformy Obywatelskiej – zaowocował natychmiast nową ordynacją wyborczą, wiodącą do dalszej poprawy proporcjonalności wyborów a w odleglejszych skutkach do systemu wielopartyjnego. Odwraca się tym samym porządek determinacji: prawo wyborcze stało się bezpośrednią konsekwencją układu sił w obrębie systemu partyjnego, a siły te zmierzono sondażowym poparciem wyborczym dla poszczególnych ugrupowań.

Możemy teraz w sposób bardziej systematyczny omówić, wzmiankowane przy kwestii równości, poszczególne parametry systemu wyborczego, które mają wpływ na poziom proporcjonalności wyborów i z tego punktu widzenia oszacować skutki zmian w ordynacji.

### *5.1. Progi prawne*

Stosowany powszechnie wymóg przekroczenia przez partię określonego pułapu wyborczego poparcia, by w ogóle wziąć udział w podziale mandatów, jest jednym z najważniejszych czynników wywołujących dysproporcjonalność. W Polsce próg ten dla list partyjnych wynosi 5% ogółu głosów ważnych i 8% dla koalicji partyjnych. Są to progi wysokie, w europejskich systemach proporcjonalnych wyższych nie ma (gdy idzie o próg dla pojedynczych partii, natomiast zdarzają się jeszcze bardziej restrykcyjne wymagania wobec koalicji, np. Czechy). W wyborach 1993 roku próg spowodował, iż w podziale mandatów nie wzięły udziału listy, na które padło łącznie 34,5% głosów, ale w '97 na listy takie padło już tylko 12,1% głosów. Progi prawne owocują szczególną dysproporcjonalnością podziału w warunkach rozproszonego systemu partyjnego. Określenie wysokiego progu na poziomie krajowym wśród swoich konsekwencji ma i tę, że skutecznie blokuje rozwój ugrupowań politycznych o regionalnym charakterze i zasięgu. W państwie unitarnym jest to jednak rozwiązanie dość naturalne. Nowa ordynacja nic nie zmienia w kwestii progów, oczywiście poza likwidacją związanego z listą krajową progu 7%.

### 5.2. Wielkość okręgów wyborczych

Im więcej dużych okręgów (w sensie liczby mandatów), tym proporcjonalność większa, bo niższe są tzw. progi naturalne, a przede wszystkim mniejsze straty partii słabszych z tytułu takiej czy innej reguły zaokrągleń. To dość oczywista zależność matematyczna, chociaż okręg musiałby być bardzo wielki (jak np. w Izraelu czy Holandii), by stosowana reguła nie miała praktycznego znaczenia. Wielkość okręgu jest w polskich dyskusjach o ordynacji stanowczo niedocenianym parametrem. Uchwalona ordynacja wprowadza 41 okręgów, tj. o 11 mniej niż było ich w wyborach 1993 i 1997 roku. Dodatkowo liczbę mandatów rozdzielanych w okręgach powiększyło zniesienie listy krajowej, liczącej uprzednio 69 mandatów. Jednakże nadal niekorzystna dla zasady proporcjonalności jest struktura okręgów, ponad 1/3 stanowią okręgi małe (7–9 mandatowe), okręgów średnich (10–13 mandatowych) jest 19, a okręgów względnie dużych (14–16 mandatowych) – 7 i jeden rzeczywiście duży 19-mandatowy. Mówimy o okręgach średnich i dużych, odnosząc tę kwalifikację do tzw. progów naturalnych – są one w tych okręgach zazwyczaj niższe niż progi ustawowe. Redukcja liczby okręgów i tym samym ich powiększenie nieco podnosi proporcjonalność podziału. Czynniki te oddziaływały niezależnie od innych zmian. W tabeli 1 zaprezentowano rozkład mandatów w '97 i oszacowany rozkład, gdyby liczba okręgów wynosiła 41. Zmiany nie są wszakże

Tab. 1. Wyniki wyborów 1997 roku w 41 okręgach (symulacja)\*

| Metoda                                             |             | AWS  | SLD  | UW   | PSL | ROP | MN  |
|----------------------------------------------------|-------------|------|------|------|-----|-----|-----|
| Metoda d'Hondta                                    | l.m.        | 197  | 161  | 64   | 28  | 8   | 2   |
|                                                    | % m         | 42.8 | 35   | 13.9 | 6.1 | 1.7 | 0.4 |
| Metoda Sainte-Laguë                                | l.m.        | 183  | 157  | 72   | 34  | 12  | 2   |
|                                                    | % m         | 39.8 | 34.1 | 15.7 | 7.4 | 2.6 | 0.4 |
| Wyniki rzeczywiste<br>stosowana metoda<br>d'Hondta | l.m.        | 201  | 164  | 60   | 27  | 6   | 2   |
|                                                    | % m         | 43.7 | 35.7 | 13.0 | 5.9 | 1.3 | 0.4 |
|                                                    | %<br>głosów | 33.8 | 27.1 | 13.4 | 7.3 | 5.6 | 0.7 |

\* Ściślej, jest to rozkład mandatów oszacowany przy założeniu wyników wyborów z 1997 r. z uwzględnieniem zmiany liczby okręgów (wg ustawy z 7 marca 2001 r.), ale przy zachowaniu listy krajowej. Uwzględniono także regionalne zróżnicowania wyników.

Źródło: obliczenia własne.

duże: partia pierwsza traci 4 mandaty, a druga 3. O autonomicznym znaczeniu wielkości okręgów lepiej przekonać nas może symulacja rozdziału mandatów

sporządzona dla rozkładu preferencji w wyborach 1997 r. przy założeniu, że okręgi wyborcze są tożsame z nowymi województwami, a inne parametry systemu pozostają bez zmian (tab. 2). Partia zwycięska traci wówczas 14 mandatów, a druga w kolejności 11 mandatów. Szczególną korzyść odniosłaby partia najsłabsza, uzyskując 20 mandatów zamiast 6 i to, podkreślmy, w sytuacji istnienia 69-mandatowej listy krajowej, z której nie otrzymuje żadnego mandatu.

Tab. 2. Podział mandatów w 16 województwach

| Województwo         | UW | AWS | SLD | PSL | ROP | Razem |
|---------------------|----|-----|-----|-----|-----|-------|
| Dolnośląskie        | 5  | 11  | 12  | 1   | 1   | 30    |
| Kujawsko-Pomorskie  | 3  | 7   | 9   | 1   | 1   | 21    |
| Łódzkie             | 3  | 9   | 11  | 3   | 2   | 28    |
| Lubelskie           | 2  | 9   | 6   | 4   | 2   | 23    |
| Lubuskie            | 1  | 4   | 5   | 0   | 0   | 10    |
| Małopolskie         | 5  | 18  | 6   | 2   | 1   | 32    |
| Mazowieckie         | 9  | 20  | 14  | 5   | 5   | 53    |
| Opolskie            | 2  | 4   | 4   | 1   | 0   | 11    |
| Podkarpackie        | 1  | 13  | 4   | 2   | 1   | 21    |
| Podlaskie           | 1  | 7   | 3   | 0   | 1   | 12    |
| Pomorskie           | 3  | 12  | 6   | 0   | 1   | 22    |
| Śląskie             | 10 | 19  | 18  | 1   | 2   | 50    |
| Świętokrzyskie      | 1  | 4   | 6   | 2   | 1   | 14    |
| Warmińsko-Mazurskie | 2  | 5   | 5   | 1   | 1   | 14    |
| Wielkopolskie       | 6  | 10  | 13  | 3   | 1   | 33    |
| Zachodniopomorskie  | 3  | 6   | 8   | 0   | 0   | 17    |
| Lista krajowa       | 11 | 29  | 23  | 6   |     | 69    |
| Razem:              | 68 | 187 | 153 | 32  | 20  | 460   |

Źródło: obliczenia własne, na podstawie wyników głosowania w wyborach do Sejmu '97; metoda d'Hondta, utrzymana lista krajowa.

Przyjęta w ordynacji z 7 marca br. wielkość okręgów z punktu widzenia zasady proporcjonalności nie zaowocuje więc istotną poprawą stopnia jej realizacji, gdyż okręgi z tego punktu widzenia są nadal zbyt małe.



### 5.3. Formuła wyborcza, czyli metoda przekładania głosów na mandaty

Zainteresowanie skupię na dwóch metodach, które polski ustawodawca brał pod uwagę: d'Hondta i Sainte-Laguë<sup>23</sup>. Często stosowana jest także grupa metod wykorzystujących tzw. kwoty. Metody te, z punktu widzenia efektów rozdziału, są powiązane z omawianymi metodami dzielnikowymi<sup>24</sup>. Metody największych reszt nie spełniają dobrze kilku formułowanych w teorii społecznego wyboru postulatów, zwłaszcza postulatów monotoniczności ze względu na liczbę mandatów do podziału, ze względu na liczbę partii dopuszczonych do podziału, ze względu na liczbę głosów, co owocuje tzw. paradoksami rozdziału mandatów<sup>25</sup>. Być może dobrze, iż nie były brane ostatnio pod uwagę przez polskiego ustawodawcę, z jednym wszakże wyjątkiem – rozdziału mandatów na okręgi (art. 138), co jest nieco dziwne, skoro i do tego podziału można było zastosować metodę Sainte-Laguë. Metoda d'Hondta (stosowana już w wyborach sejmowych w II RP) wykorzystana była w wyborach 1993 i 1997 roku zarówno do rozdziału mandatów z list okręgowych, jak i listy krajowej. Wyjaśnijmy od razu, że nie ma praktycznego znaczenia jaka metoda (S-L czy d'H) stosowana jest do rozdziału mandatów z listy krajowej. Obie stosowane do rozdziału tak dużej liczby mandatów i w sytuacji, gdy najstarsze ugrupowanie zdobyć musi co najmniej 7% głosów, przynoszą identyczne lub prawie identyczne rezultaty.

Przedstawione w tabelach 3–4 wyniki symulacji dobrze ilustrują ogólne cechy tych formuł. Szczególnie dobrze widać różnice między nimi w tabeli 3, gdyż ukazuje ona stratę dwóch pierwszych ugrupowań wyłącznie w konsekwencji zmiany metody z d'Hondta na Sainte-Laguë. Warto przy tym zauważyć,

<sup>23</sup> Obie należą do grupy metod dzielnikowych (inna nazwa metody największych średnich, dość myląca, bo średnie są tu specyficznie rozumiane – wyj. Lijphart, op. cit.). Wg metody d'Hondta podziału pomiędzy uprawnione listy okręgowe dokonuje się w sposób następujący: a) liczbę głosów ważnie oddanych na każdą z tych list w okręgu wyborczym dzieli się kolejno przez 1, 2, 3 i dalej przez kolejne liczby naturalne, aż do chwili, gdy z otrzymanych w ten sposób ilorazów da się uszeregować tyle kolejno największych liczb, ile wynosi liczba mandatów do rozdzielienia między listy; b) każdej liście przyznaje się tyle mandatów, ile spośród ustalonego w powyższy sposób szeregu ilorazów przypada jej liczb kolejno największych. Natomiast w metodzie Sainte-Laguë w wersji klasycznej, rzadko w praktyce stosowanej, kolejnymi dzielnikami są 1, 3, 5 i kolejne liczby nieparzyste. W wersji zmodyfikowanej, częściej wykorzystywanej, pierwszym dzielnikiem jest 1, 4 następnymi 3 i kolejne naturalne liczby nieparzyste. Dalsze postępowanie jest analogiczne jak w przypadku metody d'Hondta. Owa modyfikacja metody Sainte-Laguë utrudnia partiom najmniejszym uzyskanie pierwszego mandatu w toku procedury ich rozdziału.

<sup>24</sup> W szczególności bardzo zbliżone rezultaty przynosi rozdział mandatów metodą d'Hondta oraz z wykorzystaniem kwoty Imperiali. Metodę z tej grupy wykorzystano w wyborach sejmowych 1991 roku – konkretnie metodę Hare'a-Niemeyera

<sup>25</sup> W literaturze polskiej bodaj najbardziej pogłębioną analizę metod rozdziału mandatów w systemach proporcjonalnych, również ich podstaw matematycznych i wspomnianych paradoksów Czytelnik znaleźć może w artykule J. Hamana, *Racjonalne metody podziału mandatów w wyborach proporcjonalnych*, „Studia Socjologiczne” 2000, nr 1–2. Patrz także symulowane aplikacje niektórych z nich do wyborów w Polsce: R. Golański, K. Kasprzyk, *Wybór publiczny* (w:) H. Sosnowska (red.), *Grupowe podejmowanie decyzji. Elementy teorii, przykłady zastosowań*, Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 1999.

że strata drugiego ugrupowania byłaby nawet w liczbach bezwzględnych większa niż ugrupowania pierwszego. Tabela 1 ukazuje zaś jaki byłby rozdział mandatów za pomocą każdej z tych metod, gdyby wybory '97 przeprowadzono w okręgach zaprojektowanych dla wyborów 2001 roku. Łączne oddziaływanie obu tych parametrów przyniosłoby zwycięskiemu ugrupowaniu bardzo istotne straty. Traci również druga partia. Prawdziwie wielkie różnice spowodowałyby jednak zastosowanie metody Hare'a–Niemejera, nawet w sytuacji istnienia progów (tab. 3 wiersz trzeci).

Tab. 3. Liczby mandatów dla poszczególnych partii dla wyników wyborów 1997 r., obliczone różnymi metodami

| Metoda           | AWS | SLD | UW | PSL | ROP | Mniejszość Niemiecka |
|------------------|-----|-----|----|-----|-----|----------------------|
| d'Hondta         | 201 | 164 | 60 | 27  | 6   | 2                    |
| Sainte-Laguë     | 193 | 155 | 69 | 30  | 11  | 2                    |
| Hare'a–Niemejera | 174 | 149 | 72 | 43  | 20  | 2                    |

Źródło: R. Golański, K. Kasprzyk, *Wybór publiczny* (w:) H. Sosnowska, op. cit., s. 56.

Tab. 4. Przewidywane skutki niektórych wariantów ordynacji wyborczej do Sejmu (41 okręgów)

| Partia | % głosów | Metoda d'Hondta z listą krajową (50-mandatową) |           | Metoda Sainte-Laguë z listą krajową (50-mandatową) |           | Metoda Sainte-Laguë bez listy krajowej |           |
|--------|----------|------------------------------------------------|-----------|----------------------------------------------------|-----------|----------------------------------------|-----------|
|        |          | l.m.                                           | % mandat. | l.m.                                               | % mandat. | l.m.                                   | % mandat. |
| A      | 40       | 243                                            | 52.8      | 226                                                | 49.1      | 229                                    | 49.8      |
| B      | 20       | 115                                            | 25        | 113                                                | 24.6      | 111                                    | 24.1      |
| C      | 11       | 54                                             | 11.7      | 61                                                 | 13.3      | 59                                     | 12.8      |
| D      | 9        | 40                                             | 8.7       | 49                                                 | 10.6      | 46                                     | 10.0      |
| E      | 5.2      | 8                                              | 1.7       | 11                                                 | 2.4       | 15                                     | 3.3       |
| Razem  | 85.2%*   | 460                                            | 100       | 460                                                | 100       | 460                                    | 100       |

\* Pozostałe głosy uzyskują listy, które nie przekraczają 5% progu.

Źródło: obliczenia własne. Założenia symulacji: mandaty rozdzielono w 41 okręgach, przyjmując ich granice i wielkość (liczby mandatów) określone w dwóch pierwszych wariantach na podstawie normy przedstawicielstwa, a w trzecim na podstawie Załącznika nr 1 do uchwalonej 7 marca 2001 r. ordynacji. Arbitralnym założeniem było, iż wzór zróżnicowań wyników wg okręgów będzie odpowiadał zróżnicowaniom wyników zaobserwowanym w 1997 roku. Przyjęto więc, iż zróżnicowania wyników partii A odpowiadają zaobserwowanym w 1997 r. zróżnicowaniom wyników SLD, B – AWS, C – UW, D – PSL, E – ROP. Symulacje, które nie przyjmują żadnego wzoru regionalnych zróżnicowań, są metodologicznie błędne.

Podane przykłady wskazują, iż metoda d'Hondta jest najkorzystniejsza dla dwóch największych partii, uprzywilejowuje je kosztem partii najsłabszych. Przydatne w tym miejscu jest jednak sprecyzowanie, które powtórzę za Jackiem Hamanem: „To, że jakaś metoda jest korzystniejsza dla partii dużych niż dla małych oznacza nie tyle, że *zawsze* jest korzystniejsza, ile raczej, że *na ogół* jest korzystniejsza. Wyjaśnienie, co oznacza «na ogół» wymaga z kolei odwołania się do rozkładu prawdopodobieństwa uzyskania różnych – korzystniejszych dla partii dużych lub małych – wyników”<sup>26</sup>. Ogólnie, metoda przekładania głosów na mandaty ma bardzo poważne konsekwencje dla rozdziału mandatów, w szczególności gdy okręgi wyborcze są relatywnie niewielkie. Skala dysproporcjonalności powodowana przez konkretną formułę nie jest jednak możliwa do określenia (niezależnie od innych parametrów) systemu wyborczego. Przyjęcie formuły Sainte-Laguë przy obecnym stanie systemu partyjnego i poziomie popularności poszczególnych ugrupowań, nawet bez innych zmian jawi się jako zasadniczy czynnik podnoszący proporcjonalność wyborów. Nie jest to jednak zmiana rewolucyjna.

W tab. 1–3 „manipulowano” jednym lub dwoma parametrami i przy założeniu rozkładu głosów znanego z wyborów sejmowych 1997 roku. Tymczasem o poziomie proporcjonalności decyduje konfiguracja wszystkich elementów systemu wyborczego, a także typ rozkładu głosów. W tabeli 4 uwidocznione jest łączne działanie wszystkich parametrów skonfigurowanych „realistycznie”, w tym sensie, jak dyskutowano w Sejmie projekty ordynacji. Nade wszystko założono zupełnie inny rozkład głosów. Jego podobieństwo do sondażowych notowań głównych polskich partii z początku 2001 r. jest dla naszych rozważań zupełnie nieistotne. Ostatnie dwie kolumny tabeli przedstawiają wariant wg ordynacji uchwalonej przez Sejm 7 marca 2001 roku. Wskaźnik proporcjonalności tego podziału istotnie wzrósł w stosunku do odnotowanego w wyborach '93 i '97 i wynosi 83.3. Ponadto byłby on znacząco wyższy, gdyby założyć mniej restrykcyjne działanie progu.



Wreszcie niejako w podsumowaniu przejść możemy do rozpatrzenia dylematu proporcjonalności i konkluzywności. Od racjonalnych reguł społecznego wyboru wymaga się, by były konkluzywne w tym sensie, że wiodą do jednoznacznych rozstrzygnięć. W przypadku polskich wyborów parlamentarnych ordynacja w zasadzie zawsze gwarantuje rozstrzygnięcie, to znaczy obsadzenie wszystkich mandatów (w ostateczności przewiduje procedurę losowania). Pomijam kwestię przestępstw przeciwko wyborom. Ważność i sku-

<sup>26</sup> J. Haman, op. cit., s. 38. Tenże daje przykład rozkładu, kiedy metoda d'Hondta okazuje się mniej korzystna dla dużej partii niż metoda Adamsa (zazwyczaj korzystna dla małych partii).

teczność wyborów nie jest warunkowana ani udziałem większości uprawnionych, ani tym bardziej uzyskaniem przez kandydatów takiej czy innej większości głosów. Rezygnacja z wymogu frekwencji co najmniej połowy uprawnionych, który skądinąd Konstytucja RP stawia przed referendum, by miało moc wiążącą (art. 125 ust. 3), a więc wobec głosowania zazwyczaj mniejszej rangi niż powołanie nowego parlamentu jest właśnie przejawem dążenia do konkluzywności wyborów<sup>27</sup>. Ta słaba zasada konkluzywności, chociaż zwraca się przeciwko zasadzie równości (o czym już wspomniano) jest ze wszech miar słuszna. Sytuacja, w której mogłoby nie dojść do powołania parlamentu na kolejną kadencję w drodze wolnych wyborów, burzyłaby fundament demokracji. Twórcy ordynacji z 1993 roku zasadę konkluzywności jednak zaostrzyli – w części świadomie, w części nie – zmierzając do ułatwienia powstawania większościowych koalicji parlamentarnych i rządowych. Temu celowi służyły wszystkie omówione wyżej rozstrzygnięcia, wywołujące dysproporcjonalność – formalnie proporcjonalnego – systemu wyborczego. Dzięki nim partie najsilniejsze uzyskiwały w kolejnych wyborach nieproporcjonalnie dużo mandatów w stosunku do otrzymanych głosów i z dużą łatwością formowały większościowe koalicje. Gdyby wybory 1997 roku odbyły się wg ordynacji z 1991 roku, to koalicja AWS i UW prawdopodobnie nie dysponowałaby większością mandatów w Sejmie, a wcześniej w 1993 roku koalicja SLD–PSL wg tej ordynacji otrzymałaby zaledwie 38% mandatów<sup>28</sup>.

Zmiana ordynacji w kierunku podniesienia proporcjonalności podziału – acz nieradykalna, to jednak istotna, zmniejsza konkluzywność wyborów zwłaszcza w dalszej perspektywie, gdy oddziałła na system partyjny. Ordynacja w nowym kształcie, zmniejszając premię za wielkość partii, hamuje tendencje integracyjne i sprzyja istnieniu partii średnich, a nawet małych – tyle że ponadprogowych. Nie musi to prowadzić do jakichś zasadniczych trudności w powoływaniu rządów, ale może negatywnie wpływać na spójność programową koalicji i tym samym jakość rządów. Z drugiej jednak strony godzi się przypomnieć, że koalicje w systemie reprezentacji proporcjonalnej są normą, wyjątkiem rządy jednopartyjne.

Starania o rozwiązanie dylematu proporcjonalności i konkluzywności zagrożone są zawsze bądź fragmentacją parlamentu, bądź deformacją woli publicznej. Nowa ordynacja zdaje się łagodzić napięcie pomiędzy tymi wartościami (niezależnie od faktu, iż trudno byłoby przypisać takie intencje sformowanej na tę okazję większości parlamentarnej). Podnosi, acz nie absolutyzuje znaczenie zasady proporcjonalności, bezpośrednio powiązanej z szerszą kwestią reprezentatywności, i nieco pomniejsza wartość konkluzywności.

<sup>27</sup> Nie ma wymogu uczestnictwa co najmniej połowy uprawnionych w przypadku referendum zatwierdzającego zmiany w Konstytucji RP (art. 235 ust. 6), co znów jest wyrazem realizmu ustrojodawcy i jego obaw przed sytuacją zablokowania się systemu politycznego.

<sup>28</sup> J. Haman, op. cit., s. 15–16. Analiza dla 1993 roku: M. Kamiński, *Koalicje wyborcze: lekcja 1993 roku* (w: J. Wasilewski (red.), *Zbiorowi aktorzy polskiej polityki*, ISP PAN, Warszawa 1997, s. 154–156.

MAŁGORZATA WINIARCZYK-KOSSAKOWSKA

## WOLNOŚĆ SUMIENIA I RELIGII

## 1. UWAGI WSTĘPNE

Wolność sumienia i wyznania (które to określenie, nie zaś wolność sumienia i religii, występowało wyłącznie w polskim prawie do 1997 r.) nie jest pojęciem wyizolowanym w prawie stanowionym przez państwo. Jest ono powiązane bardzo ściśle z jednej strony z równouprawnieniem ludzi niezależnie od ich stosunku do religii, co stanowi jeden ze składników ogólnego równouprawnienia ludzi, z drugiej zaś z regulacją sytuacji prawnej kościołów i innych związków wyznaniowych<sup>1</sup>. W szczególności regulacji tej dotyczą sprzeczne poglądy na temat tego, czy rozdział kościoła od państwa jest gwarancją, czy też zaprzeczeniem wolności sumienia i wyznania. Omawianie problematyki wolności sumienia i wyznania musi nawiązywać do obu sfer tych zagadnień.

Nie ma bowiem wolności sumienia i wyznania, jeżeli obywatel ma wprawdzie pełną swobodę wyboru i praktykowania różnych wyznań i światopoglądów, ale zarazem dokonany wybór powoduje bądź to uprzywilejowanie, bądź to dyskryminację w życiu publicznym. Historia, a nawet współczesność<sup>2</sup> znają setki tysięcy przykładów świadomego wyboru męczeństwa w imię wyznawanej religii lub światopoglądu. Jednak pragmatyczne podejście do życia skłania do rzeczywistej albo pozorowanej zmiany wyznania lub przekonań na preferowane w danej epoce i w danym miejscu<sup>3</sup>.

Instytucja kościoła państwowego czy podział związków wyznaniowych na prawnie uznane i prawnie nieuznane niemal zawsze stanowi ograniczenie wolności sumienia i wyznania osób należących do „gorszych” związków. Szczególnie kłopotliwe dla różnowierców i bezwyznaniowych jest powierzenie duchownym kościoła państwowego funkcji wyłącznych urzędników stanu

<sup>1</sup> W toku wywodów zawartych w artykule termin „kościół lub inny związek wyznaniowy” zastępuje często, dla zwięzłości, terminami „kościół” lub „związek wyznaniowy”. Dotyczy to także liczby mnogiej tych terminów.

<sup>2</sup> Jeszcze w 1963 r. w Maroku wykonano 3 wyroki śmierci na wyznawcach religii ba'ah' za odstępowanie od islamu.

<sup>3</sup> Pomijam rzadkie przypadki, gdy preferowane wyznanie programowo wyrzeka się prozelityzmu i zamyka się przed nowymi zwolennikami lub bardzo utrudnia im wejście w jego struktury organizacyjne.



cywilnego, jak w Wielkiej Brytanii oraz w – odchodzących od tego systemu – krajach skandynawskich. Nierówność może być łagodzona, jeżeli w danym kraju realnie istnieją inne ważne prawa obywatelskie. Np. w Polsce międzywojennej najpierw utrzymane w mocy prawa zaborcze i tymczasowe przepisy powojenne, a następnie ustawa z dnia 11 marca 1932 r. o zgromadzeniach<sup>4</sup> zwalniały prawnie uznane związki religijne z obowiązku uzyskiwania zezwolenia na zebrania religijne<sup>5</sup>. Natomiast związki wyznaniowe prawnie nieuznane musiały uzyskiwać zezwolenie na odprawianie nabożeństw<sup>6</sup>. Jeżeli istnieje wolność zgromadzeń, to nierównoprawność związków wyznaniowych nie uniemożliwia dyskryminowanym związkom sprawowania kultu religijnego.

Wreszcie wolność sumienia i wyznania ma związek z ogólnymi postanowieniami konstytucyjnymi dotyczącymi wolności i praw człowieka i obywatela oraz ich ograniczeń. Łączy się także ze szczegółowymi prawami i wolnościami, takimi jak: prawo rodziców do wychowywania dzieci, wolność wyrażania poglądów i opinii<sup>7</sup>, wolność zgromadzeń, wolność zrzeszania się oraz prawo do nauki<sup>8</sup>.

## 2. HISTORIA ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH WOLNOŚCI SUMIENIA I WYZNANIA

Istnieje obszerna literatura dotycząca rozwoju pojęć najpierw tolerancji religijnej, a później wolności sumienia i wyznania w historii doktryn społecznych i politycznych. Przedmiot rozważań w tym artykule stanowi jednak prawo pozytywne.

Wolność sumienia i wyznania została uznana w okresie wielkiej rewolucji francuskiej w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Art. 10 deklaracji gwarantował prawo do wolności religijnej, stanowiąc, że nikt nie może być niepokoiony z powodu swych poglądów, jeżeli ich manifestacja nie narusza porządku publicznego ustanowionego przez prawo<sup>9</sup>. „Poglądy” mogły więc być zarówno religijne, jak i areligijne, choć deklaracja nie stwierdzała tego

<sup>4</sup> Dz.U. nr 48, poz. 450.

<sup>5</sup> Zwolnienie to było ograniczone warunkiem, aby zebrania te odbywały się w sposób tradycyjny. Warunek ów dawał administracji państwowej możliwość utrudniania prawnie uznanym związkom religijnym (zwłaszcza Kościołowi prawosławnemu i zdominowanym przez Niemców kościołom ewangelicko-unijnym) odprawiania nabożeństw, np. pod pretekstem samowolnej zmiany języka nabożeństw.

<sup>6</sup> Np. w miesięczniku Polskiego Kościoła Chrześcijan Baptystów „Słowo Prawdy” liczne wspomnienia o jubileuszach poszczególnych zborów zawierają formuły: „Zbór uzyskał w roku... zgodę starostwa na odprawianie nabożeństw”. O karaniu za odbywanie zebrań modlitewnych Stowarzyszenia Badaczy Pisma Świętego bez zezwolenia por. M.T. Staszewski, *Wolność sumienia przed trybunałem II Rzeczypospolitej*, Warszawa 1970, s. 133.

<sup>7</sup> O rozgraniczeniu wolności wyrażania opinii od wolności sumienia i wyznania por. A. Łopatka, *Prawo do swobodnego wyrażania opinii*, Warszawa 1993, s. 17–20.

<sup>8</sup> W Konstytucji RP z 1997 r. są to artykuły 30, 48, 54, 57, 58 i 70.

<sup>9</sup> M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999, s. 29.

dosłownie. Rozwinięcie postanowienia deklaracji, dokonane dekretem z 21 lutego 1795 r., narzuciło jednak znaczne ograniczenia wolności kultu<sup>10</sup>. Pierwsza poprawka do konstytucji Stanów Zjednoczonych (jedna z 10 poprawek dotyczących praw człowieka, którymi uzupełniono w 1791 r. pierwotny tekst konstytucji z 1788 r., odnoszący się tylko do ustroju państwowego) ustalała, że „Kongres nie może stanowić ustaw wprowadzających religię ani zabraniających swobodnego wykonywania praktyk religijnych”. Jednak i ten przepis nie gwarantował wyraźnie wolności przekonań areligijnych, zaś przepisy konstytucji niektórych stanów południowych, zabraniające pełnienia urzędów publicznych przez niewierzących, a nawet wysłuchiwanie ich przez sądy jako świadków, doczekały się uchylenia dopiero w II połowie XX wieku.

Tytuł deklaracji francuskiej wskazywał, że zawarte w niej prawa stały się przedmiotem uniwersalizacji, gdyż wiązano je nie tylko z faktem obywatelstwa rewolucyjnego państwa, ale także z godnością ludzką w ogóle. Poprzedzone to było uznawaniem tolerancji religijnej wobec cudzoziemców. Pojęcie tolerancji religijnej miało znacznie mniejszy zakres w porównaniu z pojęciem wolności sumienia i wyznania. Oznaczała ona nierównoprawność wyznań oraz nierównoprawność osób należących do różnych wyznań, a swoboda praktykowania swego wyznania przez osoby nie należące do religii państwowej lub religii uprzywilejowanej była ograniczona<sup>11</sup>. Tolerancja wobec religii cudzoziemców występowała m.in. wtedy, gdy chodziło o sprowadzenie do kraju obcych rzemieślników lub innych specjalistów potrzebnych gospodarce, albo też rozgrywki w polityce międzynarodowej czyniły pożądanym otwarcie granicy dla osób prześladowanych z przyczyn religijnych w swym macierzystym państwie. Także w zmiennych losach rozszerzania i ograniczania praw przysługujących różnowiercom w Polsce przypominano w 1765 r., że „najpożyteczniejsze Królestwa miasta: Wschowa, Leszno, Rawicz, Bojanów etc. zabiegiem i pracą dissidentów kwitną” zaś nietolerancyjne Mazowsze „obszerną jest pustynią”<sup>12</sup>. Dzisiaj wolność sumienia i wyznania jest powszechnie uważana nie za prawo obywatela, lecz za prawo człowieka, przysługujące na równi własnym i obcym obywatelom.

<sup>10</sup> H. Świątkowski, *Wyznaniowe prawo państwowe. Problematyka prawna wolności sumienia w PRL*, Warszawa 1962, s. 11.

<sup>11</sup> Jednym z ograniczeń tolerancji były często zmieniane przepisy dotyczące świątyń tolerowanych wyznań oraz praktyka ich stosowania. Gdy w 1627 r. tłum katolicki spalił świątynię kalwińską i braci polskich w Lublinie, trybunał lubelski zakazał ich odbudowy. W 1640 r. zmuszono ewangelików wileńskich do przeniesienia ich świątyni poza mury miejskie. Por. J. Tazbir, *Dzieje polskiej tolerancji*, Warszawa 1973, s. 123, 130. Utrudnienia utrzymały się nawet w XX wieku. Luteranie w Prusach, także na ziemiach polskich (np. Wąbrzeźno), którzy odmówili w 1817 r. połączenia się w Kościół krajowy z ewangelikami reformowanymi, otrzymali koncesję generalną z 23 lipca 1845 r. (Zb.u.pr. s. 516) zezwalającą m.in. na posiadanie budynków poświęconych służbie Bożej. Dopiero ustawą z 23 maja 1908 r. (Zb.u.pr. s. 155) uzyskali oni prawo nazywania tych budynków „kościółkami” i używania w nich dzwonów.

<sup>12</sup> Artykuł „Monitora” cyt. za: J. Tazbir, op. cit., s. 158–159.

Wolność sumienia i wyznania nie torowała sobie łatwo drogi nawet w okresie oświecenia<sup>13</sup>. Uważana za jego wykwit w Polsce Konstytucja 3 maja 1791 r. nie tylko uznawała religię rzymskokatolicką za „religię narodową panującą”, ale wprowadzała karę wyklęcia za odstępstwo od niej<sup>14</sup>. Ludziom innych wyznań zapewniała „pokój w wierze i opiekę rządową (...) wszelkich obrządków i religii, wolność w krajach polskich, podług ustaw krajowych”<sup>15</sup>. Konkretny zakres tolerancji wobec innych wyznań określały zatem ustawy zwykłe, które w 1773 r. znacznie ograniczyły przyznane 5 lat wcześniej prawa różnawierców. Powstała pod wpływem francuskiej konstytucyjnej Księstwa Warszawskiego z dnia 22 lipca 1807 r. ustalała w swych dwu pierwszych artykułach, że „religia katolicka, apostolska, rzymska, jest religią stanu. Wszelka cześć religijna jest wolna i publiczna”. Swoboda czci religijnej, czyli według obecnego określenia – kultu religijnego, nie zapewniała równouprawnienia wyznawców wszystkich wyznań ani nie wykluczała ingerencji władz państwowych w sprawy organizacyjne związków wyznaniowych<sup>16</sup>. Nie zapewniała też wolności przekonań areligijnych<sup>17</sup>. Bardziej korzystne były zasady konstytucyjne Królestwa Polskiego z dnia 25 maja 1815 r., które utrzymywały charakter religii rzymskokatolickiej jako religii narodowej, jednak z zastrzeżeniem, że nie może to „uwłaszczać w niczem wolności innych wyznań, które wszystkie bez wyjątku będą używać zupełnie i publicznie te same wolności, pod dozorem prawa. Różnica wyznań chrześcijańskich nie pociąga żadnej różnicy w używaniu praw społecznych”. Nadal więc równouprawnienie nie dotyczyło niechrześcijan. Z niewielkimi różnicami sformułowań podobne przepisy zawierała ustawa konstytucyjna Królestwa Polskiego z dnia 27 listopada 1815 r., a nawet restrykcyjny, wydany po upadku powstania listopadowego statut organiczny dla Królestwa Polskiego z dnia 26 lutego 1832 r. Konstytucja Wolnego Miasta Krakowa i jego okręgu z dnia 15 lipca – 11 września 1818 r. zawierała przepis wzorowany merytorycznie na ustawie konstytucyjnej Królestwa Polskiego, lecz z jedną istotną różnicą: wolność wyznania dotyczyła tylko wyznań chrześcijańskich.

<sup>13</sup> Wyprzedzająca znacznie okres oświecenia, postępową w owym czasie konfederacja warszawska 1573 r. dotyczyła tylko szlachty 4 wyznań chrześcijańskich.

<sup>14</sup> Do dziś prozelityzm jest zakazany przez konstytucję grecką. Por.: A. Łopatka, op. cit., s. 18.

<sup>15</sup> O sprzecznych ocenach przepisów wyznaniowych Konstytucji 3 maja por. M. Pietrzak, *Wolność sumienia i wyznania w RP (Regulacje prawne i praktyka)* (w:) *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 278.

<sup>16</sup> Żadna bulla papieska nie mogła obowiązywać w Księstwie Warszawskim bez zatwierdzenia jej przez 7-osobową Komisję Rządzącą, mianowaną przez Napoleona jako najwyższy organ zarządu kraju. Również biskupów i kanoników mianowała ta komisja. Por. J.A. Goclon, *„Polska na królu pruskim zdobyta”*. *Ustrój, administracja i sądownictwo doby Komisji Rządzącej w 1807 roku*, Wrocław 1999, s. 111.

<sup>17</sup> „Zapewniono wolność religijną, przy czym nie wypowiedziano się wyraźnie o wolności sumienia. Tłumaczono to sobie, że w ten sposób władze dopuszczają wolnomyślność ludzi wykształconych, ale nie ateizm”. (J. Wysocki, *Kościół a Księstwo Warszawskie (1807–1815)* (w:) B. Kumor, Z. Obertyński (red.), *Historia Kościoła w Polsce*, t. II, cz. 1, Poznań–Warszawa 1979, s. 305.

Problematyka wolności wyznania w prawach państw zaborczych na ziemiach polskich wymagałaby obszernego omówienia, przekraczającego ramy artykułu. Skrótowno można stwierdzić, że żadne z państw zaborczych nie wprowadziło pełnego równouprawnienia wszystkich wyznań. Zawity i długotrwały, zwłaszcza wobec wyznawców religii mojżeszowej, był proces przyznawania równych praw obywatelskich osobom należącym do różnych religii. Najbliższe poglądom obecnym było prawo pruskie i – co jest raczej osobliwością ze względu na bardzo ograniczony obszar stosowania – prawo węgierskie na Spiszu i Orawie. Dość liberalne jak na ten czas było też prawo austriackie, dopuszczając nabożeństwa domowe wyznań nieuznanych, lecz bez prawa budowy świątyń. W zaborze rosyjskim o nieco szerszym zakresie wolności wyznania można mówić dopiero od zmian wywołanych rewolucją 1905 r. Prawo tego zaboru, inaczej niż pozostałych, nie znało pojęcia bezwyznaniowości.

Termin „wolność sumienia i wyznania” jest tradycyjną zbitką pojęciową, bardziej zrozumiałą jako zwrot całościowy, niż gdy usiłuje się dokonywać analizy każdego ze składających się na nią słów. Szczególnie trudne i niezbyt owocne byłoby analizowanie wyrazu „sumienie”. Z wielu określeń „sumienia” przyjmuję jedną z najnowszych definicji w literaturze polskiej – ściśle: początek wielocłonowej definicji K. Kosiora<sup>18</sup>. Według niej sumienie, to „świadomość moralna, zdolność wydawania ocen dotyczących wartości moralnej czynów człowieka, w szczególności postępowania samego podmiotu”. W omawianej zbitce słowo „sumienie” występuje w węższym znaczeniu, jako zdolność do wydawania ocen co do wartości konkretnej religii lub przekonań areligijnych oraz do wyboru wynikającego z dokonanej oceny. Należy jednak dodać realistycznie, że w sprawach religii i przekonań typową sytuacją jest nie wybór świadomy, lecz zachowywanie tradycji, dziedziczenie ich po rodzicach i dalszych przodkach. Ten tradycjonalizm wzmacniany jest – aczkolwiek współcześnie w zmniejszającym się stopniu – tzw. metrykalnym charakterem religii, polegającym na tym, że człowieka uważa się za wyznawcę tej religii, którą w niemowlęctwie nadali mu rodzice, bez względu na mniejszy lub większy faktyczny z nią związek w życiu dojrzałym. W dzisiejszym prawie polskim, które nie przewiduje wykazywania przynależności wyznaniowej w żadnym z dokumentów oficjalnych, wskazanie na „religię metrykalną” występuje głównie w odpowiedziach na pytania o wyznanie lub światopogląd w badaniach socjologicznych.

Zmiana słowa „wyznania” na słowo „religii” dokonana w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>19</sup> wynika z przyjęcia katolickiej terminologii deklaracji Soboru Watykańskiego II o wolności religij-

<sup>18</sup> J. Dębowski, L. Gawor, S. Jedynek, K. Kosior, J. Zdybel, L. Zdybel, *Mała encyklopedia filozofii, pojęcia, problemy, kierunki, szkoły*. Bydgoszcz 1996, s. 448–449.

<sup>19</sup> Dz.U. nr 78, poz. 483.

nej „Dignitatis splendor”<sup>20</sup>. Termin „wolność religijna” jest używany także przez niektóre inne wyznania<sup>21</sup>. Religioznawcy wprowadzają niekiedy pewne rozróżnienie pojęć, w myśl którego „wyznaniem” jest wspólnota wyodrębniająca się z „religii” jako większej wspólnoty. W potocznym języku różnica ta nie występuje. Z prawnego punktu widzenia zmiana słowa nie jest istotna, podobnie jak zastąpienie zwrotu „związek religijny” używanego w konstytucji marcowej przez zwrot „związek wyznaniowy” w konstytucji PRL. W obu przypadkach zmiany te nie spowodowały konieczności zmiany ustaw zwykłych. L. Garlicki zwięźle utożsamiał oba pojęcia w odniesieniu do Konstytucji RP z 1997 r.: „wolność sumienia i religii, tj. wyznania”<sup>22</sup>. Zresztą art. 48 ust. 1 tej konstytucji mówi o „wolności sumienia i wyznania”, natomiast w art. 53 ust. 7 – o „przekonaniach religijnych lub wyznaniu”. Wielość terminologii, dotyczącej tak istotnej sprawy w ustawie konstytucyjnej nie jest jednak korzystna.

Kontrowersyjny problem stanowi natomiast wzajemny stosunek dwu pojęć w tej zbitce. Według pierwszej definicji najważniejszą cechą wolności sumienia jest wolność posiadania przekonań, poglądów na istotę świata (wolność psychologiczna), zaś wolność wyznania jest wolnością ich uzewnętrzniania. Reprezentowali ją m.in. J. Zakrzewska i M. Sobolewski<sup>23</sup>. Definicji tej zarzucano, iż czyni wolność sumienia pojęciem pozaprawnym, gdyż poglądy nieuzewnętrzniane nie mogą być przedmiotem norm prawnych<sup>24</sup>. Co prawda autorzy ci do wolności sumienia zaliczali również wolność wyboru religii lub niewybrania żadnej, co już jest pojęciem prawnym. Według drugiej definicji wolność sumienia jest wolnością posiadania i uzewnętrzniania zarówno poglądów religijnych, jak i areligijnych (pojęcie szersze), zaś wolność wyznania jest wolnością posiadania i uzewnętrzniania tylko poglądów religijnych (pojęcie węższe, zawarte już w poglądzie szerszym)<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> J. Krukowski wyznając pogląd, jakoby termin „wolność religii” został zaczerpnięty z międzynarodowych umów o ochronie człowieka, opartych na afirmacji istnienia prawa naturalnego (J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, s. 77), utożsamia angielskie słowo „religion” jedynie z polskim słowem „religia”, podczas gdy wielu tłumaczy używa określenia „wyznanie”.

<sup>21</sup> We władzach Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego istnieje stanowisko sekretarza do spraw wolności religijnej. Kongresy Światowego Związku Baptystów, m.in. w 1975 i 1980 r., uchwałyły rezolucje zawierające rozdział „Wolność religijna i prawa człowieka”.

<sup>22</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 111. Obszerniejszy wywód P. Tulei (w:) P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1999, s. 75–76, także prowadzi do konkluzji o tożsamości obu terminów.

<sup>23</sup> J. Zakrzewska, M. Sobolewski, *Wolność sumienia i wyznania*, Warszawa 1963, s. 16–17 i 29. M. Sobolewski, *Ustawodawstwo laickie w dwudziestolecie Polski Ludowej. Wolność sumienia*, „Zeszyty Argumentów” 1964, nr 2/13, s. 7–8.

<sup>24</sup> A. Merker, *Wolność sumienia i wyznania w ustawodawstwie Polski Ludowej*, „Zeszyty Argumentów” 1967, nr 3/32, s. 7. Podobnie J. Krukowski, op. cit., s. 77, stwierdza wyraźnie, że tak pojęta wewnętrzna wolność sumienia „pozostaje poza zasięgiem woli ustawodawcy”. Wg A. Łopatki „wolność posiadania i zmiany – zgodnie z własną wolą – religii lub przekonania (...) nie podlega kontroli zewnętrznej, w tym również ze strony państwa” (A. Łopatka, op. cit., s. 9).

<sup>25</sup> W inny sposób, z powołaniem się na dzieła Marksa, Engelsa i Lenina, używających wyłącznie pojęcia „wolność sumienia”, J. F. Godlewski (*Obywatel a religia. Wolność sumienia w PRL*, Warszawa 1977, s. 10) dochodził do zbliżonego wniosku, uważając określenie „wolność sumienia i wyznania”



Pierwszym polskim przepisem prawnym wprowadzającym zarówno wolność sumienia i wyznania, jak i równouprawnienie obywateli bez względu na wyznanie i przekonania religijne był art. 111 Konstytucji RP z dnia 17 marca 1921 r.<sup>26</sup> Prawo wolnego wyznawania swej wiary i wykonywania przepisów swej religii konstytucja ta zapewniała „wszystkim mieszkańcom”, więc także cudzoziemcom. Bezwyznaniowcy mogli powoływać się na wolność sumienia, ale nie obejmował ich zakaz ograniczania praw obywateli „z powodu swego wyznania i przekonań religijnych”. Ustawa z dnia 13 marca 1931 r. o wygaśnięciu mocy prawnej przepisów wyjątkowych, związanych z pochodzeniem, narodowością, językiem, rasą lub religią obywateli Rzeczypospolitej<sup>27</sup> miała przede wszystkim charakter deklaratoryjny, gdyż nie wymieniała uchylanych przepisów. Także ta ustawa nie mówiła o równouprawnieniu bezwyznaniowców. Najważniejszym elementem ich dyskryminacji było utrzymanie w całym okresie międzywojennym wyłącznie religijnego prawa małżeńskiego w b. zaborze rosyjskim, co zmuszało bezwyznaniowców do zawierania ślubów kościelnych dla zapewnienia legitymacji prawnej swojego potomstwa<sup>28</sup>. Przepisy dotyczące składania w różnych okolicznościach przysięg lub przyrzeczeń stanowiły prawdziwą mozaikę. Chrześcijańska rota przysięgi składanej przez Prezydenta Rzeczypospolitej w myśl art. 54 konstytucji marcowej wykluczała powierzenie tego urzędu niechrześcijaninowi, chociaż w trzecim czytaniu projektu konstytucji w Sejmie Ustawodawczym 15–16 III 1921 r. upadł przepis, że prezydentem może być tylko Polak katolik<sup>29</sup>. Rota przysięgi wojskowej miała 3 warianty: dla chrześcijan wszystkich wyznań, dla niechrześcijan prócz muzułmanów i dla muzułmanów<sup>30</sup>. Przed sądem obowiązywała w zasadzie religijna rota przysięgi, ale dla mennonity, baptysty, ewangelicznego chrześcijanina i adwentysty dozwolona była odpowiedź słowem „tak” na zapytanie sędziego, czy będzie mówił szczerą prawdę zgodnie z nauką Chrystusa Pana. Wreszcie bezwyznaniowców dotyczyła rota uroczystego przyrzeczenia mówienia prawdy<sup>31</sup>. Ogólnoreligijna, niezróżnicowana wyznaniowo rota przysięgi

jedynie za rozwinięcie pojęcia „wolność sumienia”, zawierające tę samą treść. Inny pogląd utożsamia wolność sumienia i wyznania, nie dostrzegając między tymi terminami istotnych różnic. Wspomina o tym stanowisku, bez podawania przykładów, M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, op. cit. s. 19. Odosobniona jest opinia W. Skrzydły, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Komentarz*, Kraków 1998, s. 51, iż wolność sumienia to tylko możliwość przyjęcia innego światopoglądu niż religijny.

<sup>26</sup> Dz.U. nr 44, poz. 267.

<sup>27</sup> Dz.U. nr 31, poz. 214.

<sup>28</sup> S. Skalski, *Wolność sumienia i wyznania w świetle współczesnych konstytucyj*, Lublin 1925, s. 9.

<sup>29</sup> K. Krasowski, *Związki wyznaniowe w II Rzeczypospolitej, studium historycznoprawne*, Warszawa–Poznań 1988, s. 53; H. Świątkowski, op. cit., s. 19.

<sup>30</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 7 października 1932 r. o służbie wojskowej podoficerów i żołnierzy, Dz.U. 1934 nr 89, poz. 747, art. 4.

<sup>31</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 25 czerwca 1929 r. w sprawie formy zapewnienia w postępowaniu karnym przez świadków, biegłych, tłumaczy i przysięgłych zgodnego z prawem spełnienia ich obowiązków, Dz.U. nr 47, poz. 383. Miało ono zastosowanie także w postępowaniu cywilnym.

obowiązywała ministrów, urzędników państwowych, sędziów<sup>32</sup> i policjantów<sup>33</sup>. Natomiast sołtysi, wójtowie, burmistrzowie, prezydenci miast i ich zastępcy składali również niezróżnicowaną wyznaniowo religijną rotę przysięgi, ale wyznawcy wymienionych wyżej 4 wyznań chrześcijańskich i bezwyznaniowi składali przyrzeczenie<sup>34</sup>. Abstrahując od realnych układów społecznych, teoretycznie w II Rzeczypospolitej ateista mógł zostać prezydentem wielkiego miasta, ale nie mógł zostać zwykłym posterunkowym.

W Konstytucji RP z dnia 23 kwietnia 1935 r.<sup>35</sup> uniknięto różnic zdań na temat wolności sumienia i wyznania, nie regulując jej nowym przepisem, lecz utrzymując w mocy artykuły wyznaniowe konstytucji marcowej<sup>36</sup>.

W wyniku doświadczeń II wojny światowej wolność sumienia i wyznania stała się, obok innych praw i wolności człowieka, przedmiotem internacjonalizacji<sup>37</sup>, wchodząc najpierw do uroczystej deklaracji, a następnie do podlegających ratyfikacji, bardziej szczegółowych umów międzynarodowych. W przypadku wolności sumienia i wyznania nastąpił jednak późniejszy powrót do deklaracji. Tekst art. 18 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 10 grudnia 1948 r. brzmi: „Każda osoba ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii; prawo to obejmuje wolność zmiany swej religii lub przekonań, jak również wolność manifestowania swej religii lub przekonań, indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, poprzez nauczanie, praktyki religijne, sprawowanie kultu i rytuałów”<sup>38</sup>. Kolejnym krokiem naprzód jest Międzynarodowy Pakt Praw Obywatel-

<sup>32</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 22 listopada 1919 r. w przedmiocie nowego tekstu rot przysięgi dla ministrów, urzędników i sędziów, Dz.U. nr 89, poz. 486.

<sup>33</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o Policji Państwowej, Dz.U. 1931, nr 3, poz. 27, art. 47.

<sup>34</sup> I rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 października 1933 r. w sprawie wykonania ustawy o częściowej zmianie ustroju samorządu terytorialnego, Dz.U. nr 80, poz. 577, § XP 19 i §§ XP 29–31.

<sup>35</sup> Dz.U. nr 39, poz. 227.

<sup>36</sup> Podobny zabieg legislacyjny dokonano w Ustawie Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., utrzymując w mocy artykuły wyznaniowe konstytucji Rzeszy Niemieckiej tzw. weimarskiej z 11 sierpnia 1919 r. mimo braku ciągłości chronologicznej pomiędzy obu konstytucjami (przerwanej przez totalitaryzm hitlerowski) i mimo tego, że dwa utrzymane w mocy przepisy były martwe zarówno przed 1933 r., jak i obecnie w RFN. Dotyczyło to równouprawnienia organizacji światopoglądowych ze związkami religijnymi (art. 137 ust. 7) i wykupu dawnych zobowiązań krajów Rzeszy do dotowania związków religijnych (art. 138 ust. 1).

<sup>37</sup> Uwzględniam w swych wywodach zarówno ratyfikowane konwencje, jak i deklaracje, mimo że tylko te pierwsze, zgodnie z art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, są źródłem powszechnie obowiązującego prawa RP, a w przypadku kolizji mają pierwszeństwo przed ustawą. Jednak moim celem jest skrótkowe pokazanie rozwoju poglądów na wolność sumienia i wyznania w dokumentach ONZ, Rady Europy i KRWF (obecnie OBWE) oraz ich wpływu na merytoryczne kształtowanie prawa polskiego. Nie oznacza to niedostrzegania różnic pomiędzy ratyfikowaną konwencją a deklaracją. Nie zauważa tych różnic K. Warchałowski w swym skądinąd wartościowym zbiorze *Prawo wyznaniowe, wybór źródeł*, Warszawa 2000, umieszczając je jedno i drugie w rozdziale zatytułowanym „Ratyfikowane umowy międzynarodowe”. Rozmiar artykułu pozwala na omówienie tylko najważniejszych dokumentów prawa międzynarodowego.

<sup>38</sup> Posługuję się pragmatycznie tłumaczeniami zawartymi w zbiorze B. Gronowskiej, T. Jasudowicza i C. Mika *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1993, gdyż obejmuje on

skich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.<sup>39</sup> Jego art. 18 powtarza w ust. 1 z małymi zmianami tekst art. 18 Powszechnej Deklaracji, ale następne ustępy wymierzone są przeciwko przymusowi w tej dziedzinie i wskazują zarazem, w ślad za ogólną klauzulą art. 29 ust. 2 Powszechnej Deklaracji, że istnieją granice dopuszczalnego korzystania z tej wolności:

„2. Nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru.

3. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób<sup>40</sup>.

4. Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się do poszanowania wolności rodziców lub, w odpowiednich przypadkach, opiekunów prawnych do zapewnienia swoim dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniami.” Już wcześniej podobne sformułowania zawarte zostały w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 r., jednak konwencja ta jest układem zamkniętym, ograniczonym do państw – członków Rady Europy, tak że przez Polskę mogła być ratyfikowana dopiero po przystąpieniu do tej Rady<sup>41</sup>. Najobszerniejszy dokument dotyczący omawianej problematyki stanowi Deklaracja w sprawie wyeliminowania wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji opartych na religii lub przekonaniach, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 25 listopada 1981 r. Poprzedzona była ona dyskusjami trwającymi od

---

wszystkie omawiane teksty. Natomiast opublikowane pod egidą Biura Informacji ONZ przy współpracy Polskiego Towarzystwa Przyjaciół ONZ przez PWN w 1963 r. broszurowe wydanie Powszechnej Deklaracji, uznawane na ogół za polski tekst półoficjalny, podaje art. 18 w brzmieniu: „Każdy człowiek ma prawo wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje swobodę zmiany wyznania lub wiary oraz swobodę głoszenia swego wyznania lub wiary bądź indywidualnie, bądź wspólnie z innymi ludźmi, publicznie i prywatnie, poprzez nauczanie, praktykowanie, uprawianie kultu i przestrzeganie obyczajów”. Znaczne różnice w obu przytoczonych tekstach pokazują trudności prawidłowej translacji aktów prawa międzynarodowego, w tym zaś przypadku przede wszystkim angielskiego słowa „belief”. Słownikowo oznacza ono: „wiara, wierzenie”. Słowo to spowodowało długotrwałe spory przy redagowaniu deklaracji ONZ z 1981 r. Ostatecznie zostało w niej przyjęte w znaczeniu „poglądów dotyczących wiary” czy wręcz „światopoglądu”, nie tylko religijnego, ale i areligijnego.

<sup>39</sup> Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167 – załącznik.

<sup>40</sup> Zbliżone ograniczenia praw i wolności zawiera ten pakt także w niektórych innych artykułach, jak art. 12 dotyczący swobody poruszania się, art. 19 dotyczący wyrażania opinii, art. 21 dot. wolności zgromadzeń i in. Art. 18 ust. 3 powtarza ograniczenia określone w europejskiej konwencji z 4 lipca 1950 r., jednak z wyłączeniem ograniczeń związanych ze zdrowiem i moralnością publiczną. (Niektóre zachowania wynikające z religii mogą w innych kręgach kulturowych być uważane za zagrażające moralności publicznej lub szkodzące zdrowiu. W czasie epidemii niebezpieczne dla zdrowia może stać się nawet masowe zgromadzenie wierzących na procesjach i pielgrzymkach.) Te dwa ograniczenia weszły natomiast do deklaracji ONZ z 1981 r.

<sup>41</sup> Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

1960 r.<sup>42</sup> Przeciągały je kraje islamskie, które skutecznie zapobiegły dosłownemu wymienieniu w niej prawa do zmiany religii, o którym mówiła Powszechna Deklaracja. Związek Radziecki preforsował wprowadzenie do dyskutowanego tekstu formuły o przekonaniach rozumianych także jako przekonania areligijne, następnie jednak hamował prace przez wielokrotne zmiany stanowiska odnośnie do tego, czy należy przygotowywać deklarację, czy podlegającą ratyfikacji konwencję międzynarodową. Deklaracja zawiera bardzo obszerny wstęp wymieniający negatywne dla ludzkości skutki nietolerancji. Po powtórzeniu w art. 1–2 postanowień Międzynarodowego Paktu z 1966 r. deklaracja znosi w art. 3–4 wszelkie formy dyskryminacji na tle religii i przekonań, wymieniając konkretnie, że chodzi o „jakiegokolwiek rozróżnienie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie oparte na religii lub przekonaniach”. Art. 6 omawia sytuację dzieci. Art. 7 zawiera obszerny katalog uprawnień składających się na prawo do wolności myśli, sumienia, religii lub przekonań, przy czym dominują w niej prawa dotyczące zbiorowego ich praktykowania. Jest to pierwszy międzynarodowy katalog uprawnień przysługujących „wspólnotom” (jak je określa art. 6 lit. i) czyli kościołom i innym związkom wyznaniowym. Przyjęcie deklaracji w momencie szczytowych napięć społecznych w Polsce spowodowało, że minęło ono w naszym kraju bez echa, a także do dziś dnia deklaracja ta nie jest tak znana, jak na to zasługuje. Wspomnieć trzeba również o Deklaracji praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 18 grudnia 1992 r. Akcentuje ona, że szczególnej ochrony wymagają prawa mniejszości, w tym religijnych, a także uwzględnia fakt, że wiele mniejszości religijnych stanowi równocześnie mniejszość narodową, etniczną lub językową. Zasadnicze sformułowania dokumentów ONZ weszły do Aktu Końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, podpisanego w Helsinkach 1 sierpnia 1985 r., zaś uszczegóławiają je dokumenty końcowe spotkań przedstawicieli państw – uczestników KBWE w Madrycie 6 września 1983 r. i w Wiedniu 19 stycznia 1989 r. Dokument wiedeński zaleca m.in. tworzenie klimatu wzajemnej tolerancji i poszanowania między wierzącymi różnych wspólnot, a także między wierzącymi i niewierzącymi. Podkreśla, że wychowanie religijne i publikacje religijne winny być dostępne w języku wybranym przez zainteresowanych<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo praw człowieka. Zarys*, Warszawa 1998, s. 88–89.

<sup>43</sup> Na III Międzynarodowym Kongresie Wolności Religijnej w Londynie 23–26 lipca 1989 r. prelegent radziecki uzasadniał przedłużanie prac nad projektem ustawy o wyznaniach tym, że „po-stanowienia wiedeńskie KBWE podniosły poprzeczkę”. Natomiast prelegent polski wskazywał, że projekt ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania był już zaawansowany w czasie przyjęcia dokumentu wiedeńskiego, ale „nie zachodziła potrzeba zmian w projekcie ustawy, gdyż uwzględniał on już te elementy, które znalazły się w Deklaracji” (wiedeńskiej). Por.: *III Międzynarodowy Kongres Wolności Religijnej w Londynie*, „Rocznik Teologiczny” (Chrześcijańskiej Akademii Teologicznej), 1989, r. XXXI, s. 149 i 165.



Konstytucja PRL z dnia 22 lipca 1952 r.<sup>44</sup> proklamowała równe prawa obywateli niezależnie od wyznania (art. 69 ust. 1), także w odniesieniu do praw wyborczych (art. 81). Ustanawiała opatrzoną sankcją karną zakaz naruszania tej zasady w odniesieniu do obywateli oraz zakaz nienawiści i poniżania w stosunku do każdego człowieka (art. 69 ust. 1 i 2). Zasadniczym przepisem wyznaniowym tej konstytucji był art. 70 o brzmieniu:

„1. Polska Rzeczpospolita Ludowa zapewnia obywatelom wolność sumienia i wyznania. Kościół i inne związki wyznaniowe mogą swobodnie wypełniać swoje funkcje religijne. Nie wolno zmuszać obywateli do niebrania udziału w czynnościach lub obrzędach religijnych. Nie wolno też nikogo zmuszać do udziału w czynnościach lub obrzędach religijnych.

2. Kościół jest oddzielony od państwa. Zasady stosunku państwa do kościoła oraz sytuację prawną i majątkową związków wyznaniowych określają ustawy.

3. Nadużywanie wolności sumienia i wyznania dla celów godzących w interesy Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej jest karane”.

Całościowe brzmienie art. 70 wskazywało na przyjęcie poglądu o pierwotnym charakterze wolności sumienia i wyznania jednostki, a pochodnym od niej charakterze praw Kościoła i związków wyznaniowych. Wadliwie zbudowane było rozróżnienie sytuacji obywateli i innych osób, prowadzące do wniosku, że cudzoziemca nie wolno zmuszać do udziału w czynnościach religijnych, ale wolno zmuszać go do niebrania w nich udziału<sup>45</sup>. Ustęp 3 wprowadzał ograniczenie wolności sumienia i wyznania wykraczające poza konieczność zapewnienia porządku publicznego, na co wskazuje jeszcze francuska Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela, czy bezpieczeństwa publicznego, o którym mówi prawo międzynarodowe. W nowelizacji konstytucji z 1976 r. ustęp ten został skreślony, jednak pozostał odpowiadający mu przepis w kodeksie karnym.

O praktyce wolności sumienia i wyznania w PRL mówi bogata literatura krytyczna, przede wszystkim katolicka. Udokumentowane są także zarówno w publikacjach odnośnych związków wyznaniowych, jak i w opracowaniach ogólnych, represje wobec duchownych i wiernych związków o genezie amerykańskiej, które przypadły na lata 1950–51, a więc przed uchwaleniem kon-

<sup>44</sup> Dz.U. 1952, nr 33, poz. 232; tekst jednolity po zmianach: Dz.U. 1976, nr 7, poz. 36. W tekście jednolitym artykuł wyznaniowy uzyskał nr 82.

<sup>45</sup> Także wcześniejszy dekret z dnia 5 sierpnia 1949 r. o ochronie wolności sumienia i wyznania (Dz.U. nr 45, poz. 334) w art. 1 poręczał wolność sumienia i wyznania tylko obywatelom i karał ograniczenie ich w prawach ze względu na przynależność wyznaniową, przekonania religijne lub bezwyznaniowość. Jednak przepis art. 3 o karalności zmuszania do udziału w czynnościach lub obrzędach religijnych lub bezprawnego powstrzymywania od tego udziału dotyczył każdej osoby. Pojęcie „bezprawności powstrzymywania” zakładało istnienie prawnie dopuszczalnego powstrzymywania. W pewnych skrajnych sytuacjach dawało to usprawiedliwienie dla nadużyć, np. żołnierz nie mógł zejść z posterunku wartowniczego, aby uczestniczyć w nabożeństwie. Rozdział XXVIII kodeksu karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r. (Dz.U. nr 13, poz. 94), powtarzając bez większych zmian przepisy dekretu z 1949 r., skreślił jednak wymóg bezprawności powstrzymywania.



stytucji PRL. Próby periodyzacji polityki wyznaniowej PRL wskazują, że wejście w życie konstytucji nie wyznaczyło nowego okresu w tej polityce. Nie została dotychczas opisana w literaturze przedmiotu okoliczność, że w uzasadnieniach wyroków karnych przeciwko świadkom Jehowy sądy wskazywały najczęściej na ustęp 3 art. 70 konstytucji.

### 3. PRAWO DOTYCZĄCE WOLNOŚCI SUMIENIA I WYZNANIA OBECNIE OBOWIĄZUJĄCE W POLSCE

#### 3.1. Ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania

Odejście od poprzedniej polityki wyznaniowej PRL znalazło odbicie w 3 ustawach z dnia 17 maja 1989 r., które, wbrew wzmiankom występującym niekiedy w publikacjach, nie są rezultatem obrad „okrągłego stołu”. Przygotowane były one przez mieszane komisje państwowo-kościelne. Dla tematyki niniejszego artykułu najważniejsza z nich jest ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania<sup>46</sup>.

Ustawa ta w preambule przywołuje akty prawa międzynarodowego dotyczące wolności sumienia i wyznania. Dział I „Wolność sumienia i wyznania” poprzedza obszernie działy dotyczące sytuacji prawnej kościołów i innych związków wyznaniowych, ustawa przyjmuje więc pierwotny charakter praw jednostki i pochodny charakter praw związków wyznaniowych. Dział I mówi o prawach obywateli, lecz jego końcowy art. 7 stwierdza, że z wymienionych w nim praw na równi z obywatelami polskimi korzystają przebywający w Polsce cudzoziemcy i bezpaństwowcy. Jest to rzadki zarówno w prawie polskim, jak i w prawie wielu innych krajów przepis wspominający o bezpaństwowcach<sup>47</sup>. Ustawa zawiera kilkunastopunktowe wyliczenie składników wolności sumienia i wyznania, poprzedzone słowami „w szczególności”, wskazującymi, że nie jest to katalog zamknięty. Postanowienia ustawy powtarzają przepisy zawarte w aktach międzynarodowych zarówno co do składników wolności sumienia i wyznania, jak i co do jej ograniczeń. W porównaniu z nimi kilka wymienionych niżej postanowień stanowi novum prawne i specyfikę ustawy.

<sup>46</sup> Dz.U. nr 29, poz. 155. O historii jej opracowania por.: M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie...*, op. cit., s. 20–21; G. Rydlewski, *Geneza i tryb przygotowania ustawodawstwa wyznaniowego w Polsce w roku 1989* (w:) B. Górowska, G. Rydlewski, *Regulacje prawne stosunków wyznaniowych w Polsce*, Warszawa 1992; III Międzynarodowy..., op. cit.; J. Osuchowski, *Entscheidende Probleme der Religionsfreiheit im heutigen Polen*, „Gewissen und Freiheit” 1991, nr 37; Z. Tranda, *Nowa ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania*, „Jednota” 1998, nr 9/10; G. Rydlewski, *Geneza i tryb przygotowania ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania*, „Rocznik Teologiczny” 2000, r. XLII, z. 1, s. 301.

<sup>47</sup> Zapewne o tej kategorii przypominały autorom ustawy perypetie z powołaniem zasłużonej dla ratowania zabytków kultury żydowskiej w Polsce Fundacji imienia Rodziny Nissenbaumów, gdyż fundator jej Zygmunt Nissenbaum jest bezpaństwowcem, zaś ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. nr 21, poz. 97) przewiduje ustanawianie fundacji jedynie przez osoby prawne oraz przez obywateli różnych państw.

- Równe prawa mają obywatele wierzący wszystkich wyznań oraz niewierzący. Nikt nie może być dyskryminowany lub uprzywilejowany z powodu religii lub przekonań w sprawach religii.
- Obywatele mogą zachowywać milczenie w sprawach swojej religii lub przekonań<sup>48</sup>. Wyjątkami od tej zasady są: powoływanie się na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne przy ubieganiu się o służbę zastępczą zamiast służby wojskowej oraz ujawnienie swoich przekonań religijnych w czasie pełnienia funkcji kierowniczej w związku wyznaniowym oraz teje funkcji, chociażby ze względu na skutki cywilnoprawne zawieranych przez te osoby w imieniu związku wyznaniowego umów<sup>49</sup>.
- Obywatele mogą wybierać stan duchowny lub zakonny. Żaden akt prawa międzynarodowego nie wspomina wyraźnie o zakonach.
- Osoby należące do kościołów i związków wyznaniowych, których święta religijne nie są dniami ustawowo wolnymi od pracy, mogą na własną prośbę (lub dzieci na prośbę rodziców) uzyskać na czas świąt zwolnienie od pracy lub nauki, przy czym zwolnienie od pracy powinno być odpracowane.
- Klauzula zakazująca uchylania się ze względu na przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne od obowiązków publicznych nałożonych przez ustawy uzupełniona jest wyjątkiem w postaci wspomnianego już uprawnienia do służby zastępczej.

Na przepisach ustawy zaciążyła chęć przewyciężenia praktyk poprzednich dziesięcioleci, w czasie których istniało faktyczne preferowanie poglądów

<sup>48</sup> Prawo milczenia ustanawia konstytucja weimarska Rzeszy Niemieckiej w art. 136 ust. 3, utrzymanym w mocy, jak już wspomniano, przez Ustawę Zasadniczą RFN. Jednak konstytucja ta przewiduje 2 wyjątki od tego prawa: „Władze mają prawo pytać o przynależność do związku wyznaniowego tylko wówczas, gdy zależą od tego prawa i obowiązki lub wymaga tego zarządzone ustawowo badanie statystyczne”. Pierwszy wyjątek związany jest z pobieraniem w RFN podatku kościelnego. Brak odpowiedniego wyjątku w Konstytucji RP nie daje możliwości wprowadzenia takiego podatku w Polsce, w analogicznej do niemieckiej formule, opartej na przymusowym ściąganiu go przez państwo na podstawie wykazanej w ewidencji ludności przynależności wyznaniowej. Brak drugiego wyjątku uniemożliwia pytanie o przynależność wyznaniową w spisach powszechnych ludności. Zdaniem autorki odpowiedź na takie pytanie byłaby zniekształcona ze względu na zgodne z tradycją podawanie tzw. „religii metrykalnej”, a także wskutek obaw mniejszości wyznaniowych i ludzi niewierzących związanych z zachowaniem tajemnicy przez komisarzy spisowych. Badania socjologiczną metodą reprezentacyjną dają orientacyjne dane o łącznej liczbie ludzi wierzących wszystkich wyznań i ludzi niewierzących. Natomiast odnośnie do liczebności poszczególnych wyznań jesteśmy w Polsce zdani na podawane przez władze kościołów i związków wyznaniowych dane, których rzetelność jest niekiedy wątpliwa. Najnowsze wydawnictwo GUS *Wyznania religijne. Stowarzyszenia narodowościowe i etniczne w Polsce 1997–1999*, Warszawa 2000, s. 14, porównując liczbę ludności Polski na koniec 1999 r. z niemal kompletnymi – choć subiektywnymi – danymi o swej liczebności nadesłanymi do GUS przez związki wyznaniowe, konkluduje, że poza statystykami wyznań działających w Polsce znajduje się 7,8% ludności.

<sup>49</sup> Realizacja prawa milczenia jest m.in. brak rubryk dotyczących przynależności wyznaniowej we wszelkich dokumentach osobistych oraz świeckie rotę przysięg i przyrzeczeń przewidzianych przez prawo. Poszczególne przepisy prawa pozwalają na dobrowolne uzupełnianie świeckiej rotę przez zapewnienie religijne, zgodnie z prawem do uzewnętrzniania religii, np. art. 104 Konstytucji RP odnośnie do rotę ślubowania posłów i senatorów lub jej art. 130 odnośnie do rotę przysięgi Prezydenta RP. Podobne rozwiązania zawierają konstytucje: holenderska (z 1815 r.), austriacka i niemiecka.

areligijnych i osób o takich poglądach. Dlatego też nie jest zachowana w ustawie proporcja pomiędzy prawami ludzi wierzących, wyznaczonymi szczegółowo i konkretnie, a prawami ludzi niewierzących, których dotyczą jedynie ogólnikowe wzmianki.

Pośpiech w przyjmowaniu 3 ustaw z dnia 17 maja 1989 r., podyktowany chęcią zdążenia przed wyborami do Sejmu i Senatu wyznaczonymi na dzień 4 czerwca 1989 r., spowodował, że Zespół Prawa Konstytucyjnego i Tworzenia Prawa Rady Legislacyjnej rozpatrywał 28 września 1989 r. obowiązującą ustawę, a nie jak przewidują przepisy – projekt ustawy. Podstawową uwagą Zespołu było to, że ustawa zwykła reguluje materię konstytucyjną, wypełniając luki w konstytucji PRL.

Nowelizacja ustawy dokonana ustawą z dnia 26 czerwca 1997 r.<sup>50</sup> dodaje do katalogu wolności religijnych nieznane prawu międzynarodowemu prawo do pochówku zgodnego z wyznawanymi zasadami religijnymi lub przekonaniami w sprawach religii<sup>51</sup>.

Uchwalona także 17 maja 1989 r. ustawa o stosunku państwa do Kościoła katolickiego oraz 11 uchwalonych na jej wzór w latach 1991–1997 ustaw o stosunku państwa do niektórych kościołów i związków wyznaniowych – zajmuje się przede wszystkim stroną organizacyjną oraz prawami tych wspólnot. Jednak pewne zawarte w nich regulacje, dotyczące przykładowo duszpasterstwa wojskowego lub świąt danego wyznania ukonkretniają w odniesieniu do danego wyznania postanowienia ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. To samo dotyczy konkordatu z 1993 r.

<sup>50</sup> Dz.U. 1998, nr 59, poz. 375. Tekst jednolity ustawy ogłoszony został w Dz.U. 2000, nr 26, poz. 319.

<sup>51</sup> Problem ten nabrał ostrości w związku z przepisami art. 8 ust. 3 i art. 24 Konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisanego w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r. (Dz.U. 1998, nr 51, poz. 318), dotyczącymi cmentarzy wyznaniowych katolickich, które w większości polskich miejscowości są jedynymi cmentarzami grzebalnymi. Utrzymanie obowiązującej już wcześniej zasady, że zarząd jednego w danej miejscowości cmentarza wyznaniowego jest obowiązany umożliwić pochowanie na tym cmentarzu, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, osób zmarłych innego wyznania lub niewierzących, jest ukonkretnione i rozszerzone o prawo pochówku na takim cmentarzu, bez ograniczeń wyznaniowych, osób mających nabyte prawo do pochówku w określonym miejscu tego cmentarza oraz ich małżonków i krewnych (art. 8 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 26 czerwca 1997 r., Dz.U. nr 126, poz. 805). Prawo to wyrażone jest także w ust. 2 deklaracji Rządu RP z dnia 15 kwietnia 1997 r. w celu zapewnienia jasnej interpretacji przepisów konkordatu (MP 1998, nr 4, poz. 51). Trzeba jednak odnotować, że najobszerniejszy (621 stron) wybór źródeł państwowego prawa wyznaniowego, opracowany przez księdza katolickiego prof. K. Warchałowskiego i wydany przez wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego (*Prawo wyznaniowe...*, op. cit.), mający niewątpliwą aspirację do kompletności przepisów i cytujący *in extenso* nawet przepisy małej wagi, nie zawiera tekstu tej deklaracji i pomija ją w komentarzach. Wprowadzone w 1991 r. uzależnienie likwidacji cmentarza wyznaniowego od zgody danych władz religijnych ma na celu przestrzeganie zasad religii mojżeszowej, zakazującej likwidacji cmentarzy, lecz dla zachowania równouprawnienia związków wyznaniowych jest ujęte w sposób dotyczący wszystkich cmentarzy wyznaniowych.

### 3.2. Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP

W ostatnich latach PRL, a zwłaszcza po zmianach ustrojowych weszło w życie wiele ustaw dotyczących praw i wolności obywatelskich, m.in. ustawa o zgromadzeniach, ustawa o stowarzyszeniach, prawo prasowe. Jednak w żadnej innej dziedzinie twórcy Konstytucji RP nie mieli tak ułatwionego zadania, jak w przypadku wolności sumienia i wyznania. Istniał jedynie problem, które z praw i wolności wymienionych w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania należy jako najważniejsze włączyć do konstytucji. Przepis konstytucyjny nie mógł być tak szczegółowy, jak ta ustawa. Przy redagowaniu zakresu wolności religii niefortunnie pominięto słowa „w szczególności”. W rezultacie obszerny katalog praw i wolności zawarty w ustawie o gwarancjach wolności sumienia i wyznania jest otwarty, zaś wybiórczy katalog konstytucyjny może być uważany za wyczerpujący.

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.<sup>52</sup> oddzielnie, w rozdziale I „Rzeczpospolita” omawia (art. 25) sytuację prawną kościołów i innych związków wyznaniowych, zaś w rozdziale II, w podrozdziale „Wolności i prawa osobiste” (art. 53) – wolność sumienia i religii. Wynika z tego, że kościołom przysługują własne prawa. Konstytucja odrzuca zatem założenie, że prawa kościołów są jedynie pochodną praw indywidualnych ludzi wierzących. Jest natomiast rzeczą oczywistą, że Konstytucja RP, podobnie jak każda ze współczesnych konstytucji, nie wywodzi wolności i praw osobistych w zakresie wolności sumienia i wyznania z uznania nadprzyrodzonych praw Kościoła. Sobór Watykański II za podstawę wolności religii uznał godność osoby ludzkiej.

Art. 53 Konstytucji RP zapewnia każdemu wolność sumienia i religii (ust. 1). Wolność religii, to wolność wyznawania lub przyjmowania (a zatem także zmiany) religii, według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania jej indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie. Następnie konstytucja wymienia formy tego uzewnętrzniania (ust. 2): uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie, a także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących<sup>53</sup> oraz prawo osób do korzystania z posługi religijnej tam, gdzie się znajdują, czyli praktycznie w wojsku i w zakładach karnych. Są to określenia przejęte z prawa międzynarodowego, w ślad za którym konstytucja wyklucza zmuszanie do uczestniczenia lub nieuczestniczenia w praktykach religijnych (ust. 6). Ze wspomnianych przepisów prawa międzynarodowego przejęte są w zasadzie także (wymienione w ust. 5) warunki ograniczenia wolności uzewnętrzniania religii – może być ona ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób. Formułę „ochrony

<sup>52</sup> Dz.U. nr 78, poz. 483.

<sup>53</sup> Wymienienie potrzeb ludzi wierzących stanowi reakcję na wieloletnią reglamentację budowy świątyń w PRL, która w latach 1958–1970 praktycznie wykluczała ich powstawanie.



bezpieczeństwa państwa” kwestionuje H. Misztal<sup>54</sup>, wskazując, że zarówno Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jak i ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania mówią o „bezpieczeństwie publicznym”. Zdaniem tego autora, każda partia lub koalicja rządząca mogłaby utożsamiać się z „państwem” i ograniczać „uzewnętrznianie” (cudzystów H. Misztala) religii dla ochrony swego bezpieczeństwa. Uwagi H. Misztala są słuszne o tyle, że brak jest uzasadnienia dla użycia w konstytucji formuły innej niż w wymienionych przez niego aktach, lecz trudno wykluczyć tendencyjną interpretację przepisów także wówczas, gdyby konstytucja mówiła o „bezpieczeństwie publicznym”. Jeszcze dalej idzie J. Krukowski, który sformułowanie konstytucji kwalifikuje jako „relikt totalitaryzmu, stawiającego interes państwa ponad dobrem człowieka”<sup>55</sup>.

Rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem (ust. 3), czemu służy możliwość nauczania w szkole religii kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób (ust. 4). Przez „uregulowaną sytuację prawną” należy rozumieć zarówno istnienie osobnej ustawy o stosunku państwa do danego kościoła lub związku wyznaniowego, jak i wpis do rejestru kościołów<sup>56</sup>. Rodzice zgodnie z przepisem art. 48 ust. 1 konstytucji, do którego odsyła art. 53 ust. 3, winni uwzględniać wolność sumienia i wyznania dziecka oraz jego przekonania. Wykładni przepisu konstytucji można dokonać na podstawie art. 12 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty<sup>57</sup>, która organizowanie nauki religii w szkołach publicznych podstawowych uzależnia od życzenia rodziców, w szkołach publicznych ponadpodstawowych od życzenia rodziców bądź samych uczniów, zaś po osiągnięciu pełnoletniości przez uczniów jedynie od ich decyzji. Jednak art. 12 ust. 1 konkordatu ogranicza tę precyzję, mówiąc jedynie o „woli zainteresowanych”<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe III Rzeczypospolitej*, Lublin–Sandomierz 1999, s. 61–62. H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe, stan prawny na 1 lutego 2000 r.*, Lublin 2000, s. 243.

<sup>55</sup> J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, s. 61.

<sup>56</sup> W praktyce żaden związek wyznaniowy wpisany do rejestru nie ma takiej liczby dzieci, która umożliwiałaby szkolne nauczanie religii zarówno w klasach, jak i w grupach międzyklasowych, międzyoddziałowych, międzyszkolnych lub pozaszkolnych punktach katechetycznych, przewidzianych przez rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych (Dz.U. nr 36, poz. 155 z późn. zm.). Wyjątkiem ze względu na liczbę dzieci mógłby być Związek Wyznaniowy Świadków Jehowy, który jednak wyklucza możliwość szkolnej nauki swej religii. Inne związki wyznaniowe prowadzą naukę religii we własnym zakresie, także wskutek podyktowanej sytuacją finansową szkolnictwa publicznego niechęci administracji oświatowej do odpłacania wspomnianych form nauki religii poza klasami szkolnymi. Odrzucenie przez Sejm w 1997 r. projektu ustawy przewidującej pominięcie na świadectwach szkolnych oceny z religii/etyki, przy równoczesnym wykreśleniu z ustaw dotyczących stosunku państwa do poszczególnych kościołów i związków wyznaniowych przepisów o umieszczaniu na świadectwach szkolnych ocen z nauki religii prowadzonej we własnym zakresie przez te kościoły i związki, powoduje, że dzieci korzystające z niej mają na świadectwie kreskę w rubryce „religia/etyka”.

<sup>57</sup> Dz.U. nr 95, poz. 425.

<sup>58</sup> M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, op. cit., s. 255.



L. Garlicki<sup>59</sup> słusznie zwraca uwagę na to, że wyznawanie i uzewnętrznianie oznacza również prawo do prowadzenia życia zgodnego ze wskazaniami wyznawanej religii. Tu jednak mogą powstawać pewne kolizje z przepisami prawa. Najpoważniejsza z nich, dotycząca obowiązku służby wojskowej, jest w art. 85 ust. 3 konstytucji usunięta przez możliwość służby zastępczej. Rozbudowana struktura duszpasterstwa wojskowego katolickiego, prawosławnego i ewangelicko-augsburskiego (z kapelanem dla protestantów innych wyznań) oraz zagwarantowany w ustawach o stosunku państwa do poszczególnych kościołów i związków wyznaniowych dostęp właściwych duchownych do żołnierzy wyznań nieposiadających duszpasterstwa wojskowego wystarczająco zapewniają realizację prawa żołnierzy do praktyk religijnych. Natomiast wypowiedzi z początku lat 90. niektórych funkcjonariuszy Ministerstwa Obrony Narodowej prezentujące pogląd, że udział w nabożeństwach w szyku zwartym jest obowiązkiem służbowym żołnierza bez względu na jego osobiste przekonania w sprawach religii, budzą wątpliwość co do zgodności z konstytucją. Problem sprzeciwu sumienia wobec pewnych obowiązków służbowych dotyczy także niektórych zawodów cywilnych. Szeroko znana jest sprawa odmowy dokonywania przerywania ciąży przez personel medyczny także w tych ograniczonych przypadkach, na które pozwala obecne prawo<sup>60</sup>. Kto wybrał zawód grabarza, nie może odmówić chowania zwłok ze względu na wyznanie lub bezwyznaniowość zmarłego, a także powinien zastosować odpowiedni ceremoniał pogrzebowy. Muzyk lub śpiewak musi zgodnie z repertuarem orkiestry lub chóru, w którym pracuje, wykonywać także utwory religijne obcej mu religii, a nawet uczestniczyć w koncertach wykonywanych w budynkach świątyni. Wspomniane wyżej przepisy o obchodzeniu świąt swego wyznania nie będących dniami ustawowo wolnymi od pracy, jak również dopuszczenie uboju rytualnego zwierząt<sup>61</sup>, dają także w tych dziedzinach możliwość życia zgodnie z zasadami wyznawanej religii. Sporadyczne konflikty powstają na tle wyznaniowych zasad żywienia w odniesieniu do żołnierzy i do więźniów, zmuszonych do korzystania ze zbiorowego żywienia<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> L. Garlicki, op. cit., s. 111–112.

<sup>60</sup> Por. m.in. P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 78–79.

<sup>61</sup> Art. 34 ust. 5 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. nr 111, poz. 724), w którym jest mowa o „szczególnym sposobie uboju przewidzianym przez obrządki religijne”. Dbanie o ubój rytualny należy do zadań gmin wyznaniowych żydowskich, tworzących Związek Gmin Wyznaniowych Żydowskich w RP, zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 41, poz. 251). Nie oznacza to monopolu na ubój rytualny gmin tworzących ten Związek, co ma znaczenie w związku z powstaniem i rejestracją Niezależnej Gminy Wyznania Mojżeszowego w Gdańsku, nie należącej do Związku.

<sup>62</sup> Takie jednostkowe konflikty dotyczą podawania wyznawcom islamu, mozaizmu oraz adwentyzmu potraw z wieprzowiny. Art. 2 pkt 9 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania stanowi, że obywatele – i w myśl art. 7 odpowiednio obcokrajowcy – mają prawo „wytwarzać, nabywać i posiadać artykuły potrzebne do przestrzegania reguł religijnych”. Ustawodawca niewątpliwie ma tu na myśli artykuły potrzebne do zachowania religijnych zasad żywienia, gdyż o przedmiotach związanych z kultem religijnym mówi poprzedni pkt 8 tego artykułu. Z przepisu tego nie wynika jednak obowiązek

Istotnym rozszerzeniem prawa do prowadzenia życia zgodnego ze wskazaniami wyznawanej religii poza standardy ustalone przez wspomniane akty prawa międzynarodowego jest nadanie skutków cywilnych małżeństw zawartym w sposób podlegający prawu wewnętrznemu kościoła lub związku wyznaniowemu<sup>63</sup>, czyli małżeństwom kanonicznym lub kościelnym, oraz umożliwienie – obok rozwodów – separacji małżeństw<sup>64</sup>. Te zmiany prawa są atakowane jako przejaw konfesjonalizacji prawa stanowionego przez państwo. W przypadku małżeństw kościelnych zachodzi także nierównoprawność osób, gdyż nie mają skutków cywilnych małżeństwa zawarte według zasad obowiązujących w 3 związkach wyznaniowych, działających na podstawie pochodzących z okresu międzywojennego przepisów o stosunku państwa do nich (Muzułmański Związek Religijny, Karański Związek Religijny i Wschodni Kościół Staroobrzędowy nie posiadający hierarchii duchownej<sup>65</sup>) oraz w związkach wyznaniowych wpisanych do rejestru. W przypadku wymienionych 3 związków wyznaniowych nie ma inicjatywy ze strony ich władz w kierunku nadania skutków cywilnych małżeństw w nich zawartych. Przeciwno nadaniu takich skutków małżeństwom zawartym w związkach wyznaniowych wpisanych do rejestru przemawia brak możliwości należytego dopełnienia obowiązków wynikających z kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przez te z nich, które nie posiadają wykształconych duchownych lub nie uznają instytucji duchownego. Niektóre z tych związków są efemerydami. O tym, że dopełnienie obowiązków wynikających z prawa ustanowionego przez państwo nie jest proste, świadczy

jednostek wojskowych i zakładów karnych do indywidualnego sporządzania posiłków, spełniających religijne zasady żywienia. Żołnierz lub więzień może nie spożywać posiłku, który nie odpowiada mu ze względów religijnych, a nie zdarza się, by wszystkie posiłki w ciągu dnia zawierały tylko potrawy z wieprzowiny. Jednak odwrót od spożywania wołowiny, wywołany tzw. chorobą wściekłych krów, może wywołać komplikacje. Kierownictwo Kościoła Adwentystów Dnia Siódmego w RP zaleciło w przeznaczonym dla władz zborów adwentystycznych miesięczniku „Głos Adwentu” (nr 2/1987, s. 13), by w każdym przypadku poborowi uzyskiwali zaświadczenie o swej przynależności wyznaniowej od zarządu zjednoczenia (organu pośredniego pomiędzy zborami a władzami centralnymi Kościoła) i na jego podstawie ubiegali się albo o służbę zastępczą, albo o przyznawanie w czasie zasadniczej służby wojskowej wolnych sobót i odpowiedniej diety. Brak jest informacji, jak przebiega stosowanie tych zaleceń.

<sup>63</sup> Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 117, poz. 757, w związku z art. 10 konkordatu oraz zmianami w uchwalonych od 1989 r. ustawach o stosunku Państwa do poszczególnych kościołów i związków wyznaniowych.

<sup>64</sup> Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o zmianie ustaw Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 52, poz. 532.

<sup>65</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. (Dz.U. nr 48, poz. 273), mające moc ustawy, uregulowało stosunek państwa do Wschodniego Kościoła Staroobrzędowego, nie posiadającego hierarchii duchowej. Elementem tej regulacji była także nazwa Kościoła. III Sobór tego Kościoła odbyty 18 lipca 1993 r. zmienił jego nazwę na „Staroprawosławna Cerkiew Pomorska w Rzeczypospolitej Polskiej”. Sobór nie powinien był poprzestać na tym, lecz wystąpić do rządu o inicjatywę ustawodawczą obejmującą zmianę nazwy Kościoła. Słowo „Pomorska” w tej nazwie oznacza wybrzeże Morza Białego na dalekiej północy Rosji, gdzie powstały pierwsze klasztory staroobrzędowe.

fakt, że Katolicki Kościół Mariawitów w RP, mający uregulowany stosunek państwa do siebie ustawą z 1997 r., dobrowolnie zrezygnował z nadania skutków cywilnych małżeństwom w nim zawartym. Trudno oczekiwać, by obowiązki te spełnił np. taki związek wyznaniowy, który nawet nie przesyła do Głównego Urzędu Statystycznego elementarnych danych o liczbie swych wyznawców i jednostek organizacyjnych. Odmienne traktowanie małżeństw zawartych w różnych kościołach i związkach wyznaniowych mieści się w klauzuli ograniczeń wolności sumienia i wyznania podyktowanych porządkiem publicznym. Skorzystanie z małżeństwa kościelnego lub z separacji jest dobrowolne. Przepisy dotyczące skutków cywilnych małżeństw kościelnych zostały powiązane z państwowym systemem akt stanu cywilnego przez obowiązek uzyskania przed zawarciem małżeństwa zaświadczenia wydanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego o braku okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa oraz przez wpisanie małżeństwa do akt w urzędzie stanu cywilnego. Wydawane przez te urzędy odpisy zupełne i skrócone aktu małżeństwa nie zawierają wzmianek o tym, czy nupturienti skorzystali z cywilnej czy też kościelnej formy zawarcia małżeństwa. Okoliczność ta wynika jednak z zachowanej w urzędzie stanu cywilnego dokumentacji. Nadanie skutków cywilnych małżeństwom kościelnym uzasadniane jest dążeniem do uniknięcia dwukrotnego dokonywania podobnych czynności przez nupturientów. Natomiast odmienna sytuacja zachodzi w przypadku separacji. W praktyce bowiem małżonkowie dokonujący separacji muszą przeprowadzić odpowiednie postępowania zarówno przed sądem państwowym, jak i przed sądem kościelnym swojego wyznania.

Omówione wyżej prawo milczenia wobec organów władzy publicznej o swym światopoglądzie, przekonaniach religijnych lub wyznaniu uzyskuje w art. 53 ust. 7 rangę konstytucyjną.

W Konstytucji RP znacznie dokładniej została sprecyzowana wolność religii i jej składniki niż wolność sumienia. Tej ostatniej konstytucja nie definiuje, nie określa jej przejawów, a także nie ustala gwarancji jej przestrzegania. O prawach ludzi niewierzących wspomina w bardziej powściągliwy sposób<sup>66</sup>. Prawo pozostawania poza wszelkimi religiami trzeba z przepisów konstytucji wydedukować<sup>67</sup>. Swobodę światopoglądową i prawo postępowania zgodnie z regułami wybranego przez siebie zespołu poglądów moralnych i filozoficznych „przyjąć należy”<sup>68</sup>, lecz nie są one dosłownie wyrażone w art. 53 konstytucji. Komentatorzy Konstytucji RP są niemal jednomyślni we wskazywaniu na odmienną uregulowaną wolności religii i wolności przekonań areligijnych. M. Pietrzak uważa nawet, że „ujęcie zawarte w art. 53 ust. 2 konstytucji wyraźnie faworyzuje wolność wierzących. Jest próbą nawrotu do koncepcji

<sup>66</sup> W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Komentarz*, Kraków 1998, s. 50–51.

<sup>67</sup> M. Pietrzak, op. cit., s. 257.

<sup>68</sup> L. Garlicki, op. cit., s. 112.

głoszonych przez encykliki papieskie w XIX wieku, trudną do pogodzenia ze współczesnym pojmowaniem wolności sumienia i wyznania”<sup>69</sup>. Milczenie konstytucji w sprawie przekonań areligijnych sprawia, że niekiedy zaprzecza się temu, iż „nie zawsze (...) przekonania i sądy, orientacje i działania wchodzące w zakres danego indywidualnego światopoglądu tworzą spójną i konsekwentną całość”<sup>70</sup>, neguje istnienie agnostyków lub ludzi obojętnych albo niezdecydowanych w sprawach religii oraz światopoglądu. Taki odosobniony pogląd dychotomicznie dzieli ludzi żyjących w Polsce na wierzących oraz zdeklasowanych, wojujących ateistów. Trzeba zacytować dosłownie i bez komentarzy pewną opinię, tym bardziej, że nie pochodzi ona z fundamentalistycznych kół religijnych, które istnieją na całym świecie, lecz od pracowników naukowych uczelni państwowej: „Powstaje istotne pytanie, czy osoby prezentujące ateistyczne przekonania będą mogły korzystać z gwarancji określonych w ust. 2, gdzie się mówi o «wolności wyznawania lub przyjmowania religii». Tymczasem ateizm jest stanowiskiem światopoglądowym odrzucającym wiarę w istnienie sił ponadnaturalnych, szczególnie Boga, jako sprzeczną z rozumem i nauką, negującym jednocześnie potrzebę istnienia religii. Ponieważ zatem ateizm nie może być uznany za religię, przeto przypadek nie będzie odpowiadać uregulowaniom ustępu drugiego. W ustępie trzecim określa się prawo rodziców, do zapewnienia swoim dzieciom wychowania oraz nauczania moralnego i religijnego zgodnie z własnymi przekonaniami. Zatem rodzice ateści nie mają żadnych możliwości równorzędnego uzewnętrzniania swoich poglądów, w treści bowiem ustępów 2, 4, 5 chodzi o religię, a nie o światopogląd. Ateści mogą się wszakże powołać na zasadę równości (Ba., Ja.)”<sup>71</sup>.

Odmienne patrzy na ten problem naukowiec, duchowny katolicki: „Wolność sumienia zakłada także wybór światopoglądu ateistycznego”<sup>72</sup>.

Ochronę prawną wolności sumienia i wyznania zapewniają merytorycznie przepisy rozdziału XXIV Kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r.<sup>73</sup> i art. 23

<sup>69</sup> M. Pietrzak, *Wolność sumienia...*, s. 283.

<sup>70</sup> J.F. Godlewski, *Kontrowersje wokół światopoglądu*, Warszawa 1980, s. 18.

<sup>71</sup> J. Boć (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 104. Skrótów nazwisk autorów dotyczą prof. dr hab. B. Banaszaka i mgr M. Jabłońskiego z Uniwersytetu Wrocławskiego.

<sup>72</sup> H. Misztal, *Polskie prawo wyznaniowe*, I, Lublin 1997, s. 46; idem *Prawo wyznaniowe, stan...*, op. cit., s. 207.

<sup>73</sup> Dz.U. nr 88, poz. 553. Będąc elementem ochrony wolności wyznania karalność obrazy uczuć religijnych (art. 196 kodeksu karnego) nie może jednak prowadzić do negacji innego elementu wolności sumienia i wyznania, jakim jest dopuszczalność krytyki religii zarówno z pozycji innej religii, jak i z pozycji poglądów areligijnych. A. Łopata, *Prawo do wolności...*, op. cit., problemowi temu poświęca oddzielny rozdział *Dopuszczalność krytyki religii lub przekonania*. Por. także M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, op. cit., s. 38. Orzecznictwo sądowe dotyczące tej kwestii jest bardzo skąpe, gdyż większość doniesień o takich przestępstwach słusznie kończy się odmową wszczęcia postępowania karnego lub jego umorzeniem, gdy subiektywne poczucie obrazy uczuć religijnych nie oznacza przestępstwa w ogóle lub stanowi przestępstwo przeciwko czci ścigane z oskarżenia prywatnego. Jest to problem kultury współżycia społecznego. Jak stwierdza J. Wiślicki (*Konkordat polski 1993. Tak czy nie?*, Poznań 1993, s. 178) regulacje prawne, dotyczące spraw wyznaniowych „musi cechować rozważa,



Kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r.<sup>74</sup>, zaś proceduralnie, oprócz postępowania karnego i cywilnego, prawo zwrócenia się do Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 208 Konstytucji RP), skarga konstytucyjna (art. 79 Konstytucji RP), a po wyczerpaniu możliwości krajowych – skarga do Międzynarodowego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Zasady obowiązujące w tej dziedzinie są identyczne dla wszystkich praw i wolności zagwarantowanych przez konstytucję.

#### 4. UWAGI KOŃCOWE

Niebezpieczeństwo dla wolności sumienia i wyznania stwarzają wszelkie poglądy oraz ruchy fundamentalistyczne. Z przejawami takich nietolerancyjnych przekonań spotykamy się niestety w Polsce ze strony niektórych posłów i senatorów manifestujących fundamentalistyczny katolicyzm. Skomplikowanym problemem jest przeciwdziałanie społecznie niebezpiecznej działalności niektórych tzw. nowych ruchów religijnych, zwanych potocznie sektami. Działania satanistów stwarzają zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi. Zresztą sataniści nie spełniają jednego z podstawowych warunków, przewidywanych przez większość definicji dotyczących sekt, gdyż nie są centralnie kierowane przez wymuszającego bezwzględne posłuszeństwo przywódcę. Działania innych nowych ruchów religijnych w Polsce przyniosły szkodę przede wszystkim ze strony stowarzyszenia „Niebo”, zaś ruchy wymieniane jako szkodliwe w dokumentach gremiów europejskich mają w Polsce bardzo ograniczony, wręcz sporadyczny charakter. Dla ich karania wystarczające są powszechnie obowiązujące przepisy prawa karnego. Wspomniane dokumenty gremiów europejskich ostrzegają przed niebezpieczeństwem, jakie dla legalnie działających i nie naruszających prawa związków wyznaniowych stanowiłoby specjalne prawo wymierzone przeciwko sektom. Obecnie w Polsce mnożą się skargi legalnych związków wyznaniowych, w tym działających w Polsce od dawna kościołów, na przejawy dyskryminacji wobec nich, wynikające z prześladowania czy wręcz hysterii wobec działalności sekt<sup>75</sup>. Istnieją więc dwa niebezpieczeństwa: naruszanie prawa ze strony niektórych nowych ruchów religijnych i dyskryminacja wyznawców legalnych wyznań w imię „walki z sektami”. Problem ten wymagałby oddzielnego, znacznie obszerniejszego omówienia, tu zaś został jedynie zasygnalizowany.

umiejętność godzenia interesów różnych grup społecznych; ludzi różnych wyznań i bezwyznaniowych”. Winno to być także przedmiotem rozważań etycznych i socjologicznych, a nie tylko prawnych. Ochrona prawna poglądów areligijnych sprowadza się do karalności lżenia, wyszydzania lub poniżania jednostki lub grupy z powodu bezwyznaniowości (art. 193 kodeksu karnego), a zatem jest wyższa niż ochrona uczuć religijnych określona w art. 196.

<sup>74</sup> Dz.U. nr 16, poz. 93.

<sup>75</sup> Instytut Wiedzy o Tożsamości „Misja Czaitanii”, działający jako związek wyznaniowy wpisany do rejestru, uzyskał na drodze sądowej zadośćuczynienie od sprawców ataku na ich zebranie religijne.





FRYDERYK ZOLL

## CZY NIEMIECKIE PRAWO UPADŁOŚCIOWE POWINNO BYĆ WZOREM DLA POLSKIEGO USTAWODAWCY?

### 1. CELE REFORMY NIEMIECKIEGO PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO (SPOJRZENIE PRZED SPODZIEWANĄ REFORMĄ POLSKIEGO PRAWA UPADŁOŚCIOWEGO)

Potrzeba reformy prawa upadłościowego i układowego w Polsce nie powinna być podawana w wątpliwość. Obecnie obowiązujące dwie podstawowe ustawy dotyczące prawa o niewypłacalności, czyli prawo upadłościowe i prawo o postępowaniu układowym wykazują braki i niespójności, które prowadzą do tego, że obie procedury ani nie chronią odpowiednio wierzycieli, ani nie są korzystne dla dłużnika. Oznacza to tym samym, bo inaczej być nie może, marnotrawienie środków, czy to państwa, czy to uczestników postępowania. Niewydajność tych procedur skłania do poszukiwań nowych rozwiązań i koncepcji. W szczególności atrakcyjna dla wielu wydaje się reforma przeprowadzona w Niemczech, wzorowana na rozwiązaniach amerykańskich<sup>1</sup>. Zafascynowanie koncepcją nowego niemieckiego porządku upadłościowego może mieć po części swoje uzasadnienie. Choćby takie, że pożądana jest stopniowa harmonizacja prawa polskiego z porządkami prawnymi Zachodu – nie tylko ze względu na przyszłe członkostwo Polski we Wspólnocie, ale również dlatego, że korzystne jest tworzenie znanych obcym inwestorom i tym samym bezpiecznych warunków prawa składającego się na porządek gospodarczy naszego państwa. Radykalizm niemieckiej reformy skłania jednak do pewnej ostrożności. Czy rzeczywiście ustawodawca wykorzystał w wystarczającym stopniu instrumenty, pozwalające uczynić polskie prawo regulujące niewypłacalność efektywniejszym? Pozostaje również otwartą kwestia czy prawo niemieckie wprowadziło takie instrumenty, które umożliwiają usunięcie przyczyn niewydolności postępowań regulujących niewypłacalność. Dalszym problemem jest to, czy pewne konstrukcje, które być może mogą sprawdzić się w Niemczech, będą funkcjonowały w Polsce z uwagi na znacznie uboższą

\* W „Studiach Prawniczych” 2001 nr 2 ukaże się kolejny artykuł autorstwa Fryderyka Zolla, *Czy austriackie prawo dotyczące niewypłacalności może stanowić wzór dla polskiego ustawodawcy?*

<sup>1</sup> Zob. np. J. Brol, *Propozycje do założeń nowego prawa upadłościowego i układowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” („PPH”) 2000, nr 6, s. 11 i n.

infrastrukturę, którą mają do dyspozycji polskie sądy upadłościowe, a także np. syndycy. Istnieje jeszcze jedna kwestia zasadniczej natury – polskie prawo upadłościowe i, w mniejszym stopniu, prawo układowe były niezwykle starannie przemyślanymi konstrukcjami legislacyjnymi. Przyjęte tam rozstrzygnięcia wyrażały potrzebę ochrony określonych interesów, czy zamiar unikania poszczególnych niebezpieczeństw (np. takich, które mogą się wiązać z zakreśleniem zbyt szerokich ram dla tzw. autonomii wierzycieli). Punktem wyjścia jest jednak sprawdzenie, czy niemiecka reforma pozwoliła na osiągnięcie celów, dla których podjęto tak znaczny wysiłek legislacyjny. Jest oczywiste, że taka ocena z perspektywy niepełnych dwóch lat jest przedwczesna i nie pozwala jeszcze na wykrycie wielu prawidłowości, które być może w przyszłości okażą się charakterystyczną cechą tego prawa. Niemniej jednak należy również zweryfikować poprawność, z punktu widzenia polskiego porządku prawnego, założonych celów, a przynajmniej środków, które mają umożliwiać osiągnięcie tych celów.

Jedną z podstawowych przyczyn niewłaściwego funkcjonowania prawa upadłościowego w Niemczech było niedokapitalizowanie majątku, przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw, tak daleko idące, iż około 75 do 80% wszystkich wniosków o ogłoszenie upadłości musiało zostać oddalonych z powodu ubóstwa masy<sup>2</sup>. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest to, że w przypadku grupy małych i średnich przedsiębiorstw przeważnie jedynie maksymalnie 20%, a nierzadko 5% środków przedsiębiorcy to jego własny kapitał, zaś reszta to kapitał tak czy inaczej skredytowany. Znakomitą większość kapitału zakładowego stanowią przeszacowane aporty<sup>3</sup>. Z tą okolicznością wiąże się zaś inna – znaczna część składników majątku dłużnika jest obciążona różnymi rodzajami zabezpieczeń wierzytelności, co w większości wypadków uniemożliwia zaspokojenie zwykłych (nie zabezpieczonych) wierzycieli, a także wyklucza jakiegokolwiek działania zmierzające do sanowania przedsiębiorstwa<sup>4</sup>. Jednym z celów reformy było zatem stworzenie warunków do przyspieszenia składania wniosków o wszczęcie postępowania niewypłacalnościowego<sup>5</sup>. Chodziło jednak także o umożliwienie obniżenia kosztów takiego postępowania, jak również o ograniczenie uprawnień zabezpieczonych rzeczowo wierzycieli<sup>6</sup>.

Drugą okolicznością uzasadniającą potrzebę reformy był zanik funkcjonowania w praktyce postępowania układowego<sup>7</sup>. Postępowanie upadłościowe,

<sup>2</sup> H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, Berlin 1998, s. 14; S. Smid, *Grundzüge des neuen Insolvenzrechts*, München 1999, s. 9.

<sup>3</sup> H.P. Kirchof, *Leitfaden...*, op. cit., s. 14–15.

<sup>4</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 10; zob. S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsubereignung unüberwindbare Hindernisse einer Betriebsfortführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter*, „Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts – und Insolvenzrecht” („DZWIR”) 2000, nr 3, s. 94.

<sup>5</sup> H.P. Kirchof, *Leitfaden...*, op. cit., s. 15; J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung – Erste Praxiserfahrungen mit dem neuen Recht*, „BetriebsBerater” („BB”) 2000, nr 1, s. 1; W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, München 1998, s. 3; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht-Probleme, Widersprüche, Chancen*, „BB” 1999, nr 1, s. 1.

<sup>6</sup> W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 3.

<sup>7</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 13.

rozumiane jako „egzekucja uniwersalna”, nie daje możliwości zastosowania rozmaitych rozwiązań, które mogą prowadzić do ratowania przedsiębiorstwa, chroniąc je przed automatyczną, nieuchronną likwidacją, prowadzącą do „unicestwienia wartości” przedsiębiorstwa<sup>8</sup>. Przez stworzenie szansy ratowania przedsiębiorstwa, chciano również pośrednio chronić miejsca pracy<sup>9</sup>. W celu odpowiedniego uelastycznienia postępowania zniesiono więc podział na postępowanie upadłościowe i układowe, kombinując obie procedury w ramach jednego postępowania<sup>10</sup>. Aby umożliwić przeprowadzenie różnych projektów, czy to sanacyjnych, czy to mających na celu wybór takiego sposobu likwidacji, który stwarza największe szanse zaspokojenia wierzycieli, ustawodawca niemiecki zdecydował się na znaczącą „deregulację” postępowania oraz na zwiększenie zakresu autonomii wierzycieli<sup>11</sup>.

Wpływ prawodawstwa amerykańskiego, przede wszystkim koncepcji leżących u podstaw *Chapter 11 US Bankruptcy Code*, spowodował modyfikację głównego celu postępowania niewypłacalnościowego, jakim była optymalizacja zaspokojenia wierzycieli – obok ochrony interesu wierzycieli zaznacza się silniej koncepcja ochrony dłużnika i umożliwienia mu uzyskania szansy na „nowy początek”<sup>12</sup>. Jest to trzecia i najbardziej wartościowa racja niemieckiego *Insolvenzordnung*. Fakt, że ukończenie postępowania nie oznaczało dla dłużnika, nawet w perspektywie, uwolnienia się od ciążących na nim długów, wyrzucał go na margines społeczeństwa i praktycznie uniemożliwiał podjęcie normalnej działalności zarobkowej. Był to efekt zarówno gospodarczo, jak i etycznie niepożądany. Stąd też koncepcje wprowadzenia postępowania uwalniającego od długów. Chodzi tu przy tym zarówno o konsumentów, dla których przewidziano odrębne reguły postępowania, jak i o prowadzące działalność gospodarczą osoby fizyczne.

## 2. SPOSÓB REALIZACJI ZAMIERZONYCH CELÓW W ROZWIĄZANIACH LEGISLACYJNYCH ZAWARTYCH W *INSOLVENZORDNUNG*<sup>13</sup>

### 2.1. Przeciwdziałanie ubóstwu masy

W celu przeciwdziałania zjawisku „ubóstwa” masy zdecydowano się na rozszerzenie przedmiotowej przesłanki upadłościowej<sup>14</sup>. W myśl § 18 po-

<sup>8</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>9</sup> P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 15.

<sup>10</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 13; idem, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 2.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 13–14.

<sup>12</sup> Odnosnie do głównych idei amerykańskiego prawa upadłościowego, zob. M.J. Herbert, *Understanding Bankruptcy*, New York–San Francisco 1997, s. 51–52; S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 11–12. Por. H. Ehlers, *Amerikanische Erfahrungen mit „Chapter 11” und die Insolvenzrechtsreform*, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” („ZIP”) 1998, nr 48, s. 2025.

<sup>13</sup> O celach niemieckiego postępowania niewypłacalnościowego w literaturze polskojęzycznej pisał H.G. Landfermann, *Najważniejsze problemy niemieckiego prawa o niewypłacalności* (w:) J. Brol, *Niemieckie prawo insolvencyjne*, Warszawa 1996, s. 17 i n.

<sup>14</sup> W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 2.

stępowanie niewypłacalnościowe, ale tylko na wniosek dłużnika, może zostać wszczęte również wtedy, gdy dłużnikowi grozi niewypłacalność. Dodatkowym bodźcem dla dłużnika do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest w myśl § 286 *Insolvenzordnung*<sup>15</sup> możliwość złożenia wniosku o oddłużenie. Ustawodawca wprowadził również regulację polepszającą sytuację wierzyciela, który wpłacił zaliczkę na pokrycie kosztów postępowania; może on żądać jej zwrotu od osób, które były zobowiązane do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości, ale nie złożyły go w terminie (§ 26 ust. 3 *Insolvenzordnung*). Kolejną zmianą o podstawowym znaczeniu była rezygnacja z zaspokajania w uprzywilejowany sposób szczególnych rodzajów wierzytelności. Na gruncie *Konkursordnung* przywileje te dotyczyły roszczeń pracowniczych oraz roszczeń z tytułu ubezpieczenia społecznego. Następnie objęły one także roszczenia wynikające z zakładowych planów socjalnych<sup>16</sup>. Obecnie przywileje upadłościowe dla poszczególnych wierzytelności zostały definitywnie zniesione<sup>17</sup>, przy zachowaniu jednak zasadniczego podziału na wierzytelności upadłościowe i masy<sup>18</sup>. Zwalczeniu ubóstwa masy służy również włączenie do masy składników nabytych przez syndyka lub przez dłużnika po wszczęciu postępowania (§ 35 *Insolvenzordnung*)<sup>19</sup>. Dla osiągnięcia tego samego celu rozszerzono możliwość ubezskutechniania czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli, głównie w drodze przedłużenia terminów i złagodzenia dla skarżącego ciężaru dowodu (§ 130–132 *Insolvenzordnung*)<sup>20</sup>. Kolejne środki legislacyjne mające na celu zwalczenie ubóstwa masy polegały na ograniczeniu praw wierzycieli zabezpieczonych rzeczowo. W § 51 pkt 1 potwierdzono to, co na gruncie *Konkursordnung* było dorobkiem orzecznictwa – a mianowicie, że przełączenie na zabezpieczenie i cesja na zabezpieczenie nie pozwalają uprawnionemu na wyłączenie przedmiotu zabezpieczenia z masy, a stwarzają jedynie dla niego prawo odrębności (§ 51 pkt 1 *Insolvenzordnung*)<sup>21</sup>. Ustawa przyznaje przy tym syndykowi prawo do pobrania odpowiedniego

<sup>15</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>16</sup> Plan socjalny definiowany jest w § 112 *Betriebsverfassungsgesetz* jako porozumienie między pracodawcą a radą zakładową o wyrównaniu lub łagodzeniu niekorzystnych następstw dla pracowników, wynikłych z przekształceń zakładu pracy. Zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 17.

<sup>17</sup> Od tego są jednak pewne wyjątki, dotyczące roszczeń klientów banku z tytułu rachunku papierów wartościowych, roszczeń uprawnionych z tytułu listów zastawnych oraz roszczeń ubezpieczonych w stosunku do funduszu rezerw premialnych (*Pramienreservefond*) – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht*, Heidelberg 1998, s. 52.

<sup>18</sup> H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 17.

<sup>19</sup> W. Breuer, *Das neue Insolvenzrecht*, op. cit., s. 3.

<sup>20</sup> Zob. zestawienia dotyczące starego i nowego prawa – H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 74; także W. Henckel, *Altes und Neues zur Glaubigeranfechtung im Konkurs* (w:) *50 Jahre Bundesgerichtshof*, tom III, München 2000, s. 785 i n.; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 5.

<sup>21</sup> O historii orzecznictwa w tej sprawie zob. R. Serick, *Aussonderung, Absonderung und Sicherungstreuhand in einer – abgebrochenen – Bilanz* (w:) *50 Jahre Bundesgerichtshof*, op. cit., s. 741 i n.



ryczałtu z tytułu kosztów ustalenia wartości i spieniężenia przedmiotu zabezpieczenia<sup>22</sup>. Jednocześnie ustawa wprowadza mechanizmy chroniące zabezpieczonego wierzyciela przed opóźnianiem przez syndyka spieniężenia przedmiotu zabezpieczenia, w postaci przyznania wierzycielowi roszczenia o odsetki (§ 169 *Insolvenzordnung*)<sup>23</sup>.

Przed nadmiernymi kosztami postępowania i tym samym nadmiernym zubożeniem masy chroni wprowadzona w § 270 i nast. instytucja samodzielnego zarządu masą przez dłużnika pod kontrolą nadzorcy (*Sachwalter*), który ma roszczenie jedynie o połowę wynagrodzenia (§ 12 *Insolvenzverwaltervergütungsordnung*)<sup>24</sup>.

Przeciwdziałaniu zubożenia majątku dłużnika jeszcze na etapie postępowania w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego służy rozbudowana regulacja, dotycząca możliwych zarządzeń zabezpieczających majątek dłużnika. Zgodnie z § 21 ust. 1 *Insolvenzordnung* sąd upadłościowy jest uprawniony do podjęcia wszelkich środków, które uważa za stosowne, w celu zapobieżenia niekorzystnym dla wierzycieli zmianom w majątku dłużnika do czasu rozstrzygnięcia w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego. Ust. 2 tego przepisu zawiera przykładowy<sup>25</sup> katalog środków znajdujących się w dyspozycji sądu. Sąd może zatem:

- ustanowić tymczasowego syndyka;
- nałożyć na dłużnika ogólny zakaz rozporządzania majątkiem lub zarządzić, że rozporządzenia dłużnika wymagają dla swojej skuteczności zgody tymczasowego syndyka;
- zabronić wszczynania postępowania egzekucyjnego przeciwko dłużnikowi oraz tymczasowo je umorzyć, o ile postępowanie to nie dotyczy nieruchomości;
- zarządzić, iż korespondencja adresowana do dłużnika nie będzie przekazywana do jego rąk, ale do rąk tymczasowego syndyka (*Postsperre*);
- zarządzić aresztowanie dłużnika, gdy inne środki okażą się niewystarczające (§ 21 ust. 3).

Uprawnienia tymczasowego syndyka zostały uregulowane w § 22 *Insolvenzordnung*. Z przepisu tego wynika, że sąd ma do dyspozycji dwa sposoby ukształtowania pozycji tymczasowego syndyka w postępowaniu. Może to być syndyk tymczasowy wyposażony w pełnię uprawnień (§ 22 ust. 1) lub syndyk tymczasowy o ograniczonych uprawnieniach (§ 22 ust. 2)<sup>26</sup>. Syndyk tymczasowy wyposażony jest w pełnię uprawnień wtedy, gdy sąd jednocześnie

<sup>22</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 2.

<sup>23</sup> Zob. S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., s. 96.

<sup>24</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 124.

<sup>25</sup> E. Kießling, B. Singhof, *Verfügungsbeschränkungen in der vorläufigen Insolvenz – insbesondere zu Grundlagen und Wirkungen besonderer Verfügungsverbote und Zustimmungsvorbehalte*, „DZWIR” 2000, nr 9, s. 353.

<sup>26</sup> H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 35 i n. oraz s. 38.

orzeknie o ogólnym zakazie rozporządzania majątkiem<sup>27</sup>. Jeżeli natomiast sąd nie wprowadzi ogólnego zakazu zbywania majątku, musi sam określić zakres obowiązków i uprawnień syndyka tymczasowego, z tym ograniczeniem, że nie mogą być one szersze, niż ma to miejsce w przypadku syndyka tymczasowego o pełnych uprawnieniach.

## 2.2. Autonomia wierzycieli i deregulacja postępowania

Druga grupa innowacji dotyczy „uelastycznienia” postępowania oraz wzmocnienia autonomii wierzycieli<sup>28</sup>. Zgromadzenie wierzycieli stało się jednym z podstawowych organów działających w trakcie postępowania niewypłacalnościowego. Jest to organ obowiązkowy – zgromadzenie wierzycieli musi być zwołane<sup>29</sup>. Uprawnienia wierzycieli zostały rozszerzone w porównaniu z poprzednim stanem prawnym przede wszystkim o przyznanie zgromadzeniu wierzycieli prawo wyboru syndyka<sup>30</sup>. Wprawdzie w myśl § 27 ust. 1, sąd, ogłaszając niewypłacalność dłużnika i wszczynając tym samym właściwe postępowanie, ustanawia również syndyka, niemniej jest to postanowienie jedynie tymczasowe<sup>31</sup>. Zgodnie z § 57 na pierwszym zgromadzeniu wierzycieli po ustanowieniu przez sąd syndyka, wierzyciele mogą wybrać innego syndyka, co oznacza automatyczne zwolnienie syndyka poprzedniego. Zgromadzenie wierzycieli nie jest w swoim wyborze ograniczone. Sąd może sprzeciwić się powołaniu wybranego przez zgromadzenie syndyka tylko wtedy, gdy wybrana osoba nie nadaje się na to stanowisko<sup>32</sup>. Należy zwrócić uwagę, że zadania syndyka zostały również, w porównaniu z poprzednim stanem prawnym znacząco rozszerzone. Między innymi jest on obok dłużnika uprawniony do złożenia planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*), do nadzorowania wykonania planu, do prowadzenia listy wierzycieli oraz do spieniężenia przedmiotów praw odrębności<sup>33</sup>. To zwiększenie uprawnień syndyka oznacza również pośrednio zwiększenie wpływu wierzycieli na przebieg postępowania, skoro wierzyciele mają tak znaczny wpływ na wybór syndyka<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Dokonanie czynności wbrew takiemu zakazowi prowadzi do bezwzględnej (a więc nie tylko w stosunku do wierzycieli) bezskuteczności czynności – zob. E. Kießling, B. Singhof, *Verfügungsbeschränkungen...*, op. cit., s. 354.

<sup>28</sup> Zob. K.H. Görg, *Gerichtliche Korrektur von Fehlentscheidungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, „DZWIR” 2000, nr 9, s. 364.

<sup>29</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 36.

<sup>30</sup> H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 43; Th. Graeber, *Die Wahl des Insolvenzverwalters durch die Gläubigerversammlung nach § 57 InsO*, „ZIP” 2000, nr 34, s. 1466.

<sup>31</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 25.

<sup>32</sup> O konkretyzacji tej przyczyny zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 44; zob. także H. Hess, *Die Insolvenzverwalterbestellung – Grundrechtsrelevanz, Grundrechtsdefizite und Rechtsschutz (w:) Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis*, FS W. Uhlenbruck, Köln 2000, s. 459.

<sup>33</sup> Zob. W. Lücke, *Aufgaben und Haftung des Insolvenzverwalters (w:) 50 Jahre Bundesgerichtshof*, op. cit., s. 704.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 704.

Zwiększone uprawnienia organów wierzycielskich nie ograniczają się jednak tylko do wyboru syndyka. Wierzyciele mają zasadniczy wpływ na kierunek postępowania niewypłacalnościowego. Zgodnie z § 157 *Insolvenzordnung* zgromadzenie wierzycieli rozstrzyga, czy działalność przedsiębiorstwa dłużnika ma być wstrzymana, czy też tymczasowo syndyk ma dalej prowadzić przedsiębiorstwo. Zgromadzenie wierzycieli, również w myśl § 157, może zlecić syndykowi sporządzenie planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*)<sup>35</sup>.

Ustawodawca pragnął w ślad za zwiększeniem autonomii wierzycieli wprowadzić również możliwość uzgodnienia innego, niż wynikający z ustawy, sposobu przeprowadzenia postępowania niewypłacalnościowego. Postulat „deregulacji” postępowania realizuje ustawodawca przez wprowadzenie możliwości przyjęcia tzw. planu postępowania niewypłacalnościowego (*Insolvenzplan*). Zgodnie z § 217 *Insolvenzordnung* zaspokojenie wierzycieli uprawnionych z tytułu praw odrębności oraz wierzycieli upadłości (*Insolvenzgläubiger*), likwidacja masy, jej podział, a także odpowiedzialność dłużnika po ukończeniu postępowania niewypłacalnościowego mogą zostać uregulowane w *Insolvenzplan* w sposób odbiegający od przepisów ustawy. Do złożenia planu postępowania niewypłacalnościowego uprawniony jest dłużnik lub syndyk, a w przypadku, gdy masa pozostaje w samodzielny zarządzie dłużnika, również nadzorca sądowy (*Sachwalter*).

W związku z *Insolvenzplan* przyjęto nowatorskie konstrukcje dotyczące podziału wierzycieli na grupy (§ 222). Rozwiązania wiążą się ściśle ze sposobem głosowania nad planem, z zakresem dopuszczalnej treści planu<sup>36</sup>, a przede wszystkim z możliwością przewidzenia różnych rozwiązań dla różnych grup wierzycieli. Zgłaszający wniosek o sporządzenie planu musi dokonać podziału wierzycieli na grupy według kryterium wspólnego interesu, dotyczącego wierzycieli znajdujących się w jednakowej sytuacji prawnej. W myśl § 222 ust. 1 należy obligatoryjnie wyróżnić grupę wierzycieli, którym przysługuje prawo odrębności, jeżeli zgodnie z planem przewiduje się ingerencję w te prawa; następnie należy wyróżnić grupę wierzycieli niepodporządkowanych (zwykłych)<sup>37</sup> oraz grupę wierzycieli podporządkowanych<sup>38</sup>, jeżeli w planie przewiduje się jakiegokolwiek wypłaty dla tej grupy wierzycieli<sup>39</sup>. Ustawa przewiduje jednak także możliwość tworzenia dalszych grup wierzycieli. Zgodnie z § 222 ust. 2 z wierzycieli o jednakowej sytuacji prawnej (*Rechtsstellung*) mogą zostać stworzone grupy wierzycieli złączonych jednakowym interesem gospodarczym.

<sup>35</sup> O innych uprawnieniach zgromadzenia wierzycieli zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 36.

<sup>36</sup> Zob. S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 4.

<sup>37</sup> *Die Gruppe der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger*.

<sup>38</sup> *Die Gruppe der nachrangigen Insolvenzgläubiger* – zob. H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 115.

<sup>39</sup> Zob. też § 225 ust. 1 *Insolvenzordnung*.

Kryterium rozgraniczające poszczególne grupy musi być usprawiedliwione i wykazane w treści planu. Ustawa wymienia w § 222 ust. 3 przykładowe grupy wierzycieli: pracowników, jeżeli wysokość ich roszczeń nie jest nieznaczna, a także drobnych wierzycieli.

Możliwość tworzenia grup służy ułatwieniu przyjęcia planu. Składający wniosek może bowiem wyróżnić grupy interesów w ten sposób, aby potencjalni przeciwnicy przyjęcia planu znaleźli się w mniejszości w ramach poszczególnych grup. Przez tworzenie większej liczby grup, które mogą się składać nawet z jednej osoby<sup>40</sup>, składający wniosek ma również możliwość zapewnienia odpowiedniej większości, co może mieć znaczenie przy przyjęciu planu przez zastąpienie przez sąd brakujących głosów ze względu na zasadę zakazu obstrukcji (§ 245 *Insolvenzordnung*). Tworzenie grup ma również na celu uelastycznienie treści planu – nakaz równego traktowania wierzycieli dotyczy jedynie, zgodnie z § 226 ust. 1, wierzycieli w ramach jednej grupy. Wierzyciele z poszczególnych grup mogą uzyskiwać zaspokojenie na różnych warunkach, byleby tylko, w myśl zastrzeżenia § 226 ust. 2, wierzyciele jednej grupy byli potraktowani jednakowo.

Zgodnie z § 244 do przyjęcia planu jest konieczne, aby za planem głosowały wszystkie grupy wierzycieli. W ramach każdej z grup istnieje wymóg uzyskania dwóch większości – głów i kapitału.

W sytuacji, gdy plan został przedłożony przez syndyka lub nadzorcę, niezbędna jest również zgoda dłużnika<sup>41</sup>.

W celu ochrony przed zniweczeniem racjonalnych planów reorganizacyjnych przedsiębiorstwa, zarówno przez wierzycieli, jak i przez dłużnika, ustawodawca niemiecki, wzorem prawa amerykańskiego, wprowadził tzw. zakaz obstrukcji (§ 245 – § 247 *Insolvenzordnung*)<sup>42</sup>. Oznacza to, iż w określonych okolicznościach sąd może zastąpić brakujące głosy danej grupy wierzycieli lub dłużnika. Przesłanki takiego zastępczego orzeczenia sądu w przypadku, gdy nie wszystkie grupy wierzycieli głosowały za przyjęciem planu, zostały uregulowane w § 245 *Insolvenzordnung*. W myśl tego przepisu, gdy wymagane większości nie zostały osiągnięte, uważa się zgodę jednej z grup wierzycieli za udzieloną, jeżeli:

- 1) wierzyciele z tej grupy, zgodnie z przewidywaniami, nie uzyskają na podstawie planu mniej, niż uzyskaliby bez przyjęcia planu;
- 2) wierzyciele z tej grupy w odpowiednim stopniu uczestniczą w gospodarczej wartości, która na podstawie planu przypada uczestnikom postępowania oraz
- 3) większość głosujących grup przyjęła plan odpowiednimi większościami głosów.

<sup>40</sup> H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 115.

<sup>41</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 122.

<sup>42</sup> E.J. Habscheid, *Grenzüberschreitendes (internationales Insolvenzrecht) der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1998, s. 401; S. Smid, *Das neue Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 1.

„Ustawa definiuje w § 245 ust. 2 pojęcie odpowiedniego uczestniczenia w gospodarczej wartości”, przypadającej uczestnikom na podstawie planu. Kryterium to jest spełnione, gdy:

- 1) żaden wierzyciel nie uzyskuje wartości gospodarczych, które przekraczają pełną kwotę jego roszczenia;
- 2) żaden wierzyciel, który bez planu miałby zostać zaspokojony po wierzycielach tej grupy, ani dłużnik lub jakakolwiek osoba, mająca udziały w przedsiębiorstwie dłużnika, nie uzyska jakiegokolwiek gospodarczej wartości oraz
- 3) żaden wierzyciel, który bez planu miałby być zaspokojony z równym pierwszeństwem, nie został postawiony lepiej niż wierzyciele tej grupy.

Również brakująca zgoda dłużnika może zostać uznana za okoliczność nie stojącą na przeszkodzie przyjęciu planu. Zgodnie z § 247 ust. 1 zgodę dłużnika uważa się za udzieloną, jeżeli dłużnik najpóźniej w terminie głosowania pisemnie lub do protokołu nie sprzeciwił się planowi. Sprzeciw dłużnika może być jednak również uznany za nieistotny, jeżeli plan nie prowadzi do pogorszenia sytuacji dłużnika w stosunku do sytuacji, w której by się znalazł, gdyby plan nie został sporządzony, oraz jeżeli żaden wierzyciel nie uzyskał wartości przewyższającej pełną wartość jego roszczenia. Oznacza to, że ustawodawca nie przywiązuje zbyt wielkiej wagi do zgody dłużnika na plan, jako że warunki, które pozwalają na pominięcie sprzeciwu dłużnika, są stosunkowo łatwe do spełnienia.

### 2.3. Realizacja idei „nowego początku” dla dłużnika

Kolejna, centralna idea, której zrealizowaniu ma służyć niemieckie prawo niewypłacalności, dotyczy stworzenia możliwości uwolnienia się przez niewypłacalnego dłużnika od ciążących na nim długów. Temu celowi służą dwa niezależne od siebie postępowania, których podmiotowe zakresy są częściowo rozłączne<sup>43</sup>. Pierwszym jest postępowanie o uwolnienie od reszty długów (*Restschuldbefreiung*), regulowane w § 286 i nast. (*Insolvenzordnung*), drugim zaś konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe (§ 304 i nast. *Insolvenzordnung*)<sup>44</sup>.

Ze zwolnienia od reszty długów mogą skorzystać, w myśl § 286 *Insolvenzordnung* wszystkie osoby fizyczne, bez względu na to, czy i w jakim zakresie prowadzą działalność gospodarczą. Wprowadzenie tego rodzaju postępowania jest konsekwencją faktu, że dotychczasowe postępowanie upadłościowe, nawet ukończone, nie pozwalało na uwolnienie dłużnika od reszty długów, co oznaczało tym samym, że dłużnik nie jest w stanie rozpocząć jakiegokolwiek samo-

<sup>43</sup> Tabele dotyczące zakresów podmiotowych – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 128.

<sup>44</sup> O postępowaniach tych w języku polskim pisał P. Tereszkiewicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 2), „Transformacje Prawa Prywatnego” („TPP”) 2000, nr 2, s. 27 i n.



dzielnej działalności, ponieważ i tak wszystko musi oddawać wierzycielom. Nie zdecydowano się jednak na to, aby samo ukończenie postępowania niewypłacalnościowego miało oznaczać automatyczne uwolnienie od reszty długów. Uwolnienie od długów musi być poprzedzone siedmioletnim okresem „dobrego zachowania się” (*Wohlverhaltensperiode*)<sup>45</sup>. Ponadto nie jest ono, zgodnie z regułami procedury niemieckiej, automatycznym skutkiem ukończenia postępowania. W myśl § 287 ust. 1 *Insolvenzordnung* konieczne jest złożenie w odpowiednim terminie wniosku o uwolnienie od reszty długów. Wniosek musi zawierać również oświadczenie dłużnika o zbyciu wszystkich swoich, podlegających egzekucji, wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za pracę lub zastępujących je innych stałych dochodów dłużnika na rzecz ustanowionego przez sąd powiernika. O dopuszczeniu dłużnika do postępowania oddłużeniowego orzeka sąd. Przyczyny, z powodu których dłużnik nie może zostać dopuszczony do oddłużenia wymienione są w § 290. Należą do nich: dopuszczenie się przez dłużnika pewnych przestępstw na szkodę wierzycieli; wprowadzenie instytucji kredytowej, umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, w błąd co do okoliczności mającej wpływ na udzielenie kredytu; uzyskanie świadczeń ze środków publicznych lub na uniknięcie świadczeń na rzecz „kas publicznych”; uzyskanie oddłużenia lub nieuzyskanie go z powodu naruszenia obowiązków ciążących na dłużniku w trakcie postępowania oddłużeniowego lub dopuszczenia się przez dłużnika jednego z wymienionych taksatywnie przestępstw na szkodę wierzycieli; umyślne lub powstałe wskutek rażącego niedbalstwa w ciągu ostatniego roku przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego pogorszenie przez dłużnika szans na zaspokojenie wierzycieli przez zaciągnięcie nadmiernych zobowiązań lub roztrwonienie majątku lub opóźnienie się przez niego ze zgłoszeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego mimo braku szans na poprawienie swojej sytuacji majątkowej; umyślne lub spowodowane rażącym niedbalstwem niewypełnienie przez dłużnika obowiązków udzielania informacji oraz współpracy (z organami postępowania niewypłacalnościowego – przyp. F.Z.), wynikających z *Insolvenzordnung*; umyślne lub spowodowane rażącym niedbalstwem podanie nieprawdziwych lub niepełnych danych w oświadczeniach dotyczących majątku oraz uzyskiwanych dochodów<sup>46</sup>.

Jeżeli nie zachodzi żadna z taksatywnie wymienionych okoliczności, stojących na przeszkodzie uwolnieniu od reszty długów, sąd powinien ogłosić, stosownie do § 291 ust. 1 *Insolvenzordnung*, że dłużnik uzyska uwolnienie od

<sup>45</sup> Tym samym prawo niemieckie stawia surowsze wymagania niż prawo amerykańskie, które w przypadku upadłości prowadzonej zgodnie z *Chapter 7 Bankruptcy Code* pozwala na niemal natychmiastowe uwolnienie od reszty długów – zob. M.J. Herbert, *Understanding Bankruptcy*, op. cit., s. 220 i n. oraz H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 131.

<sup>46</sup> Chodzi o wykazy, które składa dłużnik na podstawie § 305 ust. 1 pkt. 3 *Insolvenzordnung*. Przepis ten dotyczy wymaganej treści wniosku dłużnika w związku z tzw. postępowaniem zwalniającym z długów (*Schuldnerbereinigungsverfahren*), prowadzonym w ramach postępowań konsumenckich. Nie należy go mylić z uwolnieniem od reszty długów (*Restschuldbefreiung*).

reszty długów, jeżeli wypełni swoje obowiązki wynikające z § 295 oraz jeżeli nie zajdą negatywne przesłanki takiego uwolnienia z § 295. W tym samym orzeczeniu zostaje ustanowiony powiernik, na rzecz którego przechodzą wierzytelności z tytułu wynagrodzenia za pracę (lub innych porównywalnych). Powiernik odpowiada za swoje czynności jak syndyk<sup>47</sup>, jego wynagrodzenie jest jednak stosunkowo nieznaczne<sup>48</sup>.

Powiernik zarządza powierniczo przeniesionymi na niego wierzytelnościami z tytułu zarobkowej działalności dłużnika. Kwoty stąd uzyskane dzieli, stosownie do § 291 ust. 1, między wierzycieli. Ustawa określa też w tym przepisie sumy, które powinny być przekazane przez powiernika dłużnikowi na jego utrzymanie<sup>49</sup>.

W okresie „dobrego zachowania” zostały nałożone na dłużnika, pragnącego uzyskać zwolnienie z reszty długów, obowiązki wymienione w § 295 ust. 1 *Insolvenzordnung*. Spoczywa na nim zatem obowiązek:

1. wykonywania odpowiedniej działalności zarobkowej, a jeśli dłużnik nie ma zatrudnienia, powinien poszukiwać i nie wolno mu odrzucić takiego zajęcia, którego podjęcia można od niego oczekiwać<sup>50</sup>;
2. wydania powiernikowi połowy wartości majątku uzyskanego *mortis causa* lub uzyskanego na poczet przyszłego dziedziczenia;
3. niezwłocznego zawiadomienia sądu upadłościowego (*Insolvenzgericht*) i powiernika o zmianie miejsca zamieszkania oraz niezatajania jakichkolwiek dochodów objętych cesją na rzecz powiernika, jak również niezatajania majątku, o którym była mowa w pkt. 2, a także informowania sądu o swojej działalności zarobkowej i staraniach podjętych w celu rozpoczęcia takiej działalności oraz o swoich poborach i majątku;
4. świadczenia na zaspokojenie wierzycieli upadłościowych jedynie do rąk powiernika oraz nieprzysparzania żadnych szczególnych korzyści poszczególnym wierzycielom upadłościowym.

Zgodnie z § 295 ust. 2 dłużnik prowadzący samodzielną działalność zarobkową powinien świadczyć na rzecz powiernika kwoty przynajmniej w tej wysokości, w jakiej świadczyłby, gdyby był zatrudniony na podstawie odpowiedniej (do osoby i okoliczności – F.Z.) umowy o pracę.

Naruszenie tych obowiązków, jeżeli było zawinione (ciężar dowodu w tej sprawie spoczywa na dłużniku – on musi wykazać, iż okoliczności te nie wynikają z jego winy)<sup>51</sup> i jeżeli uszczupla możliwości zaspokojenia wierzycieli,

<sup>47</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 381.

<sup>48</sup> Zob. § 293 *Insolvenzordnung* w zw. z § 14 i n. *Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung* z 19 sierpnia 1998; H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 142. Dolna granica tego wynagrodzenia wynosi 200 DM rocznie.

<sup>49</sup> Co do szczegółów dotyczących stanowiska powiernika i jego obowiązków zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 380 i n.

<sup>50</sup> Dłużnik ma obowiązek podjęcia zajęcia, nawet w innym zawodzie niż jego własny – zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 384–385; H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 139.

<sup>51</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 133.

może prowadzić do odmowy uwolnienia od reszty długów, jeżeli wierzyciel złoży odpowiedni wniosek z uprawdopodobnieniem tej okoliczności (§ 296 ust. 1 *Insolvenzordnung*).

Jeżeli okres, na który zostało złożone oświadczenie o przeniesieniu wierzytelności z tytułu działalności zarobkowej (czyli okres siedmioletni z pewnymi, nieistotnymi z punktu widzenia tego opracowania, wyjątkami, związanymi z prawem intertemporalnym) minie bez jego przedwczesnego przerwania (z powodu naruszenia obowiązków przez dłużnika), sąd upadłościowy rozstrzyga o udzieleniu zwolnienia z reszty długów. Konsekwencją takiego rozstrzygnięcia jest przekształcenie się dotychczasowych długów upadłego w zobowiązania naturalne (§ 301 ust. 3 *Insolvenzordnung*). Dotyczy to jednak jedynie tych wierzytelności, które powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego. Inne wierzytelności, tzn. zarówno wierzytelności przeciwko masie, jak i powstałe w okresie „dobrego zachowania się” pozostają przez *Restschuldbefreiung* nienaruszone<sup>52</sup>. W stosunku do wierzycieli, których wierzytelności powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego, uwolnienie od reszty długów jest skuteczne, bez względu na to czy wierzyciele zgłosili swoje wierzytelności w trakcie trwania postępowania (§ 301 ust. 1)<sup>53</sup>. Uwolnienie od reszty długów nie stoi na przeszkodzie realizacji przez wierzyciela swoich praw w stosunku do osób, które udzielały zabezpieczenia objętej postępowaniem wierzytelności, nawet wtedy, gdy zabezpieczenie to miało charakter akcesoryjny (§ 301 ust. 2).

Po uprawomocnieniu się orzeczenia o udzieleniu zwolnienia od reszty długów istnieje jeszcze możliwość odwołania tego uwolnienia, jeśli okaże się, iż dłużnik umyślnie naruszył swoje obowiązki, przez co uszczuplił możliwości zaspokojenia wierzycieli, których wierzytelności powstały przed otwarciem postępowania niewypłacalnościowego. Do takiego odwołania konieczny jest wniosek wierzyciela, który uprawdopodobni okoliczności naruszenia obowiązku oraz wykaże, że do zapadnięcia prawomocności orzeczenia o uwolnieniu od reszty długów nie miał o tym żadnej wiadomości (§ 303 ust. 1 i 2).

Kolejnym postępowaniem, które ma na celu przede wszystkim ochronę dłużnika i które zmierza do uwolnienia dłużnika od ciążących na nim zobowiązań, jest konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe<sup>54</sup>. Jest to obligatoryjne postępowanie dla osób wymienionych w § 304 § 1 *Insolvenzordnung*. W myśl tego przepisu, jeżeli dłużnik jest osobą fizyczną nie prowadzącą działalności gospodarczej lub prowadzącą ją w znikomym zakresie, jego

<sup>52</sup> Te wierzytelności mogą być również w okresie „dobrego zachowania” przymusowo dochodzone od dłużnika. W stosunku do pozostałych wierzytelności zamknięta jest droga egzekucji z majątku dłużnika (§ 294 ust. 1 *Insolvenzordnung*) – zob. też H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 143.

<sup>53</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., str. 387 i n.

<sup>54</sup> Nazwa „konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe” jest myląca – zakres podmiotowy tego postępowania jest szerszy – zob. W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 137.

postępowanie niewypłacalnościowe jest prowadzone według przepisów o konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym (*Verbraucherinsolvenzverfahren*). Nie ma znaczenia rozmiar majątku, czy też wysokość zadłużenia (oczywiście, o ile w ogóle zrealizowane są przedmiotowe przesłanki ogłoszenia upadłości), jeżeli zachodzi wskazana przesłanka podmiotowa<sup>55</sup>. Nie jest przy tym jasne w doktrynie i orzecznictwie, który z momentów jest właściwy dla oceny dłużnika jako konsumenta – chwila złożenia wniosku, czy zaciągnięcia zobowiązania<sup>56</sup>.

Konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe zostało podzielone na trzy stopnie, obligatoryjne dla konsumenta chcącego ostatecznie uzyskać uwolnienie od reszty długów<sup>57</sup>, a mianowicie na:

- próbę zawarcia ugody pozasądowej (§ 305 ust. 1 pkt 1 *Insolvenzordnung*);
- przedłożenie planu „oczyszczenia się” z długów (*Schuldnerbereinigungsplan*);
- właściwe konsumenckie postępowanie niewypłacalnościowe z ustawowym uwolnieniem od reszty długów (§ 311 i nast. *Insolvenzordnung*).

Zgodnie z § 305 ust. 1 pkt 1 *Insolvenzordnung* do wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego należy dołączyć zaświadczenie, wystawione przez uprawnioną osobę lub instytucję, z którego wynika, że w ciągu ostatnich sześciu miesięcy przed złożeniem wniosku o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego dłużnik bezskutecznie próbował zawrzeć z wierzycielami ugodę pozasądową na podstawie przedłożonego planu. Ustalenie, kto jest właściwą osobą lub instytucją, która ma wystawić zaświadczenie (i przy pomocy której powinna być podjęta próba ugodowa)<sup>58</sup> należy do kompetencji poszczególnych krajów związkowych<sup>59</sup>.

Do wniosku o otwarcie konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego należy dołączyć nadto, w myśl § 305 ust. 1, wniosek o udzielenie uwolnienia od reszty długów (*Restschuldbefreiung*) lub oświadczenie, że się takiego uwolnienia dłużnik nie domaga. Następnie należy przedstawić wykaz

<sup>55</sup> Ibidem, s. 139.

<sup>56</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7; por. T. Wehr, *Zur Notwendigkeit einer Reform der Reform der Verbraucherinsolvenz*, „ZIP” 1999, nr 48, s. 2000; W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO – Ziel erreicht oder Reformbedarf*, „DZWIR” 2000, nr 1, s. 16.

<sup>57</sup> K. Gounalakis, *Auswirkungen des neuen Insolvenzrechts für den Verbraucher*, „BB” 1999, nr 5, s. 224 i n.

<sup>58</sup> Kwestia, czy instytucja ta lub osoba rzeczywiście powinna uczestniczyć w doprowadzeniu do zawarcia ugody czy też może się ograniczyć do wystawienia zaświadczenia, jest sporna – zob. T. Wehr: *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2001. Instytucje te lub osoby mają z pewnością obowiązek doradzania dłużnikowi – ich usługi mają mieć przede wszystkim charakter mediacyjny – S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 361.

<sup>59</sup> W krajach związkowych powstały tym samym tzw. *Schuldnersberatungstellen*. Instytucje te prowadzone są przez kościoły, uniwersytety, związki zawodowe, a także przez poszczególnych pracodawców (*innerbetriebliche Sozialeinrichtung*). Za spełniające to kryterium uważa się takie instytucje, które należą do związków opieki dobroczynnej (*Verband der freien Wohlfahrtspflege*) lub do centrali konsumenckich. Zob. też S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 360. Osobami takimi mogą być również adwokaci, biegli rewidenci – W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 139.

istniejącego majątku i uzyskiwanych dochodów, jak również wykaz wierzycieli i wykaz wierzytelności przysługujących przeciwko tym wierzycielom oraz oświadczenie o prawdziwości i zupełności przedłożonych danych.

Dłużnik ma przede wszystkim dołączyć „plan oczyszczenia z długów” (*Schuldnerbereinigungsplan*). Zgodnie z § 305 ust. 1 pkt 2 *Insolvenzordnung* plan taki może zawierać postanowienia, które przy uwzględnieniu interesu wierzycieli, jak również stosunków majątkowych, dochodów oraz stosunków rodzinnych dłużnika, nadają się do odpowiedniego (do sytuacji)<sup>60</sup> oczyszczenia dłużnika z długów. Plan powinien zawierać oświadczenia, czy i w jakim zakresie poręczenia, zastawy i inne zabezpieczenia wierzycieli będą nim objęte. Postępowanie w sprawie otwarcia postępowania niewypłacalnościowego spoczywa, dopóki nie zostanie rozstrzygnięta kwestia planu oczyszczenia z długów (§ 306 ust. 1 *Insolvenzordnung*). *Schuldenbereinigungsplan* dotyczy jednak nie tylko postępowań wszczętych na wniosek dłużnika. W przypadku, gdy wniosek zostanie złożony przez wierzyciela, sąd, stosownie do § 306 ust. 2 *Insolvenzordnung*, ma stworzyć również dłużnikowi możliwość złożenia wniosku. Wykorzystanie tego prawa przez dłużnika pociąga za sobą skutki z § 306 ust. 1 – postępowanie spoczywa do czasu rozstrzygnięcia o kwestii planu.

Dopuszczalna treść planu oczyszczenia z długów nie jest regulowana bezpośrednio ustawą. Plan, zgodnie z § 308 ust. 1 *Insolvenzordnung*, ma skutki ugody sądowej – jest więc tytułem egzekucyjnym. Musi być zatem sformułowany w ten sposób, aby na jego podstawie egzekucja mogła być prowadzona<sup>61</sup>. Poza tym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń odnośnie do potencjalnej treści planu – może on zawierać postanowienia dotyczące: odroczenia płatności, rezygnacji z odsetek, rozłożenia na raty, umorzenia części długów. Dłużnik nie jest zobowiązany do równego traktowania wierzycieli<sup>62</sup>. Ustawa nie przewiduje też żadnych kwot minimalnych, które dłużnik musiałby w planie zapewnić swoim wierzycielom<sup>63</sup>. Przyjmuje się, że dopuszczalny jest nawet tzw. „plan zerowy” (*Null-Plan*), w którym dłużnik oświadcza, iż ze względu na swój stan majątkowy i niski dochód, nie przekraczający kwot wolnych od zajęcia, nie jest w stanie w ogóle ponosić żadnych świadczeń na rzecz wierzycieli<sup>64</sup>.

W myśl § 308 ust. 1 *Insolvenzordnung*, jeżeli żaden z wierzycieli nie sprzeciwi się planowi w terminie jednego miesiąca od doręczenia (§ 307 ust. 1),

<sup>60</sup> W § 305 ust. 4 używa się terminu „angemessene Schuldenbereinigung”. Znaczenie tego pojęcia jest sporne w doktrynie. Część autorów uważa, że kryterium „odpowiedniości” jest bez znaczenia – zob. Wimmer, *Insolvenzordnung*, 1999, § 305 (cytowany za S. Smidem, *Grundzüge...*, op. cit., s. 362, przypis 36), inni (S. Smid w cytowanym miejscu) twierdzą, że stwarza to podstawę do wstępnej kontroli planu przez sąd.

<sup>61</sup> W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 140.

<sup>62</sup> H. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 151. W ten sposób stwarza się możliwość indywidualnego negocjowania warunków planu z poszczególnymi wierzycielami (ibidem, s. 153).

<sup>63</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 363.

<sup>64</sup> Ibidem, s. 363; H.P. Kirchhof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 159; o kontrowersjach związanych z planem zerowym: T. Wehr, *Zur Notwendigkeit*, op. cit., s. 2003.



plan uważa się za przyjęty. Zgodnie z § 307 ust. 2, jeżeli wierzyciel nie zajmie stanowiska w terminie, uważa się, że wyraził zgodę na plan. W wypadku przyjęcia planu uważa się również, że wnioski o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego, jak i o dopuszczenie do uwolnienia od reszty długów zostały cofnięte (§ 308 ust. 2).

Jeżeli jednak część wierzycieli sprzeciwiła się planowi, to brakująca zgoda może być zastąpiona na wniosek wierzyciela lub dłużnika orzeczeniem sądu upadłościowego<sup>65</sup>. Orzeczenie takie, zgodnie z § 309 ust. 1 *Insolvenzordnung* może być wydane jedynie wtedy, gdy za planem głosowała (tj. nie sprzeciwiła się mu) co najmniej ponad połowa wierzycieli, którym przysługiwała ponad połowa wierzytelności przeciwko dłużnikowi. Zastąpienie brakującej zgody wierzyciela przez sąd jest możliwe jedynie wtedy, gdy nie zachodzą następujące przesłanki:

- wierzyciel, który sprzeciwił się, nie uczestniczy odpowiednio w porównaniu do innych wierzycieli w podziale kwot na podstawie planu lub
- wierzyciel, który sprzeciwił się planowi, przez plan zostanie przewidywalnie postawiony w gorszej sytuacji, niż ta, w której byłby, gdyby otwarto postępowanie niewypłacalnościowe oraz zostałoby przeprowadzone uwolnienie dłużnika od reszty długów.

Jak już zostało powiedziane, przyjęty plan ma skutki ugody sądowej. Nie dotyczy to jednak tych wierzycieli, którzy nie zostali wymienieni w spisie wierzycieli dołączonym do wniosku ani też nie zostali uwzględnieni w postępowaniu o przyjęcie planu. Jednak w przypadku, gdy wierzycielowi przysłało dane, dotyczące jego wierzytelności, a on ich nie zakwestionował w terminie, wierzytelność w takim zakresie (czyli w zakresie, który nie wynikał z doręczonych wierzycielowi danych) wygasa (§ 308 ust. 3).

Jeżeli *Schuldenbereinigungsplan* nie zostanie przyjęty, sąd rozstrzyga o otwarciu postępowania niewypłacalnościowego. Jest to w założeniu ustawodawcy uproszczone postępowanie, które może się zakończyć w ramach jednego posiedzenia lub w drodze postępowania pisemnego<sup>66</sup>.

W miejsce syndyka sąd ustanawia, stosownie do § 313 ust. 1, powiernika (*Treuhänder*). Jego pozycja w zakresie praw i obowiązków odpowiada jednak w przybliżeniu pozycji syndyka<sup>67</sup>. Ograniczenia jego uprawnień wynikają z § 313 ust. 2 i 3. W myśl pierwszego z tych przepisów powiernik nie jest legitymowany do zaskarżania czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli. Legitymacja ta w dalszym ciągu przysługuje wierzycielom. Natomiast stosownie do ust. 3 powiernik nie jest uprawniony do likwidacji składników

<sup>65</sup> Jest to znowu przypadek zakazu obstrukcji. W literaturze wskazuje się, że w ten sposób ustawa wprowadza domniemanie, iż przegłosowani wierzyciele, głosując przeciwko, nadużyli prawa – zob. H.P. Kirchof, *Leitfaden zum Insolvenzrecht*, op. cit., s. 157.

<sup>66</sup> K. Gounalakis, *Auswirkungen...*, op. cit., s. 226.

<sup>67</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 372. Należy zwrócić uwagę, iż w konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym nie jest dopuszczalny samodzielny zarząd przez dłużnika masą – § 312 ust. 3. Różnice między zwykłym a konsumenckim postępowaniem niewypłacalnościowym zestawiał W. Zimmermann, *Insolvenzrecht...*, op. cit., s. 146.

masy obciążonych prawami odrębności. Likwidacji tych przedmiotów dokonują uprawnieni z tytułu tych praw.

W konsumenckim postępowaniu niewypłacalnościowym nie istnieje możliwość odrębnego uregulowania przebiegu postępowania. Nie ma tu pola dla „deregulacji”, jako że, zgodnie z § 312 ust. 3, w przypadku tego rodzaju postępowania nie znajdują zastosowania przepisy o *Insolvenzplan*.

W § 314 *Insolvenzordnung* przewidziano również możliwość ułatwionego podziału masy. Stosownie do ust. 1 tego przepisu, na wniosek powiernika sąd upadłościowy zarządza rezygnację z przeprowadzenia w całości lub w części likwidacji masy. W takim wypadku na dłużnika zostaje nałożony obowiązek zapłaty do rąk powiernika, w określonym przez sąd terminie, sumy odpowiadającej wartości masy, która zostanie podzielona pomiędzy wierzycieli. Jeżeli jednak podział masy leżałby szczególnie w interesie wierzycieli, należy zrezygnować z przewidzianego sposobu uproszczonego podziału (§ 314 ust. 1 *in fine*)<sup>68</sup>.

Jeżeli dłużnik złożył, łącznie z wnioskiem o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego, wniosek o dopuszczenie do uwolnienia od reszty długów (*Restschuldbefreiung*), to postępowanie w tej sprawie odbywa się według ogólnych reguł § 286 i nast. *Insolvenzordnung*, o czym była już mowa wyżej<sup>69</sup>.

### 3. DOŚWIADCZENIA Z NOWYM NIEMIECKIM PRAWEM NIEWYPŁACALNOŚCIOWYM W PIERWSZYM OKRESIE JEGO FUNKCJONOWANIA

Wejście w życie nowego niemieckiego prawa niewypłacalnościowego poprzedzone było licznymi obawami i falami krytyki. Skomplikowana ustawa wymagała stworzenia odpowiedniej infrastruktury organizacyjnej. Obawiano się znacznych kosztów postępowań, ale również znacznych kosztów związanych choćby z koniecznością poważnego rozszerzenia liczby personelu zajmującego się postępowaniem upadłościowym. Poszczególne kraje związkowe, obawiając się przeciążenia swoich finansów przez konieczność ponoszenia kosztów dostosowania infrastruktury, wielokrotnie podejmowały inicjatywy mające na celu przeszkodzenie wejściu w życie nowego prawa lub jego opóźnienie<sup>70</sup>. Polski ustawodawca, jeśli chciałby pójść drogą ustawodawcy niemieckiego, musi zdać sobie sprawę, że decyduje się na model wymagający znacznie bardziej zaawansowanej infrastruktury postępowania upadłościowego, co dotyczy zarówno sądów, jak i syndyków (stopień przygotowania ich ad-

<sup>68</sup> Co do szczegółów zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 374.

<sup>69</sup> W literaturze podnosi się jednak, że *Restschuldbefreiung* ma przede wszystkim sens jako postępowanie powiązane z postępowaniem konsumenckim, w ramach którego nie ma możliwości przedłożenia *Insolvenzplan* – zob. S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 376.

<sup>70</sup> O tych inicjatywach i ich przyczynach zob. S. Heitmann, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung (Insolvenzordnung II)*, „Neue Juristische Wochenschrift” („NJW”) 1999, nr 1, s. 33 i n.

ministracji biurowej). Należy również zauważyć, że poziom rozwoju tej infrastruktury w Niemczech z okresu sprzed reformy był znacznie wyższy, niż to ma miejsce w Polsce. Dwa lata od wejścia w życie ustawy fundamentalnie zmieniającej stan prawny w dziedzinie tak bardzo powiązanej z zachodzącymi procesami gospodarczymi, zarówno w wymiarze makro-, jak i mikroekonomicznym, to zdecydowanie okres zbyt krótki, aby można było wyciągnąć ostateczne wnioski dotyczące osiągnięcia zakładanych przez ustawodawcę celów. Niemniej poczyniono już pierwsze istotne obserwacje, które powinny być również dostrzeżone w naszych pracach legislacyjnych.

Jak już zostało powiedziane, reforma zmierzała do zapobieżenia ubożeniu masy, uelastycznienia postępowania przez stworzenie możliwości jego swobodnego kształtowania i tym samym dostosowywania do zindywidualizowanych potrzeb gospodarczych, zwiększenia roli wierzycieli, oraz stworzenia dłużnikom – osobom fizycznym szansy na uwolnienie się od ciążących na nich długów i umożliwienia im tym samym „nowego początku”.

Jak wynika z dotychczasowych doświadczeń prezentowanych w literaturze niemieckiej, nie daje się stwierdzić, że zjawisko spóźnionych wniosków o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego (przynajmniej w pierwszym roku obowiązywania ustawy) uległo zmianie. Nie odnotowano również, by rozszerzenie przedmiotowej przesłanki otwarcia postępowania, jaką jest grożące zaprzestanie płacenia długów, spowodowało, że dłużnicy z odpowiednim wyprzedzeniem składali takie wnioski<sup>71</sup>.

Znaczne trudności w praktyce wywołuje stanowisko tymczasowego syndyka. Z uwagi na zakres odpowiedzialności syndyka tymczasowego wyposażonego w pełnię uprawnień (§ 22 ust. 1), który jest taki sam jak zwykłego syndyka, sądy unikały ustanawiania takiego syndyka, ograniczając się jedynie do ustanawiania syndyka tymczasowego z ograniczonym zakresem uprawnień (§ 22 ust. 2). Tym samym sytuacja, która w założeniu ustawodawcy miała być wyjątkiem, stała się regułą<sup>72</sup>. Stwarza to jednak zagrożenie uszczuplenia majątku dłużnika – syndyk tymczasowy o ograniczonym zakresie uprawnień nie wchodzi w miejsce pracodawcy, nie mogą być zatem podjęte działania niezbędne dla ochrony majątku, np. związane z wypowiedzeniem umów o pracę<sup>73</sup>. W doktrynie pozostaje nadal nie rozwiązana kwestia, w jakim zakresie tymczasowemu syndykowi przysługuje prawo likwidacji majątku dłużnika<sup>74</sup>.

Mimo znacznego powiększenia zakresu autonomii wierzycieli, nie stwierdzono dotychczas wzrostu zainteresowania wierzycieli przebiegiem postępowania<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 1–2.

<sup>72</sup> W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17; J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 3.

<sup>73</sup> W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17.

<sup>74</sup> W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 17; S. Schlegel, *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., s. 95;

<sup>75</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 5; K. Muscheler, W.E. Bloch, *Abwahl des vom Gericht bestellten Insolvenzverwalters*, „ZIP” 2000, nr 34, s. 1475.

Ponieważ wierzyciele, którym przysługują prawa odrębności, uzyskali pełne prawo głosu w postępowaniu, więc instytucjonalni wierzyciele zaczynają dominować w postępowaniu<sup>76</sup>. W literaturze formułowane są w związku z tym różne obawy. Wierzyciele instytucjonalni są przede wszystkim zainteresowani szybkim przeprowadzeniem postępowania, w niewielkim stopniu skłonni są poprzeć sanacyjne koncepcje syndyka<sup>77</sup>. Dysponują oni również odpowiednim zapleczem technicznym i intelektualnym, co wzmacnia obawy o ich dominację w postępowaniu. Istotnym polem wpływu dla tej grupy wierzycieli może być przysługująca wierzycielom, zgodnie z § 57 *Insolvenzordnung*, kompetencja odwołania ustanowionego przez sąd syndyka i zastąpienia go nowym, którego koncepcje przeprowadzenia postępowania będą w większym stopniu odpowiadać tej grupie wierzycieli<sup>78</sup>. Z drugiej strony próbuje się wskazać, że obawy te są przesadzone, ponieważ uprawnienie do odwołania syndyka jest jednorazowe (może być wykorzystane jedynie na pierwszym zgromadzeniu wierzycieli po jego wyborze przez sąd), a nadto podlega kontroli sądu<sup>79</sup>. Istnieje też ogólna norma § 78 *Insolvenzordnung*, która pozwala na uchylenie uchwał zgromadzenia wierzycieli, sprzecznych ze wspólnym interesem wierzycieli upadłościowych. Zdaniem części doktryny § 78 znajduje zastosowanie również do korekty uchwał zgromadzenia o odwołaniu syndyka<sup>80</sup>. Nie usuwa to jednak wszystkich obaw związanych ze zdominowaniem postępowania przez wierzycieli instytucjonalnych o ściśle określonym interesie, z pokrzywdzeniem innych kategorii wierzycieli. Dominacja ta powoduje również konieczność znacznie dalej idącej kontroli sądu nad sposobem wykonywania swoich uprawnień przez zgromadzenie wierzycieli.

Jednym z podstawowych instrumentów „deregulacji” postępowania jest omówiony już *Insolvenzplan*. Jak dotąd instytucja ta nie odgrywa szczególnej roli w przebiegu postępowania<sup>81</sup>. W praktyce okazała się ona nieprzydatna do wykorzystania jej dla sanacji przedsiębiorstw. Dotychczasowe doświadczenia z *Insolvenzordnung* nie wykazały, aby dzięki tej procedurze dochodziło do większej ilości sanacji i dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa, niż miało to miejsce pod rządami poprzednio obowiązującego *Konkursordnung*<sup>82</sup>.

Poważne głosy krytyki oraz wezwania do pilnej reformy dotyczą również postępowań mających na celu ochronę dłużnika – osoby fizycznej, tj. przede wszystkim konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego i w mniejszym stopniu postępowania o uwolnienie od reszty długów.

W praktyce okazuje się, że wnioski o otwarcie postępowania konsumenckiego pochodzą w rzeczywistości od osób nie prowadzących już wprawdzie

<sup>76</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 5.

<sup>77</sup> Ibidem, s. 5.

<sup>78</sup> K. Muscheler, W.E. Bloch, *Abwahl...*, op. cit., s. 1475.

<sup>79</sup> Th. Graeber, *Die Wahl...*, op. cit., s. 1466 i n.

<sup>80</sup> K.H. Görg, *Gerichtliche Korrektur...*, op. cit., s. 367 i n.

<sup>81</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 6; G. v. Leoprechting, *Insolvenzplan scheitert im Praxistest*, „DZWIR” 2000, nr 2, s. 67 i n.

<sup>82</sup> G. v. Leoprechting, *Insolvenzplan...*, op. cit., s. 68.

działalności gospodarczej, ale których długi powstały w związku z prowadzeniem takiej działalności<sup>83</sup>. Ponieważ w postępowaniu bierze wtedy udział znaczna liczba wierzycieli, więc struktury „bagatelnego” postępowania konsumenckiego okazują się niewystarczające<sup>84</sup>. Ponadto konieczność podjęcia próby ugody pozasądowej z wierzycielami prowadzi do opóźnienia w otwarciu postępowania<sup>85</sup>.

Pojawiają się także trudności w rozgraniczeniu prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej „drobnych rozmiarów” od działalności prowadzonej w znacznie większym rozmiarze. Konsekwencje braku możliwości precyzyjnego rozgraniczenia w tym względzie są poważne – zarówno postępowanie konsumenckie, jak i zwykłe postępowanie niewypłacalnościowe stanowią postępowania obligatoryjne. Oznacza to, że ani dłużnik, ani nikt inny nie może wybrać rodzaju postępowania niewypłacalnościowego<sup>86</sup>. Ich podmiotowe zakresy są rozłączne. Nie są jednak jasne skutki wyraźnie niewłaściwego dla danego podmiotu rodzaju postępowania<sup>87</sup>.

Pierwotnie oczekiwano znacznej liczby konsumenckich wniosków o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego. Te oczekiwania, wbrew zamiarowi ustawodawcy, nie sprawdziły się jednak. Trudne do przezwyciężenia okazały się problemy organizacyjne związane z instytucjami pomocy dla dłużnika, których uczestniczenie przy próbie zawarcia ugody pozasądowej jest konieczne. W konsekwencji tworzą się zatory w załatwianiu tych spraw, co prowadzi do dalszego odwlekania postępowania sądowego<sup>88</sup>. Kolejnym utrudnieniem są formularze wniosków o otwarcie konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego, których objętość i stopień skomplikowania skutecznie odstrasza od składania wniosków<sup>89</sup>. Na małą liczbę tych wniosków mają także wpływ znaczne koszty postępowania konsumenckiego<sup>90</sup>.

W doktrynie wskazuje się również na wady postępowania o uwolnienie od reszty długów (*Restschuldbefreiung*). Przede wszystkim podkreśla się, że nie jest usprawiedliwione, aby postępowania tego nie można było prowadzić, gdy wniosek o otwarcie postępowania niewypłacalnościowego został oddalony z powodu ubóstwa majątku dłużnika i niemożności pokrycia kosztów postępowania<sup>91</sup>.

W ramach postępowania o uwolnienie od reszty długów poważne problemy wiążą się z niskim wynagrodzeniem powiernika, który odpowiada jak syndyk. Niezwykle trudno jest znaleźć osoby, które chciałyby podjąć się tego zadania.

<sup>83</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7.

<sup>84</sup> I. Pape, G. Pape, *Vorschläge zur Reform des Insolvenzverfahrens, insbesondere des Verbraucherinsolvenzverfahrens*, „ZIP” 2000, nr 36, s. 1554.

<sup>85</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7; T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2000.

<sup>86</sup> W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 16.

<sup>87</sup> T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2002.

<sup>88</sup> W. Uhlenbruck, *Ein Jahr InsO...*, op. cit., s. 16.

<sup>89</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 7.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> T. Wehr, *Zur Notwendigkeit...*, op. cit., s. 2002.



Podniesienie wynagrodzenia powiernika (co i tak w ostatnim czasie nastąpiło) podraża to postępowanie, niwecząc jego sens.

Znany niemiecki syndyk J. Wellensiek podsumowuje swoje doświadczenia z nowym prawem w ten sposób: „Rok od wejścia w życie *Insolvenzordnung* pozwala na stwierdzenie, że jest możliwe przeprowadzenie postępowania niewypłacalnościowego zgodnie z nowymi przepisami. Istnieją też różne przesłanki do przyjęcia, że zwiększył się nieco liczba otwartych postępowań, jak i zwiększył się w niewielkim stopniu przeciętny stopień zaspokojenia wierzycieli. Podstawowy problem postępowania niewypłacalnościowego – wczesne rozdzielanie majątku dłużnika między uprawnionych z anonimowych zabezpieczeń wierzytelności (chodzi przede wszystkim o przewłaszczenie i cesję na zabezpieczenie – przyp. F.Z.) – nie został przez *Insolvenzordnung* rozwiązany. Znaczna większość wniosków o otwarcie postępowania jest oddalana z powodu ubóstwa masy”<sup>92</sup>. Autor podkreśla przy tym, że także możliwości sanowania przedsiębiorstwa są systemowo ograniczone przez inne akty prawne, zarówno z dziedziny prawa pracy, jak i prawa podatkowego. Również postępowanie konsumenckie okazało się ukształtowane w sposób mało odpowiadający potrzebom praktyki<sup>93</sup>.

#### 4. WNIOSKI DLA POLSKIEGO USTAWODAWCY

Zastanawiając się nad kierunkiem niewątpliwie potrzebnej reformy polskiego prawa upadłościowego i układowego, należy przede wszystkim odpowiedzieć na podstawowe pytanie – czy wadliwe funkcjonowanie polskich procedur niewypłacalnościowych wynika z wadliwych rozwiązań przyjętych w samych tych procedurach, czy też jest rezultatem otoczenia prawnego, w którym przychodzi funkcjonować postępowaniu upadłościowemu i układowemu. Ponadto należy rozważyć, czy w przypadku dostrzeżenia wadliwych rozstrzygnięć legislacyjnych zawartych w obu ustawach nie jest korzystniejsze, zamiast wprowadzania całkiem nowej ustawy, dokonanie korekt aktów obowiązujących.

Niewątpliwie polski ustawodawca powinien z doświadczeń niemieckich wyciągnąć wnioski. Doświadczenia te pozwalają na ocenę, że rewolucyjna ustawa niemiecka nie przyniosła ze sobą rewolucyjnych zmian i na razie nie wpływa na zjawisko „kryzysu upadłości”, którego zaistnienie stało się przyczyną reformy.

Dlatego też zanim podejmie się próbę rewolucji, pociągającej za sobą poważne koszty, związane z przebudową infrastruktury postępowania upadłościowego, należy się zastanowić, czy dotychczasowe polskie ustawy nie kryją w sobie dostatecznego potencjału pozwalającego na usprawnienie procedur.

Słusznie stwierdza S. Smid, że przyczyny kryzysu niemieckiego *Konkursordnung* nie tkwiły w samej tej ustawie, ale wyniknęły z rozwoju prawa poza

<sup>92</sup> J. Wellensiek, *Ein Jahr Insolvenzordnung...*, op. cit., s. 8.

<sup>93</sup> Ibidem.

nią<sup>94</sup>. Przyczyną ich było przede wszystkim niezwykle liberalne podejście niemieckiego porządku prawnego do zagadnienia zabezpieczeń rzeczowych, szczególnie do tzw. niejawnych zabezpieczeń, jak przewłaszczenie na zabezpieczenie czy cesja na zabezpieczenie (a w szczególności cesja globalna). Toczący się w polskiej doktrynie spór o zakres dopuszczalności przewłaszczenia na zabezpieczenie, jest jednocześnie sporem o szanse funkcjonowania postępowania upadłościowego. Ostatnie rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, dopuszczające np. przewłaszczenie na zabezpieczenie nieruchomości<sup>95</sup>, mimo że nie dotyczące bezpośrednio postępowania upadłościowego, przesadzają w zasadzie o trwałości kryzysu postępowania upadłościowego, zwłaszcza gdy się zważy, że zabezpieczony przewłaszczeniem na zabezpieczenie wierzyciel korzysta w prawie polskim, zgodnie z dominującym, choć nietrafnym poglądem, z prawa wyłączenia<sup>96</sup>. Należy stwierdzić, że rozstrzygnięcie polskiego ustawodawcy, który zrezygnował w postępowaniu upadłościowym (art. 204 § 1) z praw odrębności (z wyjątkiem zastawu rejestrowego), a jedynie uprzywilejował zabezpieczone wierzytelności, jest krokiem w dobrym kierunku, umożliwiającym podjęcie przez syndyka działań sanacyjnych bez obawy „rozszarpania” przez wierzycieli majątku przedsiębiorstwa, zanim syndyk zdąży wprowadzić jakikolwiek program naprawczy<sup>97</sup>. W świetle tych zmian, tolerowanie przyznania wierzycielowi zabezpieczonemu przewłaszczeniem na zabezpieczenie prawa wyłączenia jest wyrazem zgody na całkowitą niespójność aksjologiczną systemu prawa.

Fakt, iż w europejskich krajach kontynentalnych gospodarki w znacznie większym stopniu są zależne od kredytu niż w gospodarce amerykańskiej, sprawia, że przeniesienie koncepcji amerykańskich na grunt europejski wcale nie daje możliwości uzyskania rezultatów nawet zbliżonych do tych, na których osiągnięcie pozwala *Bankruptcy Code* w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Idee związane z sanacją przedsiębiorstwa, jak również koncepcje pozwalające dłużnikowi na „nowy początek” (*fresh start*), mogą działać jedynie tam, gdzie znaczna część wierzytelności nie jest zabezpieczona rzeczowo (czy też powierniczo). Stanowi to jedną z głównych przyczyn braku sukcesu *Insolvenzordnung*. Jest to przyczyna w pewnym sensie, w warunkach i przyzwyczajeniach gospodarki niemieckiej, nieusuwalna. Tendencja zarówno orzecznicza, jak i legislacyjna w prawie polskim poszła niestety również w kierunku rozbudowywania rozmaitych zabezpieczeń wierzytelności, z tym oczywistym skutkiem, że także i w warunkach polskich w typowym wypadku próby sanacji będą z góry

<sup>94</sup> S. Smid, *Grundzüge...*, op. cit., s. 9.

<sup>95</sup> Wyrok SN z 29 maja 2000, III CKN 246/00, z krytyczną glosą F. Zolla, „OSP” 2001, nr 2, s. 83–86.

<sup>96</sup> Zob. szerzej F. Zoll, *Sporu o dopuszczalność przewłaszczenia na zabezpieczenie ciąg dalszy*, „Państwo i Prawo” („PiP”) 1999, nr 4, s. 73–81.

<sup>97</sup> Zob. jednak S. Smid, *Das Insolvenzverfahren in den Beitrittsstaaten*, „Wirtschaft und Recht in Osteuropa” („WiRO”) 2000, nr 12, s. 395. Autor krytykuje rozwiązania przyjęte w Chorwacji, Słowenii i Bułgarii, których procedury starają się włączyć zabezpieczonych wierzycieli w proces sanacji przedsiębiorstwa.

skazane na niepowodzenie z powodu wyczerpania masy przez zabezpieczenia wierzytelności. Należy szczególnie uważać z rozszerzaniem już istniejących możliwości zabezpieczenia wierzytelności, w szczególności przez tworzenie nieakcesoryjnych zabezpieczeń<sup>98</sup>. Polskie prawo upadłościowe i układowe zawiera jeszcze jedną cechę, która skutecznie wyklucza możliwość efektywnej restrukturyzacji. Cechą tą są liczne uprzywilejowania poszczególnych wierzytelności (art. 4 § 1 prawa układowego oraz art. 204 § 2 i art. 174 prawa upadłościowego). W prawie układowym, zgodnie ze wspomnianym przepisem, uprzywilejowanie polega na wyłączeniu całych kategorii wierzytelności spod dobrodziejstwa układu, natomiast w prawie upadłościowym polega zarówno na wyłączeniu z możliwości objęcia układem (przy wprowadzeniu konieczności zapewnienia ich zaspokojenia jako przesłanki dojścia do skutku układu), jak również z uprzywilejowanego zaspokojenia w porządku art. 204 § 1 prawa upadłościowego. Jeżeli prawo niewypłacalnościowe ma spełniać swoje funkcje, nie da się uniknąć rezygnacji z tych przywilejów, z wyłączeniem jedynie wierzytelności masy, czyli wierzytelności powstałych po ogłoszeniu upadłości, względnie w trakcie prowadzenia postępowania układowego poprzedzającego upadłość (obecny art. 204 § 1 pkt 2 prawa upadłościowego). Uprzywilejowanie wierzytelności masy jest konieczną przesłanką podjęcia jakichkolwiek prób sanacji przedsiębiorstwa. W przeciwnym razie nikt nie będzie chciał kontrahować z syndykiem lub z dłużnikiem w postępowaniu układowym. W pozostałym zakresie uprzywilejowanie wierzytelności prowadzi jedynie do niemożności zrealizowania celu postępowania niewypłacalnościowego, wykluczając niemal zupełnie możliwość racjonalnej gospodarczo sanacji przedsiębiorstwa. Rezygnacja z tych przywilejów przyniosłaby od razu bez wielkich zmian legislacyjnych znaczną poprawę w realizacji celów postępowania upadłościowego i układowego.

Należy zanalizować teraz poszczególne cele niemieckiego postępowania niewypłacalnościowego z punktu widzenia polskiego porządku prawnego oraz legislacyjnych potrzeb i sposobów ewentualnej realizacji tych zadań.

#### *4.1. Jednolitość postępowania*

Nie jestem przekonany, czy zniesienie dualizmu postępowania sprowadzi szczególne korzyści. Fakt utrzymania odrębności tych postępowań ma również swoje zalety. Jedną z ważnych przyczyn opóźniania się ze składaniem wniosków o ogłoszenie upadłości przez dłużnika jest psychologiczna bariera – dłużnik, nie chcąc poddać się stygmatyzującemu dla niego postępowaniu, stara się nie dopuścić do ogłoszenia upadłości, nawet wtedy, gdy jego sytuacja finansowa nie zezwala już na samodzielne poczynienie jakichkolwiek kroków,

<sup>98</sup> Takim niebezpiecznym potencjalnie aktem dla postępowania upadłościowego jest projekt wprowadzenia do prawa polskiego długu gruntowego. Projekt został opublikowany w „Przeglądzie Legislacyjnym” 2000, nr 2, s. 195 i n. Zobacz krytyczne omówienie tego projektu przez J. Pisulińskiego w „Transformacjach Prawa Prywatnego” („TPP”) 2000, nr 1.

pozwalających na uratowanie przedsiębiorstwa. Niewątpliwie dla wielu dłużników jest łatwiej złożyć wniosek o otwarcie postępowania układowego niż wniosek o ogłoszenie upadłości. Z drugiej strony jest jednak prawdą, iż postępowanie układowe w prawie polskim może być przez dłużników nadużywane, tj. wykorzystywane w celu przecignięcia terminu dla złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, przy jednoczesnym braku jakichkolwiek widoków na zawarcie układu. Brakuje bowiem w polskim systemie prawnym postanowień, które automatycznie uruchamiałyby postępowanie upadłościowe w wypadku, gdy postępowanie układowe zostanie umorzone lub z innych powodów nie dojdzie do skutku<sup>99</sup>. Należałoby wprowadzić zatem przepisy, z których wynikałoby, iż umorzenie postępowania układowego jest równoznaczne z ogłoszeniem upadłości dłużnika. Można by również rozważyć przepis, który, mimo zgłoszenia wniosku o otwarcie postępowania układowego, dawałby sądowi podstawę do ogłoszenia upadłości dłużnika, jeśliby było oczywiste, iż nie istnieje żadna realna szansa zawarcia układu, a prowadzenie postępowania układowego pociągnie za sobą jedynie opóźnienie ogłoszenia upadłości. Byłoby to zupełnie wystarczające zintegrowanie postępowań. Nie jest potrzebne tworzenie jednolitego postępowania – w ramach samego postępowania upadłościowego pojawia się znowu możliwość zawarcia układu. Należy jednak zrezygnować w przypadku postępowania układowego z założenia, iż jest ono dostępne tylko dla „godnego” dłużnika, który z przyczyn od siebie niezależnych popadł w stan niewypłacalności bądź grożącej niewypłacalności. Trzeba przyjąć, że do układu w postępowaniu układowym powinien być dopuszczony każdy dłużnik, który mógłby być dopuszczony do układu w postępowaniu upadłościowym.

#### 4.2. *Przeciwdziałanie ubóstwu masy*

Podstawowym wymogiem naprawy polskiego prawa upadłościowego jest rezygnacja z katalogu wierzytelności uprzywilejowanych. To samo dotyczy konieczności zrezygnowania z katalogu wierzytelności wyłączonych spod postępowania układowego. Bez spełnienia tego wymogu wszelkie próby reformowania postępowania układowego są z góry skazane na niepowodzenie. Należy zwrócić uwagę, iż poprzednio obowiązujące niemieckie prawo upadłościowe znało znacznie mniej przywilejów, ale i tak zniesienie ich uznano za jedno z głównych założeń reformy. Drugim podstawowym zagadnieniem z punktu widzenia usprawnienia polskiego prawa niewypłacalnościowego jest rozwiązanie kwestii dotyczącej zabezpieczeń wierzytelności. Należy zaakceptować co do zasady dzisiejszą konstrukcję uprzywilejowania wierzytelności zabezpieczonych, przy pozostawieniu syndykowi prawa decydowania, kiedy i na jakich warunkach ma nastąpić realizacja przedmiotu zabezpieczenia. Powinno się również znieść szczególne traktowanie zastawu rejestrowego

<sup>99</sup> Zob. S. Smid, *Das Insolvenzverfahren...*, op. cit., s. 394–395.

w stosunku do innych zabezpieczeń rzeczowych. Tym działaniom musi towarzyszyć wprowadzenie do porządku prawnego wyraźnego zakazu przewłaszczenia na zabezpieczenie zarówno nieruchomości, jak i rzeczy ruchomych. Trzeba utrzymać natomiast, wzorem niemieckim, prawo wyłączenia dla zastrzeżenia własności.

Należy sądzić, iż po ostatnich zmianach dotyczących zaskarżania i bezskuteczności czynności dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli<sup>100</sup>, nie istnieje jakaś szczególna potrzeba zmian w systemie prawa.

Jako godne rozważenia warto przyjąć rozwiązania dotyczące postępowania w sprawie ogłoszenia upadłości, w szczególności odnoszące się do zarządu majątkiem dłużnika. Należy jednak zauważyć, że już w obecnie obowiązującym stanie prawnym art. 12 prawa upadłościowego stwarza szerokie możliwości w tej dziedzinie<sup>101</sup>. Lakoniczność tego unormowania sprawiać musi, w przypadku stosowania środków poważnie ingerujących w sferę majątkową dłużnika, szereg trudności, dotyczących relacji z osobami trzecimi, ochrony dobrej wiary, zakresu uprawnień zarządcy itp. Dlatego doprecyzowanie tych kwestii, z uwzględnieniem krytycznych uwag zgłoszonych w doktrynie niemieckiej w stosunku do niemieckiej regulacji zarządu tymczasowego majątkiem dłużnika, byłoby pożądane.

#### 4.3. Autonomia wierzycieli i deregulacja postępowania

Postulat zwiększenia autonomii wierzycieli w polskim postępowaniu upadłościowym należy ocenić jak najbardziej krytycznie. Jest to powrót do zweryfikowanych negatywnie już w pierwszej połowie XIX w. koncepcji postępowań niewypłacalnościowych. Autonomia ta pociąga za sobą, nawet po uwzględnieniu różnych zabezpieczających instrumentów wprowadzonych do procedury niemieckiej, zdominowanie postępowania niewypłacalnościowego przez wierzycieli instytucjonalnych i z reguły jest nie do pogodzenia z wszelkimi zamiarami zwiększenia restrukturyzacyjnej funkcji postępowania niewypłacalnościowego. W szczególności należy uznać za zupełnie niecelowe, z uwagi na konieczność gwarantowania niezależności syndyka, dopuszczenie, aby był on wybierany przez zgromadzenie wierzycieli. Należy niewątpliwie rozważyć, czy obecnie obowiązujący system wyboru syndyka nie jest zbyt archaiczny. Wymaga rozważenia, czy mechanizm wyboru syndyka nie powinien być poddany kontroli także ze względu na interesy osób ubiegających się o tę funkcję, a pominiętych przez sąd<sup>102</sup>.

Postulat deregulacji postępowania, a więc przede wszystkim wprowadzenia instytucji *Insolvenzplan*, należy uznać za chybiony. Nie tylko dlatego, że nie

<sup>100</sup> Zob. art. 55 § 2 oraz art. 57 prawa upadłościowego, a także art. 527 § 4 k.c. O zaskarżaniu czynności dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli w postępowaniu upadłościowym zob. A. Rachwał, *Niewypłacalność jako przesłanka zaskarżenia przez syndyka czynności prawnej upadłego, dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli*, „TPP” 2000, nr 2, s. 61 i n.

<sup>101</sup> Zob. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i układowe*, Toruń 1999, s. 163.

<sup>102</sup> Zob. H. Hess, *Die Insolvenzverwalterbestellung – Grundrechtsrelevanz, Grundrechtsdefizite und Rechtsschutz* (w:) H. Prütting, H. Vallender, *Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis*, Köln 2000, s. 453 i n.



sprawdza się on w praktyce na gruncie prawa niemieckiego. Jest to niezwykle kosztowna konstrukcja, skoro koszty przygotowania takiego planu i tak obciążają dłużnika. Sam wymóg doręczenia planu (jakkolwiek w doktrynie niemieckiej sporny) oznaczałby w przypadku dużego postępowania koszty porównywalne z wydaniem książki. Ponadto w przypadku postępowania układowego w postępowaniu upadłościowym upadły nie jest związany ograniczeniami co do treści propozycji układowych, poza wymogiem równego traktowania wierzycieli w myśl art. 175 § 2 prawa upadłościowego. Inaczej sprawa się ma w postępowaniu układowym, gdzie, oprócz nakazu równego traktowania wierzycieli, art. 20 § 1 i 2 zawiera taksatywny katalog propozycji układowych. W przypadku postępowania układowego należy znieść te ograniczenia, godząc się na to, że postępowanie to nie musi prowadzić do sanowania przedsiębiorstwa i że możliwa jest także taka treść układu, która doprowadzi do likwidacji przedsiębiorstwa dłużnika. Należy również w przypadku zgromadzenia wierzycieli, zwołanego dla przyjęcia układu, uznać znaną prawu niemieckiemu możliwość głosowania grupami. Powiązać to należy ze zniesieniem ogólnego zakazu niedyskryminacji, który powinien zostać zastąpiony zakazem niedyskryminacji w ramach grup. Ideą, godną zaadaptowania w prawie polskim jest również wprowadzenie zakazu obstrukcji, tak jak to uczyniono w prawie niemieckim.

Należałoby także przyznać syndykowi prawo do złożenia propozycji układowych w postępowaniu upadłościowym. Przysługiwanie tego prawa jedynie upadłemu daje mu do ręki w pewnych sytuacjach instrument „szantażowania” wierzycieli, nie mających szans uzyskania czegokolwiek w przypadku likwidacji masy, kiedy jednak jest realne sanowanie przedsiębiorstwa (co w odniesieniu do przedsiębiorstw „nowej ekonomii” może być stosunkowo częste). Prawo złożenia propozycji przez syndyka powodowałoby, że „gra na wyczerpanie wierzycieli” prowadzona przez dłużnika lub jego organy byłaby niemożliwa lub znacznie ograniczona.

#### *4.4. Uwolnienie od reszty długów i postępowania konsumenckie*

Idea, aby postępowanie niewypłacalnościowe w imię ochrony dłużnika służyło również stworzeniu dla niego możliwości nowego początku, jest godna aprobaty. Wątpliwości może budzić jedynie to, czy skomplikowane postępowanie niemieckie jest najlepszym wzorem do naśladowania, czy też w tym wypadku nie należałoby sięgnąć bezpośrednio do wzorów amerykańskich<sup>103</sup>, stanowiąc, że ukończenie postępowania upadłościowego ze względu na wykonanie ostatniego planu podziału prowadzi do zwolnienia z reszty długów. Powstaje tu oczywiście pytanie, czy takie najprostsze rozwiązanie nie kolido-

<sup>103</sup> Zob. P. Tereszkiewicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i w niektórych krajach europejskich* (cz. 1), „TPP” 2000, nr 1–2, s. 103 i n.

wałoby z konstytucyjną ochroną własności, sądzę jednak, że stworzenie możliwości nowego startu jest uzasadnione w świetle zasady ochrony godności ludzkiej, jak również odpowiada wymogom ochrony wolności człowieka, która nie może być realizowana, jeżeli nie istnieje możliwość uwolnienia się od ciążących długów, powodujących trwałą niewypłacalność. Oczywiście zwolnienie z reszty długów może dotyczyć jedynie osób fizycznych. Należałoby również przewidzieć kategorie wierzytelności, od których uwolnienie nie jest dopuszczalne (np. wierzytelności z tytułu szkód na osobie).

Osobną kwestią jest zagadnienie wprowadzenia do polskiego prawa postępowania konsumenckiego. Twórcy projektu prawa upadłościowego wychodzili z założenia, iż nie jest zasadne wprowadzanie bagatelnych postępowań niewypłacalnościowych. Niekorzystne doświadczenia, które dotyczą postępowania konsumenckiego w Niemczech, muszą stanowić przestrożę dla polskiego ustawodawcy. Być może, przy założeniu możliwości uwolnienia od reszty długów, byłoby wystarczające zniesienie podstawowego ograniczenia podmiotowego polskiego prawa upadłościowego, jakim jest ograniczenie zdolności upadłościowej jedynie do przedsiębiorców. Powstaje oczywiście pytanie, czy kosztowne postępowanie upadłościowe w tym wypadku nie byłoby zbyt drogie. Należy jednak mieć na uwadze, że w prawie polskim wynagrodzenie syndyka jest ściśle unormowane i sąd ustalając je, może już w ramach art. 122 i 123 prawa upadłościowego uwzględnić wysokość nakładów syndyka, mając na uwadze niewielki zakres postępowania. Doświadczenia niemieckie wskazują ponadto, że postępowania konsumenckie w znacznej części przypadków nie mają charakteru bagatelnego<sup>104</sup>.

#### 4.5. Podsumowanie

Proponowany powyżej zakres ingerencji w treść polskich postępowań niewypłacalnościowych nie jest z pewnością mały. Uważam jednak, że z punktu widzenia techniki legislacyjnej może być on przeprowadzony przy pomocy stosunkowo nielicznych interwencji w treść ustawy. Pozwoliłoby to na ocalenie aktów prawnych, odznaczających się szczególnie wysokim poziomem legislacyjnym, a także niezwykle przemyślaną konstrukcją, które w poważnym zakresie nie zostały zdezaktualizowane. Sądzę, że zastąpienie polskiego prawa upadłościowego i układowego całkowicie nową ustawą czy ustawami nie przyniosłoby korzyści, które uzasadniają tak daleko sięgającą interwencję w istniejący porządek prawny.

<sup>104</sup> Mniej sceptyczny jest P. Tereszkievicz, *Postępowanie...*, op. cit., (cz. II), s. 52 i n.

KONRAD ZACHARZEWSKI

**DOM SKŁADOWY JAKO PRZEDSIĘBIORCA ZAUFANIA  
PUBLICZNEGO****1. UWAGI WSTĘPNE**

Ze wszech miar uzasadnione oczekiwanie pozytywnych następstw wejścia w życie ustawy o domach składowych przeplata się z obawami o prawidłowe funkcjonowanie tych pożytecznych dla gospodarki instytucji. Ustawa o domach składowych (Dz.U. 2000, nr 114, poz. 1191), uchwalona dnia 26 października 2000 roku, nabrała mocy prawnej dnia 4 stycznia 2001 roku. Jakkolwiek godna pochwały idea przywrócenia domów składowych na obszar prawa polskiego znalazła grunt dla swojego rozwoju znacznie wcześniej<sup>1</sup>, to dopiero z tą datą pojawiły się normatywne przesłanki restytuowania w Polsce kwalifikowanych przedsiębiorstw składowych. Wysiłek ustawodawcy znajdował swoje odzwierciedlenie w kilku kolejnych wersjach projektu ustawy. Przedmiotem dyskusji uczyniono niejedną koncepcję instytucjonalnego otoczenia domów składowych. Proces legislacyjny szczęśliwie jednak dobiegł końca, co należy powitać z uznaniem. Wysiłek włożony w wykonanie przepisów ustawy zaowocuje powołaniem w najbliższej przyszłości domów składowych – profesjonalnych przechowawców, wyposażonych przepisem ustawy w specjalne kompetencje. Z tego między innymi powodu warto w krótkim rysie nakreślić formułę działalności tych przedsiębiorców, ze szczególnym uwzględnieniem próby znalezienia odpowiedzi na pytanie, czy może się wiązać z tym faktem wystąpienie zagrożeń dla uczestników obrotu prawnego.

Pragmatyka domów składowych wymaga podjęcia trudu stałej popularyzacji, przede wszystkim z powodu skromnej jak dotąd literatury na ten temat<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> J. Kunert, *Konieczność przywrócenia pewnych dokumentów i instytucji prawnych w handlu zagranicznym*, „Biuletyn Ekonomiczny MHZ” 1970, nr 11; polemiczny głos Z. Lichniaka (*Zastosowanie dowodów składowych zbywalnych przez indos jednym ze środków promocji i efektywnego rozwoju eksportu*, „Biuletyn Ekonomiczny MHZ” 1971, nr 1), z repliką J. Kunerta (*W sprawie sposobu przywrócenia w handlu zagranicznym dowodów składowych na zlecenie*, „Biuletyn Ekonomiczny MHZ” 1971, nr 3); J. Napierała, *W sprawie regulacji prawnej dowodów składowych zbywalnych przez indos*, „PUG” 1978, nr 11.

<sup>2</sup> Z najnowszej literatury ostatnich lat: A. Jamróg, *Dowody składowe (w:) St. Władyka (red.) Prawo papierów wartościowych*, Kraków 1995; R. Jastrzębski, *Prawne regulacje funkcjonowania*

Jednakże przedmiotem dalszych uwag będzie jakościowe spojrzenie na prezentowane zagadnienie. Pilną potrzebę uzmysłowienia korzyści, jakie daje możliwość wykorzystania w praktyce urządzeń pozostawionych do dyspozycji szerokiej rzeszy uczestników obrotu prawnego przez przepisy ustawy, przyjdzie potraktować w nieco dalszej perspektywie. Poszukiwanie argumentów na poparcie tezy, iż działalność domów składowych jest pozbawiona znacznych aspektów negatywnych, będzie się z konieczności opierała na przywoływaniu konkretnych rozstrzygnięć ustawowych oraz niektórych dotychczasowych doświadczeń. Tytuł przyczynku jest po części wyrazem przekonania, iż pomyślny rozwój domów składowych zależy w znacznej mierze od społecznego oddźwięku, z jakim spotka się sugerowana regulacja.

Zanim przystąpimy do przedstawienia wybranych zagadnień tej jakże ciekawej instytucji prawa obligacyjnego, niech nam będzie wolno podkreślić, iż powodzenie domów składowych w obecnej architekturze gospodarczej Polski zależy dużo bardziej od stopnia jej wykorzystania w praktyce, niż od – skądinąd wysokiej – jakości merytorycznej zaproponowanych rozwiązań. Dlatego wyłączenie dziełem przypadku jest fakt, iż przewidziane przez ustawę konstrukcje jurystyczne pozwolą zapewnić optymalne funkcjonowanie domów składowych w naszych warunkach. Konieczność ukazania tych przedsiębiorców raczej od strony oczekiwań wobec tego nowego, od dawna postulowanego i potrzebnego urządzenia gospodarczego znajduje zatem swoje uzasadnienie, ponieważ można się słusznie spodziewać, iż oczekiwania praktyki są wysokie i takie pozostaną. Dalsza lektura pozwoli, w skromnej opinii autora, przekonać się o rozmiarze arsenału środków prawnych, jakie mogą służyć kontrahentowi domu składowego.

Ponieważ jednak znaczenie domów składowych w procesie regulacji rynków (zwłaszcza rynku zboża) jest niezwykle doniosłe, przewodnim wątkiem pozostanie ukazanie publicznego wymiaru działalności tych przedsiębiorstw. Zasygnalizowane już na samym wstępie obawy o prawidłowe funkcjonowanie domów składowych rodzą się właśnie w związku z trudną do przecenienia rolą, jaką mają one spełniać w gospodarce, aspirującej przecież do miana nowoczesnej. Należyte wykonywanie umowy składu zawartej z domem składowym spotyka się mianowicie z zainteresowaniem państwa. Trzy najważniejsze rodzaje świadczenia, jakie wynikają z tej umowy, w toku rozwoju historycznego kierowały na siebie wzmożoną uwagę nie tylko kontrahentów domów składowych, ale i związków publicznoprawnych. Przez pryzmat założeń

---

*domów składowych w Polsce*, „PiP” 1999, z. 10; R. Jastrzębski, *Dowody składowe w prawie polskim*, „PUG” 1999, nr 11; M.H. Kosiński, *Towarowe papiery wartościowe. Dowody składowe* (w:) *Papiery wartościowe* (praca zbiorowa), Kraków 2000; Z. Pławecki, *Domy składowe*, „Rzeczpospolita” z 31 sierpnia 1996 roku; Z. Pławecki, *Dowody składowe*, „Radca Prawny” 1997, nr 1; P. Pogonowski, *Dowody składowe jako papiery wartościowe na zlecenie*, „Prawo Spółek” 1999, nt. 7–8; K. Zacharzewski, *Zagadnienia prawnego ujęcia dowodów składowych de lege ferenda*, „PPH” 1999, nr 6; K. Zacharzewski, *Sytuacja prawna banku domicylowego w świetle przepisów ustawy o domach składowych*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 1.

gospodarczych, obowiązujących w skali regionu czy państwa, grupa kwalifikowanych przedsiębiorstw składowych już od chwili swojego powstania podlegała nadzorowi, którego przedmiotem było – i jest obecnie – prawidłowe wykonywanie obowiązku pieczy nad rzeczą oddaną na skład, prawidłowe wystawianie i obieg dowodów składowych oraz prawidłowy przebieg procedury poszukiwania zaspokojenia z rzeczy oddanej na skład. Niewykonanie umowy składu w skali jednostkowej rodzi co najwyżej odpowiedzialność domu składowego. Tymczasem nieroztropne działania kontraktowe domów składowych mogą okazać się brzemiennie w skutki ponieważ przedsiębiorcom tym grozi utrata zaufania kontrahentów, potencjalnych kontrahentów oraz szerokiego kręgu innych osób, zainteresowanych w prawidłowym ich funkcjonowaniu. Zapobieżenie wystąpieniu takiego zagrożenia leży w interesie państwa właśnie z powodu znaczenia domów składowych dla niektórych wymienionych już segmentów rynku. Dlatego właśnie pozostaje aktualne pytanie o to, co zrobił ustawodawca, aby zapewnić tzw. bezpieczeństwo obrotu w zakresie trzech podstawowych rodzajów świadczeń domów składowych, czy też bardziej ogólnie – w zakresie ich działalności.

Do wyjaśnienia chociażby w minimalnym stopniu zgłoszonych wątpliwości posłuży ukazanie tła historycznego, jakie towarzyszyło formowaniu się dzisiejszych postaci domów składowych, przedstawienie ustrojowych determinantów pozycji prawnej tych przedsiębiorców oraz publicznoprawnego wymiaru aktywności w sferze umów. W nawiązaniu do czekającego nas przedstawienia domu składowego jako kontrahenta umownego, wiązkę syntetycznych uwag poświęcimy umowie składu, niektórym kwestiom istotnym dla oceny składowych papierów wartościowych oraz – także w minimalnym zakresie – odpowiedzialności domu składowego.

Ponieważ centralnym problemem pozostaje wiarygodność, jaką przyjdzie darzyć domy składowe, selekcja zagadnień odbyła się ze szczególnym uwzględnieniem czynników, które zapewniają kontrahentowi domu składowego stabilną sytuację w stosunku prawnym, zaś w wymiarze ogólnym – ukażą domy składowe jako kontrahentów cieszących się dobrą opinią wśród szerokiego kręgu osób, chociażby potencjalnie zainteresowanych zawarciem umowy albo dla których pozostaje istotne należyte wykonywanie umów składu, zawartych przy udziale domu składowego.

## 2. HISTORIA ROZWOJU INSTYTUCJI DOMÓW SKŁADOWYCH

Początków rozwoju domów składowych nie sposób ustalić w sposób zadowalająco precyzyjny. Jednakże część faktów, nie podawanych obecnie w wątpliwość, pozwala wykazać istnienie związku pomiędzy ascendentami dzisiejszych domów składowych a organizacją państwową bądź komunalną. Z oczywistych względów intensywny rozwój przedsiębiorstw, świadczących na dużą skalę usługi przechowania, mógł mieć miejsce jedynie w regionach świata



obfitych w produkty albo też tam, gdzie istniała wzmożona aktywność w dziedzinie operacji wymiennych. Występowanie obu tych właściwości na obszarach basenu Morza Śródziemnego wydatnie przyczyniło się do zapoczątkowania właśnie tam korzystania z usług przechowywania znacznych ilości rzeczy ruchomych. Nieunikniony związek rozwoju wczesnego przemysłu przechowalniczego z żegluga znajduje zresztą swoje potwierdzenie także w czasach nam współczesnych. Występowanie znacznej liczby składów portowych odnotowano na przykład w Pireusie, gdzie handel targowy odbywał się na podstawie prób towarów, skąd można wnosić, iż przedmiot świadczenia z umowy sprzedaży był przechowywany osobno i nie znajdował się w miejscu zawarcia umowy. Natomiast w imperium rzymskim sprowadzanie zboża z Sycylii i Egiptu stało się sprawą rządową. Zajmował się tym specjalny urzędnik (*praefectus annonae*), który przywoził zboże wielkimi partiami do magazynów publicznych, pobudowanych nad Tybrem w pobliżu przystani *Emporium* i sprzedawał je po cenie oznaczonej uchwałą ludu, a niższej od ceny targowej<sup>3</sup>.

Rozpowszechnione w średniowieczu prawo składu także przyczyniło się do rozwoju zakładów przechowalniczych. Jeżeli handel lokalny odbywał się na zasadzie przyznanego przywileju składowego, to naturalną koleją rzeczy monopol obejmował nie tylko wymóg poruszania się przez kupca po wyznaczonych szlakach, obowiązek zatrzymania się w uprzywilejowanym mieście i sprzedaży całości bądź części przywiezionych towarów, ale i konieczność jego przechowania we wskazanym miejscu<sup>4</sup>. W warunkach konkurencji nabywców, gdy miasta zabiegały o uzyskanie od władzy przywilejów składowych z powodu braku wystarczającej ilości dostępnych towarów, nie sposób przyjąć, iż świadczenie wysokiej jakości usług składowych mogło spotkać się z szerszym zainteresowaniem. Reguła ta nie obowiązuje jednak w miastach portowych, a zupełnie upada pod wpływem gwałtownego wzrostu możliwości produkcyjnych gospodarki wczesnokapitalistycznej, z czym wiąże się między innymi znaczne zapotrzebowanie na surowiec.

W czasach nowożytnych, pod wpływem tych samych bodźców gospodarczych, przechowalnictwo na dużą skalę rozwijało się dynamicznie na przykład w Anglii, Holandii, Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, Kanadzie, Australii, Argentynie i Rosji. Podczas gdy w dziedzinie świadczenia usługi składu postęp dokonywał się stosunkowo powoli, to znacznego przyspieszenia nabrał tok ewolucji dokumentu, wydawanego na potwierdzenie faktu złożenia rzeczy w magazynach przedsiębiorcy. Dokument taki w swoich początkach służył, jak można sądzić, jedynie przeprowadzeniu dowodu na okoliczność wykazania tytułu prawnego do rzeczy oddanej na przechowanie. Z trudem można ustalić moment, w którym dowód składowy wyodrębnił się od egzemp-

<sup>3</sup> T. Korzon, *Historia handlu w zarysie*, Warszawa 1914, s. 33.

<sup>4</sup> W kwestii uprzywilejowania miast średniowiecznych na zasadzie prawa składu szeroko: S. Górzyński, *Prawo składu w Polsce*, Warszawa 1926.

larza umowy przechowania/składu<sup>5</sup>, lecz ze znaczną dozą prawdopodobieństwa można wskazać, kiedy wyodrębniony już – w wielu wariantach – dowód składowy uzyskał atrybut papieru wartościowego. Jedną jednak okoliczność nie podlega wątpliwości. Mianowicie kompetencja do wystawiania papierów wartościowych należała jedynie do tych przedsiębiorców, którzy cieszyli się dużą renomą w dziedzinie świadczenia usług składu. Powszechnie obowiązujący wzorzec w tym zakresie nie został ustalony, za sprawą ujawnienia się wyraźnych dyferencji w rozwoju domów składowych na kontynencie europejskim i w systemie prawa anglosaskiego, ale wolno twierdzić, że w prawie kontynentalnym uprawnienie do wystawiania dowodów składowych – papierów wartościowych służyło wyłącznie przedsiębiorcom, działającym na podstawie zgody organu państwa albo pozostającym pod jego nadzorem. Tymczasem w prawie anglosaskim, które dopuszczało inną możliwość – głównie za sprawą tradycyjnego stosunku do wykształconych instytucji oraz znacznego stopnia oddziaływania zwyczaju w dziedzinie umów – początkowo nie doszło do objęcia aktu kreacji dowodów składowych nadzorem państwa<sup>6</sup>.

Z uwagi na występujące odniesienia w prawie polskim, najważniejszym momentem w historii domów składowych wydaje się być powstanie kontynentalnego modelu tych instytucji, którego początki sięgają połowy XIX wieku. Przyjmuje się, że ich pierwowzorem jest model anglosaski, a rozróżnienie opiera się na kryterium jurystycznej formuły papieru wartościowego, wydawanego przez domy składowe obu rodzajów. Model anglosaski operuje pojedynczym dowodem składowym<sup>7</sup>. Otóż we Francji, nękanej kryzysem gospodarczym, domy składowe (franc. *magasins generaux*) zostały założone po raz pierwszy dekretem z dnia 21 marca 1848 roku. Unormowanie to było niedoskonałe, nawet jak na owe czasy i szybko zostało uchylone przez ustawę z dnia 28 maja 1858 roku „o negocjowaniu towarami złożonymi w magazynach publicznych”<sup>8</sup>. Przełomowość tej regulacji polegała na stworzeniu ram prawnych dla obrotu prawami do rzeczy, inkorporowanymi w dwuczęściowym dowodzie składowym (tzw. typ kontynentalny dowodu składowego). Ustawa stała się wzorcowym rozwiązaniem, przyjmowanym wprost lub adaptowanym w wielu ustawodawstwach europejskich, była też impulsem dla powstawania regulacji w zakresie tworzenia i działalności przedsiębiorstw składowych na kontynencie. Między nimi znalazło się austriackie rozporządzenie z dnia 19 czerwca 1866 roku o publicznych składach towarowych, uchylone dosyć szybko, gdyż przyjęło zasadę jednoczęściowego dowodu składowego. Od 1882 roku Ministerium

<sup>5</sup> Niewątpliwie nie wcześniej, niż upowszechniła się forma pisemna w dziedzinie prawa prywatnego.

<sup>6</sup> Ustawodawstwo krajowe zupełnie się do tego nie miesza, jak twierdzi T. Starzewski (*O domach składowych i nowej ustawie z dnia 28 kwietnia 1889 roku*, „Kwartalnik Stowarzyszenia Kandydatów Notarialnych w Krakowie”, t. I, nr 3, s. 5).

<sup>7</sup> Por. R. Jastrzębski, *Pojedyncze dowody składowe*, „PUG” 2000, nr 7–8.

<sup>8</sup> Więcej szczegółów (w:) A. Boistel, *Wykład prawa handlowego*, Warszawa 1877, s. 356.

Handlu przeprowadzało ankiety w celu powzięcia decyzji o ewentualnym dokonaniu reformy, czego owocem okazała się ustawa z dnia 28 kwietnia 1889 roku. Formuła austriacka stanowi przy tym pierwowzór dla polskich regulacji, począwszy od powstałych po odzyskaniu niepodległości. Materia domów składowych stała się priorytetowym przedmiotem regulacji w tym okresie, obok na przykład prawa wekslowego z dnia 14 listopada 1924 roku, co dobitnie świadczy o znaczeniu tych przedsięwzięć oraz o zauważeniu potrzeby ich rychłego powołania w Rzeczypospolitej. Obecnie obowiązująca ustawa o domach składowych z dnia 26 października 2000 roku jest trzecim z kolei aktem prawnym w Polsce w tej dziedzinie. Poprzedzały ją rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 28 grudnia 1924 roku o prawie o domach składowych (Dz.U. 1924, nr 114, poz. 1020), uchylone przez przepisy rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 roku oraz Kodeks handlowy (Dz.U. 1934, nr 57, poz. 502).

### 3. RELACJE MIĘDZY PRZEDSIĘBIORSTWAMI SKŁADOWYMI A PAŃSTWEM LUB GMINĄ

Związki publicznoprawne angażowały się w działalność przedsiębiorstw składowych z dwóch najważniejszych powodów. Po pierwsze, ciężar tworzenia przedsiębiorstw składowych oraz administrowania nimi spoczywał na państwie z uwagi na rozmiar podejmowanego przedsięwzięcia. W epoce kształtowania się kultury handlowej magazyny znacznej wielkości stanowiły rzadkość. Prawidłowość ta w nieco mniejszym zakresie rozciąga się także na czasy współczesne. Fakt obowiązywania ustawy nie jest przy tym konieczny dla tworzenia przez państwo (gminę) przedsiębiorstw składowych, ponieważ, odpowiednio do wytyczonych celów, wspomniane jednostki mogą podejmować takie inwestycje także mimo braku stosownego aktu rangi ustawowej. Jednakże niektóre uprawnienia przechowawców muszą być legitymowane przez przepis prawa pozytywnego, a ilustracją takiego uprawnienia niech będzie kompetencja do wykonywania z udziałem domu składowego niektórych czynności egzekucyjnych. Drugim powodem wkraczania państwa w domenę domów składowych jest stopniowo nasilające się zainteresowanie władzy sprawami handlu. Ingerencja ta brała swoje uzasadnienie z monopolu państwa na określonym obszarze aktywności gospodarczej. Władza zastrzegała dla siebie bezpośredni, niekiedy wyłączny udział w dokonywaniu niektórych czynności wymiany gospodarczej, z czasem, odstąpiwszy od tego, pozostawiała sobie jedynie wykonywanie nadzoru. Etatyzm w handlu stanowi przy tym samodzielną przesłankę i uzasadnienie dla procesu angażowania się z dużą mocą w sprawę kwalifikowanego świadczenia usług składu.

Odbywa się to zresztą z uwzględnieniem korzyści dla uczestników obrotu prawnego. Najważniejszym dobrodziejstwem powoływania składów przez państwo lub związki komunalne pozostaje stworzenie możliwości przechowania zapasów. Nie czyni się przy tym rozróżnienia, czy przechowywane zapasy

pozostają w gestii właściciela składów, czy też składy są udostępniane szerszej publiczności. W warunkach dostatecznej ilości powierzchni składowej, jako decydujące kryterium wybija się możliwość efektywnego administrowania zapasami, kontrolowania i zachowania ich jakości oraz obniżenia kosztów przechowywania. Wraz z uformowaniem się zasady, że jedynie magazyny kwalifikowane są wyposażone w kompetencję do wystawiania papierów wartościowych, do ogólnych korzyści z tworzenia składów bądź wykonywania nad nimi nadzoru dochodzi utrzymanie wysokiej kondycji gospodarki towarowej (także rolnictwa), wyposażonej w akceptowany środek zabezpieczenia wierzytelności. Aktywność związków publicznoprawnych w sferze przechowywania towarów może mieć swoje odniesienia w zakresie stworzenia dogodnych warunków uzyskania kredytu pod zastaw towarów oddanych na skład. Istnienie domów składowych przyczynia się zatem do uporządkowania sfery kredytowania rolnictwa. Zachodzi również powiązanie przedsiębiorstw uprawnionych do wystawiania towarowych papierów wartościowych z rynkami giełdowymi. Możliwość dysponowania dowodem składowym nie stanowiła głównego czynnika determinującego rozwój giełd towarowych, a raczej była efektem pojawienia się takiej potrzeby uczestników obrotu giełdowego. Łatwo jednak dowieść, że posiadanie papieru wartościowego, który by ucieleśniał prawa do rzeczy oddanej na skład, było warunkiem wykształcenia się nowoczesnych formuł prowadzenia handlu giełdowego.

Charakterystyka relacji, jakie zachodzą pomiędzy organizacją państwową lub municypalną a świadczeniem usług składu na dużą skalę, powinna obejmować także zaprezentowanie możliwych sposobów pojmowania tych zależności. Okazuje się bowiem, że opis związków pomiędzy organizacją publiczną a domem składowym rzuca światło na katalog oczekiwań, jakie mogą być kierowane pod adresem państwa, jako założyciela domów składowych, bądź organu nadzorującego ich działalność. Zazwyczaj uważa się, że przez wyposażenie przedsiębiorstw składowych w szereg zastrzeżonych tylko dla nich uprawnień, podkreślony zostaje ich związek z państwem. Pozostają one zatem we wzajemnym stosunku. Jednak niezupełnie ściśle publiczne przedsiębiorstwa składowe kojarzone są z przedsiębiorstwami pozostającymi pod zarządem państwa. Zajmowanie w obrocie pozycji przedsiębiorstwa publicznego nie wyklucza bynajmniej ewentualności powoływania do życia takich przedsiębiorstw z wyłączeniem bezpośredniego zaangażowania państwa w ich działalność. O wiele bardziej uzasadniona interpretacja pozwala przyjąć, iż publiczny charakter domów składowych przejawia się w narzuconej przez państwo procedurze ich zakładania oraz w nadzorowaniu ich bieżącej działalności. To z kolei pomaga w osiągnięciu pewnych celów, również uważanych za cele publiczne. Domy składowe tym różnią się od prywatnych przedsiębiorstw składowych, że służą do p o w s z e c h n e g o użytku<sup>9</sup>. Państwo wywiera wpływ

<sup>9</sup> Tym kryterium posługiwała się ustawa austriacka z dnia 28 kwietnia 1889 roku, o czym pisze K. Petyniak-Sanecki (*Domy składowe i obrót warrantowy*, „PPH” 1925, nr 3, s. 156).



na zakładanie domów składowych, przyjmując założenie, że instytucja ta przedstawia charakter interesu publicznego<sup>10</sup>. Istotą aktów prawnych dotyczących domów składowych jest to, że regulują one zakłady publiczne<sup>11</sup>.

Zauważa się także, iż nadane w drodze ustawowej szczególne uprawnienia przesądzają o zajmowaniu przez domy składowe pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych przechowawców<sup>12</sup>. Wyposażenie niektórych przechowawców w takie uprawnienia służy jednak, w zamierzeniu ustawodawcy, realizacji wytyczonych celów publicznych. Trzeba mieć świadomość faktu, iż instrumentarium pozostające w dyspozycji kontrahentów domu składowego daje im szerokie spektrum możliwych zastosowań w praktyce. Znaczna paleta możliwości jest jednocześnie bodźcem, który w zamyśle ustawodawcy powinien prowokować adresatów ustawy o domach składowych do podejmowania określonych, oczekiwanych zachowań, a zwłaszcza skłaniać do zawierania umowy składu oraz do zgłaszania żądania wydania dowodu składowego.

#### 4. ZADANIA DOMÓW SKŁADOWYCH

Dążenie ustawodawcy do zapewnienia kwalifikowanym przedsiębiorstwom składowym wyeksponowanej pozycji ustrojowej oraz kontraktowej w stosunku do innych przedsiębiorstw, świadczących usługi przechowania, należy zawdzięczać trosce o prawidłowe wypełnianie postawionych przed nimi zadań. Warto przypomnieć, że działalność domów składowych konkretyzuje się na trzech głównych płaszczyznach. Zgodnie z założeniem, iż czynności domów składowych mogą być pożyteczne dla ogółu osób zainteresowanych, dążenie ustawodawcy do zapewnienia bezpiecznego wykonywania tych czynności znajduje swoje odzwierciedlenie – po pierwsze – w określeniu, jakie potrzeby obrotu prawnego mają zostać zaspokojone wprowadzoną regulacją oraz – po drugie – w uregulowaniu sposobu zaspokajania tych potrzeb.

Zainteresowanie dziedziną przechowalnictwa towarów masowych płynie stąd, że stwarza ona sposobność wywierania przez państwo wpływu na przebieg niektórych procesów gospodarczych. W naszym kraju odnosi się to w głównej mierze do rynku produktów rolnych. Domy składowe, w odróżnieniu od innych przedsiębiorstw składowych, wyposażone są w szczególne kompetencje. Cechą wspólną wszystkich przedsiębiorstw składowych jest wykonywanie obowiązku pieczy. Jednakże wyłącznie domy składowe są uprawnione do wystawiania dowodów składowych oraz prowadzenia sprzedaży egzekucyjnej na zaspokojenie w trybie pozasądowym pretensji osoby, która udzieliła kredytu zabezpieczonego na towarze. Jak zatem można wnioskować, powołanie domów

<sup>10</sup> Ibidem, s. 157.

<sup>11</sup> J. Hryniewicz (w.): St. Waschka, B. Olszewicz (red.), *Podręczna encyklopedia handlowa*, Poznań 1931, s. 231.

<sup>12</sup> Patrz: *Przewodnik przemysłu i handlu polskiego*, Warszawa 1928, s. 32.



składowych w obecnych warunkach na nowo określi standard zawodowego przechowywania (składowania), ponieważ ustawa o domach składowych przewidziała nowelizację przepisów kodeksu cywilnego w zakresie umowy składu (art. 853–859<sup>9</sup> k.c.), wspólnych dla wszystkich przedsiębiorstw składowych, nie tylko dla domów składowych. Ponadto sugerowana regulacja stwarza możliwość zaspokojenia dwóch innych, nie mniej istotnych potrzeb uczestników obrotu prawnego. W tej grupie widzimy, po pierwsze, doniosłą potrzebę dysponowania papierem wartościowym, reprezentującym prawa do rzeczy oddanej na skład, który może posłużyć jako zabezpieczenie wierzytelności. Konstrukcja prawna dowodu składowego pozwala na ustanowienie prawa zastawu na rzeczy oddanej na skład, co powinno interesować przede wszystkim osoby dysponujące okresowo towarem i poszukujące źródła krótkoterminowego finansowania swojej bieżącej działalności. Dłużnik (kredytobiorca) może zatem ustanowić zastaw na towarze, natomiast wierzyciel (kredytodawca, najczęściej bank) może poszukiwać zaspokojenia z przedmiotu zastawu. Odbywa się to, co wypada podkreślić, z pominięciem drogi sądowej.

Dwa z trzech przedstawionych następstw, jakie niesie ze sobą wejście w życie ustawy o domach składowych, są szczególnie doniosłe. Stworzenie możliwości wystawiania składowych papierów wartościowych oraz dochodzenia roszczeń na podstawie dowodów składowych wymaga przede wszystkim wyważenia argumentów w sporze o to, czyje interesy zasługują na wzmożoną ochronę. Czy wierzycielowi należy umożliwić skuteczne dochodzenie swoich pretensji na podstawie papieru wartościowego wystawionego przez dom składowy, czy to raczej dłużnik – w najgorszym z możliwych wariantów – będzie mógł się uważać za „bezpiecznego”, jeżeli swojego zobowiązania nie wykona. W obu wariantach centralnym zagadnieniem pozostaje zachowanie rzeczy w stanie nie pogorszonym: dla wierzyciela jest to substrat zabezpieczenia, dla dłużnika natomiast obiekt posiadania. Zachowanie właściwej proporcji na płaszczyźnie: wierzyciel–dłużnik zostało przesądzone właściwie bez udziału naszego ustawodawcy, albowiem już z samej istoty systemu dowodów składowych dwuczęściowych wypływa łatwość w ustanowieniu zabezpieczenia wierzytelności, ale też i skuteczność w poszukiwaniu zaspokojenia roszczeń w majątku dłużnika. Zaproponowane rozwiązania należy uznać za trafne.

W nieco innym świetle postawiony jest problem oczekiwania uczestników stosunków prawnych, jakie wynikają z umów zawartych na giełdzie towarowej. Konstrukcja prawna dowodów składowych zapewnia wyjątkowo sprawne przenoszenie praw do rzeczy oddanej na skład. Często będzie tak, że żądanie wydania rzeczy ze składu wystosuje inna osoba, niż ta, która rzecz na skład oddała. Do odebrania rzeczy ze składu uprawniony jest legitymowany formalnie posiadacz obu części dowodu składowego, a nie oddający na skład. Żądanie wydania rzeczy ze składu może więc pochodzić od osoby, która zawarła umowę na giełdzie towarowej i nabyła w następstwie tego faktu legitymację do odebrania rzeczy ze składu. Wykorzystanie dowodów składowych w handlu

giełdowym polega zwłaszcza na uproszczeniu sposobu wykonywania niektórych umów giełdowych (umów kasowych). Z oczywistych względów ustrój domów składowych powinien gwarantować, że umowa zawarta na giełdzie zostanie wykonana, czyli że strona umowy zawartej na giełdzie wstąpi w posiadanie towaru zindywidualizowanego w dowodzie składowym. Jedynym możliwym poziomem prawdopodobieństwa wykonania kasowej umowy giełdowej z udziałem domu składowego jest pewność. Specyfika prowadzenia interesów giełdowych nie dopuszcza innej ewentualności.

## 5. PODSTAWY ZAUFANIA DLA DOMÓW SKŁADOWYCH

Widać więc stosunkowo wyraźnie, jak kształtuje się rola ustawodawcy państwowego na polu reglamentacji działalności domów składowych. O ile dotychczasowe doświadczenia w sferze wykonywania pieczy nad rzeczą oddaną na skład pochodzą od istniejących obecnie przedsiębiorstw składowych, które z czasem – jak należy się spodziewać – rozważą wystąpienie z wnioskiem o udzielenie zezwolenia na prowadzenie domu składowego, o tyle praktyka w zakresie pozostałych prerogatyw domów składowych nie istnieje. Istnieją jednak oczekiwania. Dlatego stwierdzenie, iż działalność domów składowych powinna cieszyć się wysoką renomą, należy uzupełnić zapytaniem o to, jakie mechanizmy ustawowe w zakresie organizacji kwalifikowanych przedsiębiorców składowych oraz z dziedziny prawa obligacyjnego, mają o tym w przyszłości decydować. Pytamy się zatem o p o d s t a w y z a u f a n i a dla domów składowych.

## 6. ORGANIZACJA DOMÓW SKŁADOWYCH

Ustawa o domach składowych definiuje dom składowy w ujęciu podmiotowym. Otóż domem składowym jest przedsiębiorca uprawniony do prowadzenia przedsiębiorstwa składowego w sposób określony w ustawie (art. 2 pkt 2). Przedsiębiorstwo składowe zaś służy świadczeniu usług składu w tenże sam sposób (art. 2 pkt 1). Ustawa wyróżnia dwa rodzaje domów składowych, a mianowicie domy składowe przemysłowe oraz domy składowe rolne. Szereg determinantów wysoce wyeksponowanej pozycji domów składowych w obrocie prawnym wiąże się z potrzebą zapewnienia stabilnego ustroju przedsiębiorcy, który prowadzi kwalifikowane przedsiębiorstwo składowe, oraz z instytucjonalnym otoczeniem tego przedsiębiorcy, w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa tego rodzaju. Katalog ustrojowych wyznaczników działalności domów składowych jest, jak się okazuje, stosunkowo obszerny. Pożyteczne będzie zasygnalizowanie kilku faktów, które mają zilustrować organizacyjne uwarunkowania działalności domów składowych.

Podjęcie działalności przez dom składowy musi być poprzedzone uzyskaniem zezwolenia na prowadzenie przedsiębiorstwa składowego.

Zezwolenie wydaje w drodze decyzji administracyjnej minister właściwy do spraw gospodarki bądź minister właściwy do spraw rynków rolnych. Dom składowy mogą prowadzić osoby fizyczne, spółki handlowe, przedsiębiorstwa państwowe oraz spółdzielnie. Znaczna część treści wniosku o wydanie zezwolenia obejmuje informacje na temat osoby, która kieruje wniosek, jej kondycji finansowej, dotychczasowej oraz planowanej działalności. Konieczne jest uzyskanie zaświadczenia o niezaleganiu z wypełnianiem przez wnioskodawcę zobowiązań wobec Skarbu Państwa oraz instytucji ubezpieczenia społecznego. Decyzję odmowną organ wydaje wówczas, gdy wnioskodawca nie daje rękojmi należytego prowadzenia przedsiębiorstwa składowego. Ustawa nie pozostawia tego do uznania danego organu, ponieważ posługuje się kryteriami obiektywnymi. Zgodnie z art. 9 wnioskodawca jest uważany za osobę niewiarygodną, gdy na przykład był skazany z tytułu popełnienia wymienionych przestępstw, zalega z wypełnianiem zobowiązań wobec Skarbu Państwa, czy też posiadane przez niego urządzenia techniczne nie zapewniają odpowiedniej jakości świadczonych usług. Kryteria te dotyczą także przedstawicieli jego organów.

Zanim organ wyda decyzję, zezwalającą na prowadzenie domu składowego rolnego, wnioskodawca jest zobowiązany przedstawić opinię wojewódzkiego inspektora Inspekcji Skupu i Przetwórstwa Artykułów Rolnych, która potwierdza przystosowanie urządzeń technicznych wnioskodawcy do prawidłowego przechowywania określonych we wniosku towarów rolnych (art. 7). Fakt wydania zezwolenia na prowadzenie domu składowego, w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek, należy ponadto notyfikować temu inspektorowi, a także Głównemu Inspektorowi Skupu i Przetwórstwa Artykułów Rolnych (art. 10 ust. 4). Ustawa nie wprowadziła obowiązku wykazania się analogiczną opinią, potwierdzającą fakt spełniania technicznych wymogów magazynowania przez osobę, która domaga się wydania zezwolenia na prowadzenie przemysłowego domu składowego<sup>13</sup>.

Do wniosku o wydanie zezwolenia na prowadzenie domu składowego należy dołączyć, oprócz wspomnianej opinii, aktualny wypis z właściwego rejestru, statut (umowę spółki) spółdzielni lub przedsiębiorstwa państwowego oraz projekt regulaminu przedsiębiorstwa składowego. Wydanie zezwolenia jest zatem uzależnione od oficjalnego wyrażenia aprobaty dla postanowień regulaminu. Regulamin powinien określać między innymi rodzaj rzeczy ruchomych, które mogą być przyjmowane na skład, oraz warunki, na jakich rzeczy są przyjmowane na skład. W treści przedstawionego do zaakceptowania regulaminu powinna się znaleźć również propozycja wiążącej dom składowy taryfy składowego, wysokość i rodzaj ulg taryfowych oraz

<sup>13</sup> Przedstawiciele Ministerstwa Gospodarki nie brali udziału w pracach legislacyjnych nad projektem ustawy o domach składowych głównie dlatego, że na pierwszym czytaniu projektu ustawy, dnia 19 lutego 1999 roku, został on skierowany do dalszych prac do Komisji Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

wysokość opłat z tytułu dodatkowych usług wykonywanych na rzecz składających. Regulamin winien też zawierać sposób ogłaszania zmian powyższych parametrów. W każdym przypadku wymagane jest zatwierdzenie zmian regulaminu przez właściwego ministra w drodze decyzji.

Dla dostatecznego odróżnienia je w klasie przedsiębiorstw składowych ustawa wyposaża domy składowe w ekskluzywny przywilej posługiwania się w obrocie prawnym nazwą „dom składowy”. Pozwala to wyeliminować niebezpieczeństwo dokonania błędnej oceny kontrahenta umownego, zwłaszcza przez wzgląd na szczególne przywileje domów składowych. Wyłączne prawo do posługiwania się w nazwie przedsiębiorcy wyrazami „dom składowy” służy osobom, które uzyskały zezwolenie na prowadzenie przedsiębiorstwa składowego, a tym samym przesądzone zostało, że działalność firmowana tą nazwą podlega systemowi ustawy o domach składowych, czyli że przedsiębiorca noszący to miano, wyposażony jest w kompetencje przewidziane w tej ustawie.

W otoczeniu domów składowych znalazło się miejsce dla instytucji banku domicylowego. Zgodnie z zaproponowaną definicją (art. 2 pkt 9) jest nim bank, oznaczony w dowodzie składowym, właściwy do przyjmowania, przechowywania i wypłacania kwot przypadających posiadaczowi dowodu składowego lub jego części. *Ratio legis* powołania banku domicylowego leży w słusznym skądinąd przekonaniu, iż dom składowy nie powinien wykonywać czynności inkasa dowodów składowych. Objęcie funkcji domicylianta dowodów składowych przez właściwy bank, pozwoli domom składowym skoncentrować się w jeszcze większym stopniu na świadczeniu usług przechowania, a sprawa wykonania zobowiązania zabezpieczonego na rzeczy oddanej na skład odsunięta jest poza zakres ich zainteresowania (oczywiście za wyjątkiem obowiązku sprzedaży zastawu na żądanie wierzyciela). Wnioskodawca powinien już na etapie zakładania domu składowego proponować bank, który podjąłby się wykonywania obowiązków domicylianta dowodów składowych. Jeżeli propozycja wnioskodawcy zostanie uwzględniona przez organ wydający zezwolenie, dom składowy zawiera z bankiem domicylowym umowę rachunku bankowego. Kwoty wpłacane do banku domicylowego są gromadzone na wyodrębnionym rachunku bankowym domu składowego i dopiero na jego polecenie wypłacane osobom uprawnionym<sup>14</sup>.

Bieżąca działalność domów składowych podlega nadzorowi tego ministra, który wydał zezwolenie, z tym jednym zastrzeżeniem, że w przypadku domów składowych rolnych czynności nadzoru wykonywane są dodatkowo przez właściwą miejscowo Inspekcję Skupu i Przetwórstwa Artykułów Rolnych. Inspekcja ta działa na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 1970 roku o Inspekcji Skupu i Przetwórstwa Artykułów Rolnych (tekst jednolity

<sup>14</sup> K. Zacharzewski, *Sytuacja prawna banku domicylowego w świetle przepisów ustawy o domach składowych*, „Prawo Bankowe” 2001, nr 1.



Dz.U. 2000, nr 23, poz. 293) i powołana jest między innymi (art. 3) do kontroli gospodarki zbożami, mięsem i drobiem oraz ich przetworami, kontroli ich składowania i transportu, a także do orzekania o ich jakości. Organizację i szczegółowy zakres działania inspekcji określa rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 28 grudnia 1998 roku (Dz.U. 1998, nr 166, poz. 1252). Kwestie szczegółowe reguluje rozporządzenie Ministra Przemysłu Spożywczego i Skupu z dnia 30 lipca 1970 roku w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania przy wykonywaniu kontroli i orzekaniu o jakości towarów przez organy Państwowej Inspekcji Skupu i Przetwórstwa Artykułów Rolnych (Dz.U. 1970, nr 19, poz. 161). Inspekcja dokonuje kontroli działalności przedsiębiorstwa składowego co najmniej raz na sześć miesięcy. Oprócz tego upoważniony przedstawiciel właściwego ministra ma prawo wstępu do siedziby przedsiębiorstwa składowego oraz przeglądania dokumentów (art. 13).

W toku prac legislacyjnych wykształciło się przekonanie o konieczności powołania składowego funduszu gwarancyjnego. Projekt ustawy nie zakładał początkowo takiej ewentualności. Przewagę zdobyła sobie koncepcja funduszu, który jest tworzony i administrowany przez samorząd domów składowych. Domy składowe tworzą mianowicie izbę domów składowych. Udział w izbie jest obowiązkowy. Izba posiada osobowość prawną, działa na podstawie statutu, zaś reprezentacja powierzona jest trzem organom kolegialnym: walnemu zgromadzeniu izby, komisji rewizyjnej oraz zarządowi izby. Wśród zadań izby znajduje się między innymi wyznaczanie, utrwalanie, jak również rewidowanie katalogu zasad dobrej praktyki działania domów składowych. Wykonywanie nadzoru nad przestrzeganiem zasad dobrej praktyki domów składowych przypadło w udziale zarządowi izby.

Izba tworzy fundusz gwarancyjny. Wysokość wpłat, sposób gospodarowania środkami funduszu oraz tryb dokonywania wypłat określa regulamin funduszu, powołany do życia uchwałą walnego zgromadzenia członków izby. Należy od razu wyjaśnić, że fundusz gwarancyjny w ujęciu ustawy o domach składowych rozumiany jest jako masa majątkowa, nie zaś jako wyodrębniona osoba prawna. Istnienie tej masy majątkowej służy na pokrycie pretensji posiadaczy dowodów składowych, jakie mogą oni ewentualnie przedstawić domom składowym w związku z niewykonaniem umowy składu. Ryzyko niewykonania zobowiązania przez dom składowy ulega znacznemu rozproszeniu, ponieważ źródłem finansowania funduszu są wpłaty nie tylko domów składowych, ale także osób oddających rzecz na skład. Dom składowy ponosi odpowiedzialność za przekazywanie wpłat do masy funduszu. Wpłaty są gromadzone na wyodrębnionym rachunku bankowym, a chociaż ustawa wcale nie rozstrzyga, że wspomniany rachunek ma być prowadzony w banku domicylowym, to jednak wielce prawdopodobne (i pożądane) jest właśnie takie rozwiązanie. W konsekwencji banki domicylowe będą pozostawały w stałych relacjach z izbą domów składowych, zaś nominal funduszu będzie zgroma-



dzony w różnych bankach. Banki domicylowe będą zatem współpracowały także pomiędzy sobą, co przyczyni się do sprawnego wykonywania przez izbę zadań, związanych z zarządzaniem funduszem gwarancyjnym. Podstawą skierowania roszczenia do masy funduszu jest prawomocne orzeczenie sądu (wyrok albo nakaz zapłaty). Izba domów składowych zachowuje roszczenie regresowe przeciwko temu członkowi izby, którego czynności spowodowały odpowiedzialność izby w związku z zarządzaniem funduszem gwarancyjnym.

Ustawa o domach składowych nie podejmuje w ogóle kwestii ich związku z giełdą i towarowymi z tej prostej przyczyny, że działalność obu instytucji nie pozostaje względem siebie w takiej relacji, ażeby ich wzajemne stosunki wymagały uregulowania w ustawie. Domy składowe zajmują centralną pozycję w trakcie wykonywania niektórych umów zawieranych na giełdzie towarowej, stąd uważa się, że pełnią one funkcję „zaplecza” giełdy, co niekiedy prowadzi do definiowania domów składowych wprost jako składów giełdowych<sup>15</sup>. Jakkolwiek patrząc z perspektywy rynków giełdowych zapatrywanie takie jest słuszne, to jednak podkreśla się samodzielny status domów składowych we wszystkich aspektach ich działalności, nawet w kontekście ich ścisłych związków z giełdą towarową. Stosunki prawne pomiędzy domem składowym a giełdą towarową reguluje umowa. Jak tego chce przepis art. 11 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 26 października 2000 roku o giełdach towarowych (Dz.U. 2000, nr 103, poz. 1099), regulamin giełdy towarowej powinien określać zasady i tryb zawierania takich umów oraz wymagania techniczne i finansowe domu składowego, który ubiega się o zawarcie umowy z giełdą. Uwaga krytyczna pod adresem ustawodawcy odnosi się jednak do kwestii ingerencji regulaminu giełdy towarowej w treść regulaminu domu składowego. Brak wystarczających argumentów, które pozwoliłyby uzasadnić wprowadzony w treści ustawy o giełdach towarowych obowiązek określenia w regulaminie giełdy warunków, jakie musi spełniać regulamin domu składowego, ubiegającego się o podpisanie umowy z giełdą (art. 11 ust. 2 pkt 15 ustawy o giełdach towarowych). Skoro wnioskodawca uzyskał zezwolenie na prowadzenie domu składowego, to należy przypuszczać, iż zaproponowany regulamin spełnia wszelkie przykazane wymogi. Kompetencja KPWIG w zakresie nadzoru nad regulaminem giełdy towarowej nie powinna wkraczać w kompetencje tego organu, który zaakceptował projekt regulaminu domu składowego i na podstawie przedłożonego wniosku wydał zezwolenie na prowadzenie domu składowego. Wychodząc jednak poza obszar ewentualnego sporu kompetencyjnego, można śmiało sformułować tezę, iż dom składowy zaakceptowany przez giełdę spełnia wymagania rynku giełdowego (uczestników wymiany), stąd można dalej wnosić, że poziom świadczonych usług zaspokaja ich najwyższe oczekiwania. Akt zawierania umowy przez giełdę i dom składowy nie jest objęty kompetencją kontrolną KPWIG ani nabranie skutków przez tę umowę nie zależy od podjęcia czynności konwencyjnych przez ten organ.

<sup>15</sup> Por. np. D. Bliźniak, L. Gontarski, *Giełda towarowa*, Kraków 1998, s. 129.

Organizacja domów składowych przewiduje też penalizację niektórych czynów, stwarzających w oczach ustawodawcy zagrożenie dla wysokiej pozycji tych przedsiębiorstw w obrocie prawnym. Zaliczamy tutaj prowadzenie domu składowego bez zezwolenia albo z przekroczeniem warunków udzielonego zezwolenia, gdy zagraża to bezpieczeństwu obrotu. Popęśnienie pierwszego z wymienionych czynów przestępnych polega na wykonywaniu czynności zastrzeżonych dla domu składowego, pomimo braku zezwolenia na jego prowadzenie, a zatem przypisaniu sobie w obrocie prawnym któregośkolwiek z atrybutów przysługujących wyłącznie domom składowym. Należy chyba uznać, że mieści się tutaj także nieuprawnione posługiwanie się nazwą „dom składowy”. Ponadto do grupy czynów przestępnych ustawa o domach składowych zalicza nieprawidłowe wystawienie dowodów składowych. Stosunkowo łatwo znaleźć założenie takiego kroku legislacyjnego, ponieważ dowód składowy ma w obrocie prawnym reprezentować rzecz oddaną na skład, a w niektórych przypadkach wadliwie dokonana czynność wystawienia dowodu składowego pociągnie za sobą wadliwe ucieleśnienie praw do rzeczy w dokumencie. Analogiczne motywacje są powodem obciążenia sankcją karną ułomnego dokonania wskazanych czynności w zakresie ustanowienia zastawu na rzeczy oddanej na skład.

## 7. POZYCJA PRAWNA DOMÓW SKŁADOWYCH W PRAWIE OBLIGACYJNYM

Dotychczasowa lektura pozwala się przekonać, iż stopień ingerencji państwa w sprawy domów składowych jest – oględnie mówiąc – dostrzegalny. Ustrój kwalifikowanych przedsiębiorstw składowych, na etapie ich zawiązywania i w trakcie bieżącej działalności, podlega nadzorowaniu, a skala bezpieczeństwa prawnego uczestników obrotu wzrasta jeszcze pod wpływem działania instytucji z otoczenia domów składowych.

Tymczasem kolejna grupa czynników, których występowanie przyczynia się do formułowania poglądu o wysokim stopniu wiarygodności, jakim można obdarzyć kwalifikowane przedsiębiorstwa składowe, koncentruje się w dziedzinie prawa obligacyjnego. Zobowiązaniowe wyznaczniki pozycji prawnej domów składowych można ująć w dwóch mniejszych grupach, a mianowicie osobno rozważyć stosunek prawny, powołany do życia w wyniku zawarcia umowy składu, a osobno fakt oraz następstwa wystawienia składowych papierów wartościowych.

### 7.1. Skutki zawarcia umowy składu

Treść zobowiązania domu składowego z umowy składu<sup>16</sup> ukształtowana jest w ten sposób, że obejmuje ono publiczny wymiar aktywności

<sup>16</sup> W zakresie umowy składu najważniejszą pozycją w literaturze jest dotychczas monografia J. Napierały, *Umowa składu*, Poznań 1980.

kontraktowej tych przedsiębiorców. Jednym ze źródeł stosunku prawnego składu jest regulamin, zaakceptowany wcześniej przez organ wydający zezwolenie. Regulamin wiąże oddającego na skład wówczas, gdy mógł on się z łatwością dowiedzieć o jego treści. Ewentualna kolizja źródeł prawa, jaką może spowodować rozdzźwięk pomiędzy treścią oświadczenia woli a treścią regulaminu, została rozstrzygnięta na korzyść regulaminu. Umowa składu nie może zawierać warunków mniej korzystnych dla składającego niż przewidziane w regulaminie przedsiębiorstwa składowego (art. 20 ust. 2). Rozwiązanie to odbiega w swej treści od ogólnej reguły kodeksu cywilnego, ponieważ przepis art. 385 § 1 tej ustawy stanowi, iż w razie sprzeczności treści umowy z wzorcem umowy, strony są związane umową. Wprowadzenie opozycyjnej koncepcji zamyka domom składowym drogę do kształtowania węzła obligacyjnego w sposób niekorzystny dla oddających na skład. Kwalifikowanym przedsiębiorcom składowym pozostawiona jest swoboda kształtowania stosunków obligacyjnych z kontrahentami jedynie w granicach przepisów kodeksu cywilnego (art. 853–859<sup>9</sup> k.c.) oraz postanowień zaakceptowanego regulaminu. *Preponderancja regulaminu* nad umową jest uzasadniona z perspektywy wzmożonej ochrony interesów osób składających. Dodatkowo warto zauważyć, że stanowiąca element regulaminu taryfa opłat za usługi świadczone przez dom składowy ma charakter *taryfy maksymalnej*. Dom składowy nie może skutecznie żądać wynagrodzenia wyższego niż ustalone w taryfie. Tryb udzielania obniżek wynagrodzenia także jest objęty reglamentacją ustawową, ponieważ, *verba legis*, dom składowy nie może udzielać pozataryfowych ulg lub zniżek (art. 21 ust. 2). Oznacza to, że wyczerpujący katalog ulg i zniżek wymieniony jest w treści regulaminu. Wprowadzony więc został postulat równego traktowania kontrahentów umownych, w tym też kontrahentów potencjalnych.

W sposób jeszcze bardziej dobitny egalitaryzm w sferze świadczenia usług składu podkreśla *prawny obowiązek zawarcia umowy składu*. Konkretyzuje się on w trzech szczegółowych powinnościach domów składowych. Przede wszystkim dom składowy nie może odmówić przyjęcia towarów na skład na warunkach regulaminu, o ile nie stoją temu na przeszkodzie techniczne możliwości magazynowe prowadzonego przezeń przedsiębiorstwa (art. 21 ust. 1). Ponadto, o czym już wspomniano, dom składowy nie może udzielać pozataryfowych ulg lub zniżek (art. 21 ust. 2). Oprócz tego dom składowy nie może uzależniać zawarcia umowy składu od zawarcia przez składającego innej umowy z domem składowym lub z osobą trzecią (art. 21 ust. 3)<sup>17</sup>.

Ustawa o domach składowych znowelizowała kodeks cywilny w zakresie umowy składu. Najistotniejszą spośród wielu zmian jest, widoczna już na

<sup>17</sup> Patrz także obowiązujący od niedawna przepis art. 385<sup>3</sup> pkt 7 k.c., który wśród tzw. klauzul abuzywnych wymienia takie postanowienia umowy, które uzależniają zawarcie, treść lub wykonanie umowy od zawarcia innej umowy, nie mającej bezpośredniego związku z umową zawierającą oceniane postanowienie.

wstępie (art. 853 § 1 k.c.), zmiana kwalifikacji prawnej umowy składu. Staje się ona odtąd umową konsensualną, podczas gdy do chwili wejścia w życie ustawy o domach skladowych była to modelowa, obok umowy przechowania, umowa realna. Praktyczna konsekwencja tej permutacji przejawia się w nadaniu skutków prawnych umowie zawartej w innym momencie niż w chwili objęcia władztwa faktycznego nad rzeczą przez detentora. Stąd mamy podstawę, by umowę składu traktować jako ważnie zawartą, zanim jeszcze kontrahent domu składowego odda rzecz na skład.

W wyniku tego rozróżnienia, podstawowego dla konstrukcji obligacyjnej stosunku składu, można wyodrębnić obowiązki domu składowego sprzed chwili objęcia rzeczy w dzierżenie oraz obowiązki istniejące dopiero wówczas, gdy rzecz została przyjęta na skład. W pierwszej grupie powinności domów skladowych znajduje się obowiązek przyjęcia rzeczy na skład. Pomimo tego, że kodeks cywilny daje możliwość zawarcia umowy składu jeszcze przed objęciem władztwa faktycznego nad rzeczą, to dom składowy musi być przygotowany do objęcia władztwa już w chwili zawarcia umowy.

Wykonywanie przez dom składowy obowiązku pieczy nad rzeczą polega na takim sprawowaniu władztwa faktycznego, ażeby jej substancja nie uległa pogorszeniu w czasie trwania tego władztwa<sup>18</sup>. Dom składowy jest obowiązany zwrócić rzecz w stanie nie pogorszonym. Natomiast budzący wiele kontrowersji obowiązek dokonywania odpowiednich czynności konserwacyjnych jest w swej istocie prawnie usankcjonowanym obowiązkiem wykonywania pieczy. Specyfika niektórych rodzajów rzeczy ruchomych (np. zboża) wymaga sprawowania pieczy w sposób obejmujący – oprócz udostępnienia powierzchni skladowej – także podejmowanie materialnych oddziaływań na tę rzecz. Ustawa nakłada na dom składowy obowiązek dokonywania odpowiednich czynności konserwacyjnych, a nie żadnych innych, mieszczących się w szczególności w zakresie pojęcia „polepszanie rzeczy”. Należy bowiem wyjść z założenia, iż dokonywanie czynności konserwacyjnych ma dwa znaczenia. W pierwszym z nich czynności konserwacyjne przyjdzie traktować jako obowiązek, natomiast wedle drugiego rozumienia sensu słów „czynności konserwacyjne” chodzi jedynie o materialne (fizyczne) oddziaływania na rzecz. Ustawowe sformułowanie „obowiązek dokonywania odpowiednich czynności konserwacyjnych” obejmuje swoją treścią czynności konserwacyjne w drugim rozumieniu (oddziaływania na rzecz), co bynajmniej nie przesądza, iż w każdym przypadku podejmowania takich odpowiednich oddziaływań poruszamy się na gruncie obowiązku. Niektóre rodzaje rzeczy ruchomych wymagają stosowania wobec nich odpowiednich zabiegów konserwacyjnych (w znaczeniu „oddziaływanie”), nawet wówczas, gdyby nie obowiązywała powinność dokonywania takich zabiegów (np. zboże). Obowią-

<sup>18</sup> Więcej na ten temat: J. Napierała, *Obowiązek pieczy nad rzeczą w umowie składu*, „RPEiS” 1976, t. III.

zek dokonywania odpowiednich czynności konserwacyjnych nie jest zatem samoistną powinnością przedsiębiorcy składowego. Chodzi raczej, w naszym przekonaniu, o konkretyzację obowiązku pieczy, który przybiera w swojej treści postać obowiązku wykonywania pieczy (dokonywania rzeczonych czynności).

W bliskim związku ze sprawowaniem pieczy przez dom składowy pozostaje też obowiązek ubezpieczenia rzeczy oddanej na skład. Obejmuje on zarówno towary przemysłowe, jak i towary rolne, z tym jednym zastrzeżeniem, że z obowiązku ubezpieczenia towarów rolnych od ognia i innych zdarzeń losowych dom składowy nie może zostać zwolniony. Rzeczy oddane na skład winne być objęte ochroną ubezpieczeniową od chwili rozpoczęcia wykonywania pieczy.

Stosunek składu, wykreowany w wyniku zawarcia umowy z domem składowym, jest stosunkiem trwałym (ciągłym). Kodeks cywilny chroni kontrahenta domu składowego, ponieważ w przypadku zawarcia umowy na czas oznaczony, po upływie umówionego czasu stosunek składu nie wygasa. Umowę składu zawartą na czas oznaczony uważa się za przedłużoną na czas nieoznaczony, jeżeli na czternaście dni przed upływem terminu przedsiębiorca składowy nie zażądał listem poleconym odebrania rzeczy w umówionym terminie. Natomiast umowę składu zawartą na czas nieoznaczony przedsiębiorca składowy może wypowiedzieć listem poleconym z zachowaniem terminu miesięcznego, jednakże nie wcześniej niż po upływie dwóch miesięcy od złożenia rzeczy. Oddający rzecz na skład może ją odebrać w każdym czasie.

## 7.2. Skutki wystawienia składowych papierów wartościowych

Trafnie uważa się, iż najważniejszą prerogatywą kwalifikowanych przedsiębiorstw składowych jest ekskluzywny przywilej wystawiania dowodów składowych. W tym uprawnieniu kryje się sens powoływania domów składowych i ścisłej reglamentacji ich działalności. Dla ukazania ustroju dowodów składowych w kontekście oczekiwań kierowanych pod adresem wystawców tych papierów wartościowych wystarczy jedynie zademonstrować niektóre momenty.

Ustawa o domach składowych nakłada na dom składowy obowiązek prowadzenia księgi składowej. Księga zawiera trwale ze sobą połączone i ponumerowane karty. Odłącza się z niej dowody składowe. Księga składowa jest zatem materialnym nośnikiem składowych papierów wartościowych: nierozdzielonego dowodu składowego oraz powstałych po jego rozdzieleniu – oddzielnego rewersu i oddzielnego warrantu. Zapis dokonany w księdze ma być tożsamy z zapisami dokonanymi w dowodzie składowym. Księga służy zwłaszcza do rejestrowania rzeczy przyjętych na skład na podstawie poszczególnych umów składu. Zindywidualizowanie rzeczy oddanej na skład odbywa się przez rzetelne odzwierciedlenie spostrzeżeń dotyczących



rzeczy w księdze składowej oraz w osnowie dowodu składowego. Ponadto znaczenie księgi składowej ujawnia się w dziedzinie kreowania prawa zastawu na rzeczy oddanej na skład. Księga zawiera bowiem informacje o rozdzieleniu dowodu składowego, czyli o obciążeniu składowanej rzeczy prawem zastawu. Księga składowa jest jawna.

Obowiązek wydania nierozdzielonego dowodu składowego aktualizuje się w wyniku zgłoszenia żądania przez oddającego na skład (stronę umowy składu). Ustawa nie przewiduje możliwości wystąpienia z takim żądaniem przez inną osobę. Z żądaniem wystawienia nierozdzielonego dowodu składowego dom składowy spotka się najczęściej bezpośrednio po zawarciu umowy składu. Oddający na skład może żądać wystawienia jednego dowodu składowego na całą partię rzeczy oddanych na skład. Może także skutecznie zażądać wystawienia kilku dowodów składowych, z których każdy opiewał będzie na część składowanej rzeczy. Przepisy ustawy nie wykluczają wystąpienia z żądaniem wystawienia dowodu składowego w innym (późniejszym) momencie niż w chwili zawarcia umowy. Warto podkreślić, iż z żądaniem wystawienia dowodu składowego może wystąpić osoba, która już takowy posiada, albo działające łącznie dwie osoby (posiadacz oddzielnego rewersu łącznie z posiadaczem oddzielnego warrantu). Mówimy wówczas o wymianie dowodu składowego. W następstwie przeprowadzonej wymiany treść nowego dowodu składowego powtarzać ma treść starego dokumentu. Zgodnie z treścią żądania podmiotu uprawnionego (podmiotów uprawnionych) dom składowy winien wystawić kilka dowodów składowych na poszczególne części składowanej rzeczy. Dom składowy odbiera stary dowód składowy.

Dom składowy przyjdzie traktować jako wystawcę dowodów składowych. Od chwili wystawienia takiego dowodu dom składowy, oprócz obowiązków wynikających ze stosunku składu, ma także obowiązki dłużnika z papierów wartościowych, które wystawił. W rozważaniach na temat składowych papierów wartościowych należy uwzględnić trzy papiery wartościowe, czyli nierozdzielony dowód składowy, oddzielony rewers oraz oddzielony warrant. Okazuje się bowiem, iż dom składowy jest wystawcą nie tylko nierozdzielonego dowodu składowego. Z tytułu złożenia podpisu w osnowie nierozdzielonego dowodu składowego, dom składowy abstrakcyjnie zobowiązuje się względem następców prawnych oddającego na skład, którzy nabyli prawa do tego papieru wartościowego na podstawie indosu wekslowego. W przypadku rozdzielania dowodów składowych, treść zobowiązania wobec posiadacza oddzielnego rewersu oraz wobec posiadacza oddzielnego warrantu jest pochodną zobowiązania z nierozdzielonego dowodu składowego. Posiadaczom wymienionych papierów wartościowych służy roszczenie o wykonywanie obowiązku pieczy. Mogą oni także spodziewać się, że dom składowy wyda rzecz wyłącznie osobie uprawnionej, czyli osobie legitymowanej formalnie z obu papierów wartościowych łącznie.

Innym istotnym skutkiem wystawienia nierozdzielonego dowodu składowego jest ucieleśnienie praw do rzeczy w dokumencie. Nie-

rozdzielony dowód składowy inkorporuje prawo posiadania rzeczy oddanej na skład i dlatego może służyć do przenoszenia własności tej rzeczy. Korelacja pomiędzy rzeczą oddaną na skład a papierem wartościowym jawi się jako stosunkowo mocna. Otóż, przeniesienie własności rzeczy oddanej na skład nie może dojść do skutku z pominięciem przeniesienia praw do dokumentu w trybie indosu, połączonego z przeniesieniem jego posiadania na nabywcę (indosatariusza). Dla ustanowienia prawa zastawu na rzeczy oddanej na skład konieczne jest dokonanie rozdzielenia dowodu składowego, czyli wykorzystanie specjalnie do tego celu przystosowanej instytucji pierwszego indosu oddzielnego warrantu. Innym, nie mniej ważnym następstwem faktu nadania nierozdzielonemu dowodowi składowemu mocy reprezentowania w obrocie rzeczy oddanej na skład jest zamknięcie drogi dla dokonywania czynności egzekucyjnych w stosunku do tej rzeczy. Rzeczy oddane na skład nie podlegają egzekucji, ponieważ jej przedmiotem może być wyłącznie dowód składowy.

Zakres gospodarczego zastosowania dowodów składowych jest imponujący. Należy się spodziewać, że z dużym uznaniem uczestnicy obrotu prawnego odniosą się do *z d o l n o ś c i o b i e g o w e j* dowodów składowych. Swobodne przenoszenie praw do rzeczy oddanej na skład zawdzięcza konstrukcja dowodów składowych wykorzystaniu do tego celu indosu wekslowego. Przepisy prawa wekslowego w zakresie indosu mają być odpowiednio stosowane do indosów dowodów składowych. Z tego między innymi powodu z niebywałą łatwością dochodzi do ustanowienia zabezpieczenia wierzytelności z wykorzystaniem dowodów składowych. Może temu równie dobrze służyć nierozdzielony dowód składowy przeniesiony na kredytodawcę w całości. Posiadanie nierozdzielonego dowodu składowego daje oczywiście sposobność do odebrania rzeczy ze składu, na przykład wówczas, gdyby kredytobiorca nie wykonał swojego zobowiązania. Dowód składowy pod tym względem przewyższa zabezpieczenie wekslowe, ponieważ niewątpliwie reprezentuje on masę majątkową, w postaci rzeczy na składzie. Prawidłowo wystawiony dowód składowy zawsze ma „pokrycie”. Dowód składowy wystawi go dopiero wówczas, gdy obejmie władztwo nad rzeczą. Wykorzystanie zdolności obiegowej dowodów składowych może przyczynić się też do wydatnego usprawnienia interwencji Skarbu Państwa na rynku zbóż, ponieważ zamiast skupować zboże, wystarczy zająć pozycję nabywcy papieru wartościowego, która uzasadnia zgłaszanie pretensji do rzeczy. Zdolność obiegowa jest też powodem tego, że dowód składowy przedstawia się jako atrakcyjny przedmiot handlu giełdowego.

Nie od rzeczy będzie, jeżeli stwierdzimy, iż dowód składowy, pośród przejawianych przez siebie zdolności, wyposażony jest też w *z d o l n o ś ć l e g i t y m a c y j n ą*. Oznacza to, że posiadacz obu części dowodu składowego, który wykaże się nieprzerwanym szeregiem indosów z ostatnim opiewającym na niego, jest uważany za osobę uprawnioną do odebrania rzeczy ze składu. Nawet gdyby uwzględnić wielowątkowe następstwa dokonania czynności prawnej rozdzielenia dowodu składowego, nigdy nie dochodzi do sytuacji,

takiej że legitymacja formalna służy więcej niż jednej osobie niezależnie od siebie. Uprawnienie do odebrania rzeczy ze składu służy niepodzielnie jednej osobie (bądź wielu osobom na zasadzie solidarności), przejściowo zaś nie służy nikomu, a to wówczas, gdy został ustanowiony zastaw na rzeczy oddanej na skład, ale nie doszło jeszcze do zaspokojenia pretensji zabezpieczonej zastawem. Rzeczy nie może odebrać ani występujący samodzielnie posiadacz oddzielnego rewersu (kredytobiorca), ani występujący samodzielnie posiadacz oddzielnego warrantu. Źródłem uprawnienia do odebrania rzeczy ze składu jest wyłącznie legitymacja formalna z dwóch papierów wartościowych. Mogą one występować w postaci połączonej (nierozdzielony dowód składowy) albo rozdzielonej.

Inna, szczególna prerogatywa domów składowych, to uprawnienie do zbywania przez licytację publiczną rzeczy oddanych na skład na żądanie osoby uprawnionej do rozporządzania tymi rzeczami (art. 18 ust. 1). Konstrukcja prawna dowodów składowych nie pozwala na zgłoszenie takiego żądania przez osobę inną, niż osoba wyposażona w legitymację formalną z rewersu i warrantu łącznie. Taką osobą jest na przykład posiadacz nierozdzielonego dowodu składowego albo posiadacz oddzielnego rewersu, który wykonał zobowiązanie kredytowe i w wyniku tego stał się na powrót posiadaczem oddzielnego warrantu bądź zaświadczenia banku domicylowego, stwierdzającego wykonanie zobowiązania kredytowego (skutki wydania zaświadczenia przez bank są zrównane z posiadaniem warrantu).

### *7.3. Zastaw na rzeczy oddanej na skład*

Istota systemu dwuczęściowych dowodów składowych polega na tym, że w konstrukcji jurystycznej takiego papieru wartościowego jedna z jego części jest specjalnie przystosowana do wykorzystania jako zabezpieczenie wierzytelności. Oddzielony warrant, bo o nim mowa, bywa określany jako świadectwo zastawnicze. Aby ustanowić prawo zastawu na rzeczy oddanej na skład należy skutecznie dokonać czynności prawnej rozdzielenia dowodu składowego. Inne spotykane określenie tego doniosłego aktu to „pierwszy indos oddzielnego warrantu”. W wyniku rozdzielenia dowodów składowych z jednego papieru wartościowego (nierozdzielonego dowodu składowego) powstają dwa papiery wartościowe (oddzielony rewers i oddzielony warrant). Od momentu dokonania rozdzielenia są one samodzielnymi papierami wartościowymi. Posiadają także wszelkie atrybuty papierów wartościowych opiewających na wierzytelność.

W czynności prawnej rozdzielenia dowodów składowych biorą udział trzy osoby. Inicjatorem rozdzielenia dowodów składowych jest zwykle kredytobiorca (dłużnik). Zastaw na rzeczy oddanej na skład może ustanowić w ten sposób jedynie legitymowany formalnie posiadacz nierozdzielonego dowodu składowego. Po dokonaniu rozdzielenia pozostaje on w posiadaniu

oddzielonego rewersu, który może dalej przenosić na inne osoby. Przenosi wówczas prawa do rzeczy obciążonej zastawem. Kredytodawca (wierzyciel, najczęściej bank) po dokonaniu rozdzielenia dowodów składowych wchodzi w posiadanie oddzielonego warrantu. Oddzielony warrant ucieleśnia ograniczone prawa rzeczowe (skuteczne *erga omnes* prawo zastawu na rzeczy oddanej na skład) oraz wierzytelność względem osoby, która postawiła pierwszy indos na oddzielnym warrancie (czym upodabnia się do weksla). D o m s k ł a d o w y jako wystawca nierozdzielonego dowodu składowego odpowiada względem kredytobiorcy i kredytodawcy z tytułu należytego wykonania zobowiązania z umowy składu. Dom składowy jest dzierżycielem substratu zabezpieczenia (rzecz na składzie), odpowiada więc zarówno przed posiadaczem rewersu, jak i przed posiadaczem warrantu za zwrot rzeczy w stanie nie pogorszonym.

Do skutecznego ustanowienia zastawu na rzeczy oddanej na skład konieczne jest skuteczne dokonanie czynności prawnej rozdzielenia dowodu składowego. Pierwszy indos oddzielonego warrantu polega na fizycznym oddzieleniu od siebie blankietów rewersu i warrantu. Konieczność dokonania innych, niezbędnych dla ustanowienia zastawu, czynności konwencjonalnych (tzw. *czynności rejestracyjnych*) sprawia, że pierwszy indos oddzielonego warrantu wyraźnie różni się od typowej postaci indosu wekslowego. Aby ustanowić zastaw na rzeczy oddanej na skład należy przede wszystkim opatrzyć pierwszym indosem dokument warrantu. Treść indosu powinna określać osobę indosanta (kredytobiorcy), osobę indosatariusza (kredytodawcy), wysokość kwoty pieniężnej, na której zabezpieczenie ustanawia się prawo zastawu (sumę warrantową), termin płatności sumy warrantowej oraz zawierać podpis indosanta. Jak zatem widać, treść pierwszego indosu oddzielonego warrantu – inaczej niż weksel – odzwierciedla w szczegółach treść stosunku kredytowego zabezpieczonego zastawem. Ponadto dla wykreowania zastawu konieczne jest dokonanie wspomnianych już czynności rejestracyjnych. Służą one u j a w nieniu faktu obciążenia rzeczy prawem zastawu. Można się o tym fakcie przekonać na podstawie treści księgi składowej (która jest jawna) albo na podstawie treści któregośkolwiek z oddzielonych od siebie składowych papierów wartościowych. Dosłowną treść pierwszego indosu znajdziemy bowiem w osnowie księgi składowej, w oddzielnym rewersie oraz oczywiście w oddzielnym warrancie. Do grupy czynności rejestracyjnych zaliczamy konieczność przepisania w dosłownym brzmieniu treści pierwszego indosu warrantu do osnowy rewersu oraz do księgi składowej, a także konieczność uzyskania od domu składowego poświadczenia na rewersie oraz na warrancie faktu wpisania pierwszego indosu warrantu do księgi składowej. Brak któregośkolwiek spośród wymienionych elementów formalnych pierwszego indosu wywołuje nieważność indosu. Najbardziej doniosłą konsekwencją wadliwości pierwszego indosu oddzielonego warrantu jest brak zabezpieczenia warrantowego wierzytelności kredytodawcy (banku). Chociaż nie powstaje odpowie-



działność rzeczowa posiadacza rewersu (zastaw na rzeczy oddanej na skład), to pierwszego indosanta (kredytobiorcę, dłużnika) obciąża odpowiedzialność osobista. Dla dopełnienia aktu ustanawiania zabezpieczenia rzeczowego na rzeczy oddanej na skład należy jeszcze odłączyć od siebie blankiety rewersu i warrantu oraz przenieść posiadanie warrantu opatrzonego pierwszym indosem na indosatariusza (wierzyciela, bank).

Ta skomplikowana, na pierwszy rzut oka, procedura ustanawiania zastawu na rzeczy oddanej na skład wymownie świadczy o roli, jaką przypisuje się trosce o niezawodne urządzenie podstaw dla dogodnego i nowoczesnego kredytowania. Skuteczne dokonanie czynności prawnej pierwszego indosu na oddzielnym warrancie sprawia, że wierzytelność posiadacza warrantu jest umocniona rzeczowo, a szerokie grono zainteresowanej publiczności ma możliwość zapoznania się z tym faktem.

#### 7.4. Zaspokojenie wierzycieli

Tryb poszukiwania zaspokojenia przez posiadacza oddzielnego warrantu również podlega ocenie, z uwzględnieniem oczekiwań uczestników obrotu co do działalności domów składowych. Jak wysokie są te oczekiwania niech świadczy fakt, że ustawa pozwala kwalifikowanym przedsiębiorcom składowym brać udział w niektórych czynnościach egzekucyjnych. Podjęcie tych czynności inicjuje posiadacz warrantu, którego wierzytelność nie została zaspokojona w normalnym trybie. Zazwyczaj będzie tak, że posiadacz oddzielnego rewersu wpłaci sumę warrantową w banku domicylowym. Wówczas upada prawo zastawu na rzeczy oddanej na skład, a dłużnik rzeczowy (posiadacz rewersu) może rzecz ze składu odebrać. Posiadacz warrantu natomiast przedstawi warrant do zapłaty w banku domicylowym. Bank wypłaci sumę warrantową, po czym odbierze zapłacony warrant. Jeżeli zaś suma warrantowa nie zostanie wpłacona przez posiadacza rewersu, to niezaspokojony posiadacz warrantu powinien stwierdzić ten fakt protestem, co pozwala mu dochodzić roszczeń warrantowych na zasadzie regresowego poszukiwania zwrotnego.

Jednakże najważniejszą konsekwencją niewykonania zobowiązania zabezpieczonego zastawem jest możliwość poszukiwania zaspokojenia nie pokrytych pretensji właśnie z substratu zabezpieczenia. Posiadacz warrantu może, choćby nie dokonał protestu, wystąpić do domu składowego z pisemnym żądaniem przeprowadzenia sprzedaży obciążonych zastawem rzeczy oddanych na skład. Sprzedaż jest przeprowadzana w możliwie najkrótszym czasie, nie wcześniej niż po upływie trzech dni od zgłoszenia żądania. Licytacja publiczna odbywa się w jednym terminie bez oszacowania, zaś czynności sprzedaży dokonuje komornik, notariusz, adwokat lub radca prawny działający na zlecenie domu składowego. Wierzytelność posiadacza warrantu zaspokajana jest w czwartej kolejności, po kosztach sprzedaży, należnościach publiczno-



prawnych oraz zarejestrowanych należnościach domu składowego. Zaspokojony całkowicie wierzyciel zwraca pokwitowany warrant do domu składowego, zaś ten ostatni dokonuje wzmianki o całkowitym zaspokojeniu wierzyciela w księdze składowej.

Jeżeli wierzyciel nie uzyskał całkowitego zaspokojenia z przedmiotu zastawu, to pozostawiona mu jest możliwość skierowania regresowego poszukiwania zwrotnego przeciwko wszystkim zobowiązanym na podstawie warrantu. W zakresie zwrotnego poszukiwania odpowiednio stosuje się przepisy prawa wekslowego o zwrotnym poszukiwaniu z powodu braku zapłaty weksla. Wierzyciel warrantowy może skutecznie skierować roszczenia regresowe przeciwko zwrotnie zobowiązanym (wystawca warrantu – kredytobiorca, indosanci warrantu, poręczyciele warrantu), jeżeli przedstawił w terminie warrant do zapłaty, zaprotestował nie zapłacony warrant oraz zgłosił żądanie sprzedaży przedmiotu zastawu w terminie miesiąca od dnia protestu. Jedynie odpowiedzialność pierwszego indosanta oddzielonego warrantu (kredytobiorcy) jest niezależna od dokonania przez wierzyciela przedstawionych aktów staranności warrantowej.

## 8. ODPOWIEDZIALNOŚĆ DOMÓW SKŁADOWYCH

Dom składowy ponosi odpowiedzialność na kilku płaszczyznach. Na czoło wybija się odpowiedzialność za należyte wykonywanie obowiązku pieczy<sup>19</sup>. Regulacja odpowiedzialności z tego tytułu zamieszczona jest w kodeksie cywilnym, a zatem obejmuje swoim zakresem podmiotowym wszystkich przedsiębiorców składowych, a nie tylko kwalifikowanych. Przedsiębiorca składowy odpowiada za szkodę wynikłą z utraty, ubytku lub uszkodzenia rzeczy w czasie od przyjęcia jej na skład do wydania osobie uprawnionej do odbioru, chyba że udowodni, że nie mógł zapobiec szkodzie mimo dołożenia należytej staranności (art. 855 § 1 k.c.). Odszkodowanie nie może przewyższać zwykłej wartości rzeczy, chyba że szkoda wynika z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Jeżeli ubytek nie przekracza granic określonych właściwymi przepisami lub granic zwyczajowo przyjętych, to dom składowy nie odpowiada.

Odpowiedzialność domu składowego rodzi też niewykonanie obowiązku dbałości o interesy składających. Powinność taką można sformułować na podstawie treści przepisów art. 857–859 k.c. W okolicznościach wskazanych w art. 857 k.c. przedsiębiorca składowy powinien dokonać czynności niezbędnych do zabezpieczenia mienia i praw składającego. Treść art. 858 k.c. nakłada na niego obowiązek notyfikowania o zdarzeniach ważnych ze względu na ochronę praw składającego. Natomiast jeżeli rzecz narażona

<sup>19</sup> Szeroko: J. Napierała, *Zakres odpowiedzialności przedsiębiorstwa składowego za utratę, ubytek lub uszkodzenie towaru*, „RPEiS” 1978, t. III.

jest na zepsucie, przedsiębiorca składowy ma prawo, a gdy wymaga tego interes składającego – także obowiązek sprzedaży rzeczy z zachowaniem należytej staranności.

Dom składowy odpowiada z tytułu prawidłowego wystawienia dowodu składowego. Mieści się tu zwłaszcza odpowiedzialność za skuteczne zaciągnięcie zobowiązania przez dom składowy, co ma szczególnie doniosłe znaczenie w obliczu możliwości przenoszenia dowodów składowych przez indos. Ponadto odpowiedzialność domu składowego rodzi nieprawidłowe (nie-rzetelne) zindywidualizowanie rzeczy w dowodzie składowym. Samodzielną podstawą odpowiedzialności jest wadliwe dokonanie czynności rejestracyjnych przy okazji ustanawiania zastawu na rzeczy oddanej na skład.

Odpowiedzialność domu składowego aktualizuje się ponadto w sferze czynności egzekucyjnych. Ustawodawca zakłada ewentualność przeprowadzenia sprzedaży egzekucyjnej rzeczy oddanej na skład z naruszeniem regulujących tę procedurę przepisów. Jakkolwiek sprzedaż uważana jest za skuteczną, a nabywca obejmuje własność rzeczy bez obciążeń, to dom składowy odpowiada wobec osoby, która poniosła szkodę w wyniku niedochowania postanowień, regulujących sprzedaż egzekucyjną. Ewentualną szkodę majątkową na tym obszarze może ponieść zarówno posiadacz oddzielnego rewersu (dłużnik), jak i posiadacz oddzielnego warrantu (wierzyciel).

## 9. UWAGI KOŃCOWE

Treść przedstawionej regulacji domów składowych w prawie polskim, powinna sprzyjać wykształceniu się obiektywnego przekonania o wysokim stopniu wiarygodności tych przedsiębiorców. Jednakże nie tylko za sprawą przyjętych rozwiązań normatywnych szeroki krąg osób, zainteresowanych działaniem domów składowych, poświęci niebawem tym instytucjom swoją uwagę. Wejście w życie ustawy o domach składowych wydatnie przyczynia się do tworzenia podstaw nowoczesnego kredytowania oraz stanowi ważny etap w dziedzinie usprawnienia handlu na giełdach towarowych. Jednakże trudno mówić o przełomie w obu tych sferach, ponieważ ustawodawca dał jedynie formę, której treść należy dopiero nadać. Praktyka rozstrzygnie, czy domy składowe nie zawiodą oczekiwań uczestników obrotu i czy skomentowane instrumentarium prawne będzie wykorzystywane przez wszystkich zainteresowanych w sposób spełniający oczekiwania i w zgodzie z postulatem zapewnienia należytej powagi stosunkom prawnym z udziałem domów składowych. Trzeba mieć też świadomość faktu, iż wpływ na niektóre aspekty funkcjonowania domów składowych nie leży w gestii ich samych. Tym bardziej należy zwracać uwagę na funkcjonowanie domów składowych i stosunkowo szybko poczynić kroki sprzeciwu wobec „złej praktyki domów składowych”. Ukształtowane niekorzystne wzorce postępowania mogą się bowiem utrwalić wbrew literze zaprezentowanej regulacji domów składowych, w treści której

watki przewencyjne są aż nadto widoczne. Możemy być świadkami procesów nieprzychylnych, podważających bonitet domów składowych. Skierowanie wysiłku na przeciwdziałanie takim postawom powinno być zadaniem pierwszoplanowym, ponieważ stosunkowo szybko może dojść do sytuacji, gdy „(...) wiele takich składów istnieje, których dowody już dlatego nie kursują, iż nikt by ich nie przyjął”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> O czym ponad sto lat temu przypominał T. Starzewski (*O domach składowych i nowej ustawie z dnia 28 kwietnia 1889 roku*, „Kwartalnik Stowarzyszenia Kandydatów Notarialnych w Krakowie”, t. I, nr 3, s. 5).

JANINA CIECHANOWICZ-MCLEAN

## RECENZJA

**Elżbieta Tomkiewicz, *Limitowanie produkcji w ustawodawstwie rolnym Wspólnoty Europejskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Fundacja Promocji Prawa Europejskiego, Warszawa 2000, 314 stron**

Monografia *Limitowanie produkcji w ustawodawstwie rolnym Wspólnoty Europejskiej (na przykładzie kwot mlecznych)* autorstwa Elżbiety Tomkiewicz, stanowi pierwszą pracę prawniczą w piśmiennictwie polskim, kompleksowo ujmującą na wskroś nową dla nas problematykę prawnych mechanizmów kontroli nadprodukcji w rolnictwie wspólnotowym. Doniosłe znaczenie i aktualność podjętej w pracy, bardzo szeroko zakreślonej, problematyki badawczej trudno wprost przecenić w związku z przyszłym członkostwem Polski w Unii Europejskiej.

Na pozytywną ocenę zasługuje przejrzysty i logiczny układ pracy, składającej się z ośmiu rozdziałów. W rozdziale pierwszym Autorka przedstawiła genezę wspólnej polityki rolnej o wyraźnej orientacji „proprodukcyjnej” i jej nie do końca pozytywne konsekwencje w postaci nadprodukcji żywności, zniszczenia środowiska naturalnego i wysokich wydatków budżetowych. W oparciu o bogatą literaturę przedmiotu zarówno prawniczą, jak i ekonomiczną, Autorka opisała z dużą znajomością rzeczy ewolucję wspólnej polityki rolnej od przyjętego w latach 60., i realizowanego z rosnącym natężeniem, modelu „proprodukcyjnego” do modelu limitowania produkcji rolnej.

Za popisowy fragment pracy uznałabym rozdział trzeci, dotyczący prawnych form reglamentacji rolniczej działalności produkcyjnej, w którym Autorka dokonała charakterystyki podstawowych instrumentów limitowania produkcji rolnej, stosowanych na szeroką skalę we Wspólnocie Europejskiej na niemal każdym branżowym rynku rolnym (kwoty cukrowe, surowca tytoniowego, instytucja wyłączania gruntów z produkcji rolnej, zalesianie gruntów, środki agrosrodowiskowe, dopłaty bezpośrednie dla producentów rolnych, ukierunkowane na kontrolę nadprodukcji rolnej).

Precyzyjność wywodów Autorki dokumentuje w szczególności rozdział czwarty, traktujący o kwotach mlecznych jako szczególnej formie reglamen-

towania działalności rolniczej. Twierdzi ona, że podstawowa trudność w określeniu prawnej natury kwot mlecznych polega na tym, że nie da się ich ująć w ramy powszechnie znanych w ustawodawstwie, orzecznictwie i doktrynie prawa rolnego instytucji prawnych. „Mieszany” charakter kwot mlecznych, łączących w sobie elementy prawa publicznego i prywatnego sprawia, że stanowią one instytucje nowej generacji w systemie wspólnotowego prawa rolnego, kształtując nowy typ zobowiązań, jakie przyjmują na siebie rolnicze podmioty gospodarcze.

Kolejny rozdział pracy poświęcony został pojęciom: gospodarstwa rolnego o kierunku mleczarskim oraz producenta mleka w świetle prawa wspólnotowego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Po lekturze tego rozdziału można by zadać pytanie, czy czasami rozważania Autorki nie są zbyt szczegółowe i specjalistyczne.

Przedmiotem badań w rozdziale szóstym i siódmym są zasady administrowania kwotami mlecznymi, w tym zwłaszcza prawne kryteria przydziału kwot mlecznych konkretnym producentom rolnym, system ich rejestracji, a także kontrola obrotu kwotami mlecznymi. Sposób prezentowania w pracy tych skomplikowanych zagadnień wskazuje na swobodę operowania przez Autorkę materiałami źródłowymi, a przede wszystkim na profesjonalną wykładnię prawa.

Na podstawie przeprowadzonych badań Autorka skonstruowała (w rozdziale ósmym) prawną koncepcję rynku mleka i produktów mleczarstwa w Polsce, co w kontekście negocjacji z Unią i zbliżającego się w niej naszego członkostwa ma szczególnie doniosłe znaczenie, tak w wymiarze teoretycznym, jak i praktycznym. Autorka sformułowała w tym zakresie szereg postulatów *de lege ferenda*, wskazując na najbardziej newralgiczne problemy związane z dostosowaniem polskiego mleczarstwa do *acquis communautaire*.

Recenzowana praca wyróżnia się wysokim poziomem naukowym, starannością oraz wszechstronnością prezentowanych zagadnień, które Autorka przedstawia z dużą znajomością rzeczy, a jednocześnie w sposób klarowny i jasny. Szczególnym walorem pracy jest bogate, należycie udokumentowane i, co ważne, odpowiednio wybrane orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, znakomicie ilustrujące zasadnicze kierunki interpretacji rolnego ustawodawstwa wspólnotowego w zakresie kontroli nadprodukcji żywności. Pod względem warsztatowym praca oparta jest na obszernej literaturze przedmiotu oraz bogatych źródłach prawa, zarówno prawa wspólnotowego, jak i ustawodawstw krajowych (brytyjskiego, włoskiego).

Na podstawie lektury pracy i analizy prezentowanych w niej zagadnień uważam, że stanowi ona szczególnie wartościową i wielce inspirującą pozycję, pogłębiającą naszą znajomość wspólnotowego prawa rolnego i wnoszącą istotny wkład do dyskusji o skomplikowanych problemach integrowania naszego rolnictwa z rolnictwem WE.





