

# Studia

## PRAWNICZE

KWARTALNIK

P-295

**W numerze:**

- Prawna regulacja wolności religijnej
- Norma z artykułu 38 Konstytucji RP jako zasada prawa
- Zakres uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa europejskiego
- Prawo karteli w Europie i w Stanach Zjednoczonych
- Kompetencje państw członkowskich Unii Europejskiej w obszarze regulacji organizmów genetycznie zmodyfikowanych
- Podmioty nieposiadające osobowości prawnej w prawie niemieckim
- Pojęcie udziału w polskim i obcym prawie spółdzielczym

2(168)  
2006

WARSZAWA 2006  
WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR

**POLSKA AKADEMIA NAUK  
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

# **STUDIA PRAWNICZE**

**Zeszyt  
2(168) 2006**



**WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR  
Warszawa 2006**

## KOMITET REDAKCYJNY

ANDRZEJ BIERĆ – redaktor naczelny, JANUSZ BORKOWSKI,  
JERZY CIEMNIEWSKI, LECH GARDOCKI, HELENA KOŁAKOWSKA-PRZEŁOMIEC,  
EWA ŁĘTOWSKA, MARIA MATEY, JAN SKUPIŃSKI, TADEUSZ SMYCZYŃSKI  
– zastępca redaktora naczelnego, ANDRZEJ SZAJKOWSKI, ELŻBIETA TOMKIEWICZ  
– sekretarz Redakcji, ROMAN WIERUSZEWSKI, MACIEJ ZIELIŃSKI

### Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN  
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa  
Pałac Staszica  
tel. 022 826·52·31 w. 181  
fax 022 826·78·53  
e-mail: [inp@inp.pan.pl](mailto:inp@inp.pan.pl)

Publikacja dofinansowana ze środków Komitetu Badań Naukowych

Redakcja i korekta: Iwonna Olszewska-Głowińska  
Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa  
tel./fax 022 828·95·63, 022 828·93·91, 022 826·59·21, tel. 022 635·74·04 w. 219  
e-mail: [info@scholar.com.pl](mailto:info@scholar.com.pl), [scholar@neotrada.pl](mailto:scholar@neotrada.pl), [www.scholar.com.pl](http://www.scholar.com.pl)  
Nakład: 500 egz. + 20 egz.  
Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

## SPIS TREŚCI

**dr Jarosław Szymanek**

Uniwersytet Warszawski, Warszawa

|                                                         |           |
|---------------------------------------------------------|-----------|
| <b><i>Prawna regulacja wolności religijnej .</i></b>    | <b>5</b>  |
| I. Uwagi wprowadzające. . . . .                         | 5         |
| II. Wolność religijna w ujęciu kolektywnym .            | 7         |
| III. Wolność sumienia i wyznania w ujęciu indywidualnym | 15        |
| IV. Uwagi końcowe . . . . .                             | 26        |
| <b><i>Religious Freedom Legal Regulation .</i></b>      | <b>29</b> |

**dr Radosław Grabowski**

Uniwersytet Rzeszowski, Rzeszów

|                                                                                                        |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><i>Norma z artykułu 38 Konstytucji RP z 1997 r. jako zasada prawa .</i></b>                         | <b>31</b> |
| I. Cechy szczególne zasad prawa . . . . .                                                              | 32        |
| II. Zasady prawa w nauce prawa konstytucyjnego . . . . .                                               | 34        |
| III. Konstytucyjne zasady prawa w świetle postanowień Konstytucji RP z 1997 r. . . . .                 | 38        |
| IV. Szczególny charakter normy z artykułu 38 Konstytucji RP z 1997 r..                                 | 40        |
| V. Zasada ochrony życia ludzkiego . . . . .                                                            | 43        |
| <b><i>Norm of law in Art. 38 of the Poland's 1997 Constitution as a principle of law . . . . .</i></b> | <b>45</b> |

**dr Krystyna Kowalik-Bańczyk**

Instytut Nauk Prawnych PAN, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa

|                                                                                                                                                            |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><i>Zakres uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa europejskiego w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich</i></b> | <b>47</b> |
| I. Wprowadzenie . . . . .                                                                                                                                  | 47        |
| II. Orzeczenia ETS oparte na art. 12 i 17 TWE .                                                                                                            | 49        |
| III. Orzeczenia ETS oparte na art. 18 i 12 TWE .                                                                                                           | 53        |
| IV. Orzecznictwo ETS a dyrektywa 2004/38/WE                                                                                                                | 59        |
| <b><i>The scope of rights stemming from European Union citizenship in light of the jurisprudence of the European Court of Justice . . . . .</i></b>        | <b>64</b> |

**mgr Kamila Bury**

Uniwersytet Gdański, Gdańsk

|                                                                                                                            |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b><i>Prawo karteli w Europie i w Stanach Zjednoczonych</i></b>                                                            | <b>65</b> |
| I. Wprowadzenie. . . . .                                                                                                   | 65        |
| II. Prawo antymonopolowe w Stanach Zjednoczonych                                                                           | 66        |
| III. Charakterystyka europejskiego prawa karteli . . . .                                                                   | 70        |
| <b><i>The point of this article is to present the basic structure of American and European Antitrust Law . . . . .</i></b> | <b>84</b> |

mgr **Maria Talik**

Uniwersytet Śląski, Katowice

|                                                                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Kompetencje państw członkowskich Unii Europejskiej w obszarze regulacji organizmów genetycznie zmodyfikowanych . . . . .</b>          | <b>85</b>  |
| I. Wprowadzenie . . . . .                                                                                                                | 85         |
| II. Wertykalny podział kompetencji w obszarze regulacji GMO . . . . .                                                                    | 87         |
| III. Możliwość przyjmowania na mocy postanowień prawa pierwotnego środków krajowych w obszarach objętych regulacją wspólnotową . . . . . | 93         |
| IV. Zakres harmonizacji osiągniętej na poziomie wspólnotowym . . . . .                                                                   | 99         |
| V. Mechanizmy bezpieczeństwa przewidziane w prawie wtórnym . . . . .                                                                     | 106        |
| VI. Konkluzje . . . . .                                                                                                                  | 112        |
| <b><i>The powers of the EU Member States in the field of genetically modified organisms' (GMO) regulation . . . . .</i></b>              | <b>114</b> |

mgr **Marlena Wach**

Uniwersytet Warszawski, Warszawa

|                                                                                                                   |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b><i>Podmioty nieposiadające osobowości prawnej w prawie niemieckim: uwagi prawnoporównawcze . . . . .</i></b>   | <b>117</b> |
| I. Przedstowarzyszenie ( <i>Vorvereine</i> ) . . . . .                                                            | 117        |
| II. Stowarzyszenia niezarejestrowane . . . . .                                                                    | 118        |
| III. Spółki osobowe . . . . .                                                                                     | 119        |
| IV. Przedspółka ( <i>Vorgesellschaft; in Gründung</i> ) . . . . .                                                 | 121        |
| V. Spółdzielnia a przedspółdzielnia ( <i>Vorgenossenschaft</i> ) . . . . .                                        | 124        |
| VI. Uwagi prawnoporównawcze . . . . .                                                                             | 127        |
| <b><i>Entities without legal personality in accordance with German law. Comparative law remarks . . . . .</i></b> | <b>132</b> |

dr **Piotr Zakrzewski**

Katolicki Uniwersytet Lubelski, Lublin

|                                                                                                                    |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b><i>Pojęcie udziału w polskim i obcym prawie spółdzielczym . . . . .</i></b>                                     | <b>135</b> |
| I. Wstęp . . . . .                                                                                                 | 135        |
| II. Udział w niemieckim prawie spółdzielczym . . . . .                                                             | 135        |
| III. Udział w polskim prawie spółdzielczym . . . . .                                                               | 139        |
| IV. Udział w szwajcarskim prawie spółdzielczym . . . . .                                                           | 141        |
| V. Udział w austriackim prawie spółdzielczym . . . . .                                                             | 143        |
| VI. Udział w europejskim prawie spółdzielczym . . . . .                                                            | 146        |
| VII. Wnioski . . . . .                                                                                             | 148        |
| <b><i>Subjekte ohne juristische Personalität im deutschen Recht: rechtsvergleichende Bemerkungen . . . . .</i></b> | <b>149</b> |

JAROSŁAW SZYMANEK

**PRAWNA REGULACJA WOLNOŚCI RELIGIJNEJ****I. UWAGI WPROWADZAJĄCE**

Wolność religijna, zwana również wolnością sumienia i wyznania, wolnością sumienia i religii, wolnością myśli, sumienia i religii, czy wreszcie wolnością myśli, sumienia, religii lub przekonań, jest z pewnością rudymenarną wolnością człowieka<sup>1</sup>. Nic więc dziwnego, że jest ona zapisywana i potwierdzana w aktach prawnych, w tym także rangi konstytucyjnej, znakomitej większości państw demokratycznych, stanowiąc istotny składnik wyznaczający status prawny jednostki<sup>2</sup>. Wolność ta jest przy tym o tyle interesująca, iż ma ona dualny (podwójny, czy też może dwuczłonowy) charakter<sup>3</sup>. Z jednej bowiem strony wolność ta obejmuje – i to przede wszystkim – tzw. wymiar indywidualny (jednostkowy), gwarantujący każdemu swobodę samookreślenia religijnego, a nawet szerzej światopoglądowego, z drugiej zaś tzw. wymiar, względnie aspekt, kolektywny (zbiorowy), który zapewnia wolność sumienia i wyznania wspólnot religijnych, czyli organizacji konfesyjnych przybierających postać kościołów bądź innych związków wyznaniowych. Stąd m.in. prawna regulacja wolności religijnej obejmuje dwojakiego rodzaju normy, po pierwsze te, których destynatariuszem jest pojedynczy człowiek, po drugie te, których adresatem są kościoły oraz inne związki wyznaniowe<sup>4</sup>.

Podwójny charakter uregulowań wolności sumienia i wyznania pozostaje przy tym w logicznym związku, który w skrócie przedstawia się w kierunku: od wolności głównej (najważniejszej, zasadniczej, prymamej) do wolności wtórnej, drugoplanowej i w pewien sposób komplementarnej. Jest tak, gdyż znaczenie podstawowe, chronologicznie pierwsze, ma z oczywistych względów wolność odnieszona do jednostki, natomiast regulacje z dziedziny praw kolektywnych mają zawsze charakter drugorzędny, wynikający z założeń indywidualnego pra-

<sup>1</sup> Por. A. Łopatka, *Wolność sumienia i wyznania*, w: R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław 1991, s. 407 i n.; A. Łopatka, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii*, Warszawa 1995.

<sup>2</sup> Por. M. Winiarczyk-Kossakowska, *Wolność sumienia i religii*, „Studia Prawnicze” 2001, nr 1, s. 23 i n.

<sup>3</sup> Por. J. Krukowski, *Kościół i państwo. Podstawy relacji prawnych*, Lublin 2000, s. 256 i n.

<sup>4</sup> Por. J. Szymanek, *Konstytucyjna regulacja stosunków państwo–kościół (ujęcie komparatystyczne)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 4, s. 22 i n.

wa do wolności religijnej<sup>5</sup>. Dlatego też cały w zasadzie obszar prawnej regulacji konfesyjnej to, mówiąc w największym skrócie, obszar regulujący wolność sumienia i wyznania<sup>6</sup> w odniesieniu do jednostki i do zbiorowości, którą jednostka konstituuje.

Zawsze jednak, niezależnie od każdorazowej konkretyzacji wolności religijnej, w obydwu znaczeniach (wymiarach, aspektach) jest ona współzależna, wzajemnie warunkowana<sup>7</sup>. Wynika to z tego, że wolność kolektywna jest pochodną praw jednostki. Dlatego m.in. warunkiem *sine qua non*, a jednocześnie podstawą wszelkich regulacji wyznaniowych, w tym zwłaszcza wolności sumienia i wyznania, musi być konstytucyjne określenie sytuacji wyznaniowej (światopoglądowej) jednostki<sup>8</sup>. Swoboda funkcjonowania związków wyznaniowych, a więc wolność sumienia i wyznania w ujęciu kolektywnym, inaczej instytucjonalnym, jest bowiem zawsze wtórna wobec pierwotnego prawa każdego człowieka do wyznawania odpowiadającej mu religii bądź nie wyznawania żadnej. Dlatego właśnie pierwotnym posiadaczem praw w zakresie wolności religijnej jest osoba, a jednym z jej podstawowych praw jest prawo do organizowania się według kryteriów religijnych, a co za tym idzie, i do tworzenia związków wyznaniowych<sup>9</sup>. *Ratio legis* tworzenia organizacji konfesyjnych jest przecież oczywiste: mają one zapewnić realizację indywidualnych praw wolnościowych swoich członków (wyznawców), a więc pojedynczych jednostek będących nosicielami wszelkich praw i wolności<sup>10</sup>. Stąd też konstytucjonalizacja indywidualnego prawa do wolności religijnej jest swoistym punktem startu dla wyznaczenia prawnych zasad organizacji i działalności kościołów oraz innych związków wyznaniowych, gdyż te są jedynie funkcją „ureczywistnieniem prawa podmiotowego jednostki do wolności w sferze światopoglądowej”<sup>11</sup>. Konstytucyjne założenia prawnej regulacji wolności religijnej w sposób oczywisty muszą zatem, przynajmniej w minimalnym stopniu, uregulować sytuację konfesyjną jednostki oraz konstituowaną przez nią wspólnoty religijnej<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Potwierdza to zresztą historyczny rozwój wolności religijnej, który obejmował zarówno walkę o wolność religijną człowieka (a więc prawa indywidualne), jak i walkę o wolność religijną kościoła (tj. prawa kolektywne). Szerzej na ten temat zob. K. Warchałowski, *Rozwój idei wolności religijnej od początków chrześcijaństwa do czasów nowożytnych*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2005, t. 8, s. 143 i n.

<sup>6</sup> Stwierdza to wyraźnie Wiesław Skrzydło, który analizując przepisy art. 25 konstytucji mówi wprost, iż artykuł ten dotyczy ważnej dziedziny życia, jaką jest wolność sumienia i wyznania – por. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 1998, s. 27.

<sup>7</sup> Por. J. Szymanek, *Klauzule wyznaniowe w Konstytucji RP*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2005, t. 8, s. 9.

<sup>8</sup> Por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 1999, s. 14.

<sup>9</sup> Por. J. Osuchowski, *Stosunki wyznaniowe w Polsce na tle transformacji ustrojowej*, Warszawa 1996, s. 49 i n.

<sup>10</sup> Por. A. Czohara, *Stosunki państwo–kościół. Belgia, Francja, Hiszpania, Włochy*, Warszawa 1994, s. 25.

<sup>11</sup> J. Osuchowski, *Religia i Konstytucja*, w: T. Mołdawa (red.), *Państwo. Demokracja. Samorząd. Księga pamiątkowa na sześćdziesięciopięćciolecie Profesora Eugeniusza Zielińskiego*, Warszawa 1999, s. 91.

<sup>12</sup> Por. M. Pietrzak, *Konstytucyjne podstawy prawa wyznaniowego*, w: M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Warszawa 2001, s. 169 i n.

## II. WOLNOŚĆ RELIGIJNA W UJĘCIU KOLEKTYWNYM

Odnosnie do sprecyzowania kolektywnych praw kościołów i innych związków wyznaniowych wypada zauważyć, że ustawodawca konstytucyjny wyczerpuje w sposób kompleksowy całość tej obszernej przecież problematyki, przewidując jako najważniejsze zasady tych stosunków: zasadę równouprawnienia, zasadę autonomii i wzajemnej niezależności i w końcu – *last but not least* – zasadę bezstronności<sup>13</sup>.

Przewidziana w ust. 1 art. 25 konstytucji zasada równouprawnienia, której adresatem są wszystkie działające w Polsce związki konfesyjne, oznacza, że każdy z tych podmiotów znajduje się w takiej samej sytuacji prawnej, w związku z czym wszystkie one posiadają takie same obowiązki i mogą korzystać z takich samych uprawnień<sup>14</sup>. Oczywiście tak sformułowana reguła podmiotowego równouprawnienia związków wyznaniowych dotyczy wyłącznie podmiotowości biernej, zwłaszcza zaś publicznoprawnej, toteż główne dopełnienie regulacji w zakresie równouprawnienia „następuje przez konstytucyjne uregulowania tych sytuacji obywateli, które mają bezpośredni związek z wolnym uzewnętrznianiem stanów sumienia i wyznania”<sup>15</sup>. Normę z art. 25 ust. 1 należy zatem oceniać jako przeniesienie na kolektyw podstawowego prawa jednostki, gwarantującego jej „prawo do równego traktowania przez władze publiczne”, oraz jako zakaz dyskryminowania w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (art. 32 konstytucji). W tym miejscu zasada równouprawnienia ściśle koreluje, obok oczywiście zasady równości, z jeszcze inną fundamentalną wartością konstytucyjną, mianowicie zasadą godności (art. 30 konstytucji). Nie ulega jednak wątpliwości, że ostateczną racją równouprawnienia związków wyznaniowych jest równość wszystkich ludzi ze względu na to, że są oni nosicielami tej samej godności ludzkiej, uznanej i akceptowanej bez względu na ich przekonania oraz przynależność do związków konfesyjnych<sup>16</sup>. Widać z tego niedwuznacznie, że wysunięcie na plan pierwszy w dyspozycji art. 25 zasady równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych motywowane jest z jednej strony jej bezpośrednim związkiem z sytuacją prawną jednostki i gwarantowaną jednostce zasadą wolności sumienia i wyznania (por. art. 53 konstytucji), z drugiej zaś jej fundamentalnym wręcz znaczeniem w demokratycznym państwie prawnym i w pluralistycznym społeczeństwie<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Por. J. Szymanek, *Stosunki państwa ze związkami wyznaniowymi w świetle postanowień Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, w: B. Górowska (red.), *Przestrzeń polityki i spraw wyznaniowych. Szkice dedykowane Profesorowi Januszowi Osuchowskiemu z okazji siedemdziesięciopięciolecia urodzin*, Warszawa 2004, s. 445 i n.

<sup>14</sup> Por. D. Dudek, *Równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych na tle konstytucyjnych zasad prawa wyznaniowego*, w: A. Mezglewski (red.), *Prawo wyznaniowe w systemie prawa polskiego*, Lublin 2004, s. 199 i n.

<sup>15</sup> J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 62.

<sup>16</sup> Por. J. Krukowski, K. Warchałowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, s. 59.

<sup>17</sup> Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 38. Można więc powiedzieć, że zasada równouprawnienia z art. 25 ust. 1 odnosi się do zróżnicowanego kręgu podmiotów i to nie tylko dlatego, że obejmuje ona z jednej strony kościoły,

Zupełnym *novum* jest z kolei art. 25 ust. 3 mający kluczowe znaczenie dla konstytucyjnej identyfikacji stanowiska państwa wobec związków wyznaniowych. Ustawodawca konstytucyjny posłużył się tutaj teologiczną formułą, bazującą na doktrynie chrześcijańskiego dualizmu religijno-politycznego, której nowe znaczenie nadał w 1965 r. Sobór Watykański II w konstytucji *Gaudium et spes*<sup>18</sup>. Jego istotą jest wyodrębnienie dwóch porządków, tj. nadprzyrodzonego, którego personifikacją jest kościół traktowany jako doskonała społeczność religijna, i doczesnego uzewnętrznianego we wspólnocie politycznej, czyli państwie. Owa dychotomia nie dotyczy przy tym tylko ontologicznego pojmowania autonomii, a więc uznania oczywistego faktu, że „dany byt ma swoją własną wartość”, ale przede wszystkim jej normatywnego znaczenia, zgodnie z którym „dany byt może rządzić się własnym prawem w określonej dziedzinie działania”<sup>19</sup>. Niezależność natomiast to „tak wysoki stopień autonomii jednego bytu w stosunku do drugiego, który wyklucza ingerencje jednego z nich w sprawy wewnętrzne drugiego”, że może być traktowana jako synonim suwerenności<sup>20</sup>. W konkluzji chodzi zatem z jednej strony o poszanowanie przez państwo suwerenności kościoła w porządku duchowym, z drugiej zaś o poszanowanie przez kościół suwerenności państwa w porządku doczesnym. Paradoksalnie jednak posługiwanie się zbitką pojęciową „autonomia i niezależność”, *implicite* uznającą rozdzielenie państwa i kościoła, przyznaje priorytet państwu, gdyż autonomia jest prerogatywą państwa i „wywodzi się z jednostronnego nadania przez państwo”, wobec czego „może też jednostronnie zostać przezeń zniesiona”<sup>21</sup>. Autonomia bowiem *a priori* zakłada istnienie części, a tym samym znajdowanie się w ramach większej całości, jako że nie ma autonomii poza jakąś większą strukturą.

Soborowe wskazanie jest najczęściej traktowane jako uznanie przez Kościół katolicki zasady oddzielenia państwa i kościoła, są jednak i takie interpretacje, które z ust. 3 art. 25 konstytucji implikują *sui generis* formę opowiedzenia się państwa za systemem powiązania, przede wszystkim za sprawą przewidzianej w nim zasady współdziałania obu stron<sup>22</sup>. Tak rozbieżna interpretacja świadczy najlepiej o niedoskonałości zaproponowanej formuły, głównie z uwagi na – zasygnalizowane już wcześniej – paralelne występowanie takich terminów jak „autonomia” i „niezależność”. Zarówno państwo, jak i kościół nie mogą być jed-

z drugiej zaś inne związki wyznaniowe (por. S. Bożyk, *Konstytucyjna zasada równouprawnienia kościołów i innych związków wyznaniowych*, w: H. Zięba-Załuca, M. Kijowski (red.), *Zasada równości w prawie*, Rzeszów 2004, s. 98), ale dlatego, że nawiązuje ona również do jednostki jako podmiotu konstytuującego każdy związek wyznaniowy.

<sup>18</sup> Szczególnie wyraźnie nawiązano tu do tezy 76 konstytucji *Gaudium et spes* zatytułowanej *Communitas politica et Ecclesia*, w której stwierdzono, że „Wspólnota polityczna i Kościół są w swoich dziedzinach od siebie niezależne i autonomiczne” (*Communitas politica et Ecclesia in proprio campo ab invicem sunt independentes et autonomae*). Por. Sobór Watykański II. Konstytucje, dekrety, deklaracje, Poznań 2002, s. 591, 592.

<sup>19</sup> J. Krukowski, *Kościół i państwo...*, op. cit., s. 106.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> R.M. Małajny, *Państwo a Kościół w Konstytucji III RP (refleksje aksjologiczne)*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 8, s. 79.

<sup>22</sup> Por. B. Górowska, *Koncepcja ładu wyznaniowego w nowej konstytucji*, w: T. Bodio, W. Jakubowski (red.), *Konstytucja RP. Oczekiwania i nadzieje*, Warszawa 1997, s. 175.

nocześnie i autonomiczne, i niezależne, gdyż autonomia oznacza „ograniczoną niezależność mniejszej części od większej części, zawiera się zatem w pojęciu «niezależność»”<sup>23</sup>. Oba terminy pozostają bowiem wobec siebie w stosunku nadrzędności i podporządkowania, bo autonomia to przecież nic innego jak limitowana niezależność. Albo więc jest się autonomicznym i w ten sposób zależnym od innego podmiotu niezależnego, z wyjątkiem dziedzin autonomicznych, wyłączonych spod ogólnej reguły zależności, albo w pełni niezależnym, czyli całowładnym i samowładnym. Poza tym konstytucyjny przepis o autonomii oraz wzajemnej niezależności państwa i kościoła, każdego w swoim zakresie, sugeruje, że kościoły traktuje się jak „państwa w państwie”. Literalne brzmienie odpowiedniego przepisu wskazywałoby *prima facie*, że kościelna niezależność odnosi się wyłącznie do „swojej dziedziny”, skoro jednak ustawodawca nie wymienia *expressis verbis* uprawnień należących do owej dziedziny, to znaczy, że „niezależność ta jest w gruncie rzeczy nieograniczona”<sup>24</sup>. Tymczasem żaden podmiot działający na terytorium państwa, a zatem także i związek wyznaniowy, nie może być od niego, tj. państwa, niezależny, gdyż wtedy państwo utraciłoby atrybut suwerenności.

Zastosowana w art. 25 ust. 3 teologiczna konstrukcja odzwierciedlająca dychotomię porządku doczesnego i nadprzyrodzonego zakłada aprioryczne uznanie przez państwo jednej tylko, tj. teologicznej właśnie, wizji świata. Państwo tymczasem w swoich wypowiedziach normatywnych nie może kierować się motywacjami teologicznymi, gdyż nie jest ono w stanie autorytatywnie stwierdzić ich ewentualnej prawdziwości, „powinno więc zachować w tej materii postawę agnostyczną”<sup>25</sup>. Tym bardziej dotyczy to państwa, które *explicite* definiuje siebie jako bezstronne w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych. Proklamowana bezstronność uzyskuje zatem już na samym wstępie wybitnie względny charakter, skoro stosunek państwa do wszystkich działających w nim związków wyznaniowych wyrażony jest za pośrednictwem formuły

<sup>23</sup> R.M. Małajny, *Państwo a Kościół...*, op. cit., s. 79.

<sup>24</sup> J. Szymanek, *Regulacja stosunków państwo–kościół w polskich aktach konstytucyjnych XX wieku*, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 3, s. 42.

<sup>25</sup> R.M. Małajny, *Państwo a Kościół...*, op. cit., s. 80. Paradoksalnie nawet autorzy negujący taką interpretację, więcej nawet, negujący postulat państwa neutralnego światopoglądowo, wskazują, że podstawą prawidłowej realizacji konstytucyjnej formuły niezależności i autonomii państwa i kościoła jest właśnie neutralność światopoglądowa państwa. Piszą oni wręcz, że tylko państwo „neutralne religijnie i światopoglądowo nie może sterować aktywnością religijną, nie reglamentuje jej ani też jej nie blokuje” – W. Góralski, A. Pieńdyk, *Zasada niezależności i autonomii państwa i kościoła w konkordacie polskim z 1993 roku*, Warszawa 2000, s. 15. Dlatego m.in. niektórzy katoliccy teoretycy prawa w okresie PRL wysuwali postulat neutralności światopoglądowej państwa, który miał nadać właściwy kierunek interpretacji konstytucyjnego przepisu przewidującego oddzielenie państwa i kościoła. Neutralność światopoglądowa miała się stać docelowym modelem ułożenia stosunków państwo–kościół. Większość jednak autorów katolickich odnosiła się do tego postulatu sceptycznie. Por. H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000, s. 162, 163. Bardzo często zarzut właśnie neutralności światopoglądowej państwa, a wręcz jego nihilizmu światopoglądowego był przez wielu autorów postrzegany jako główny „grzech” Konstytucji z 1997 r. Por. A. Grześkowiak, *Aksjologia projektu konstytucji RP*, w: J. Krukowski (red.), *Ocena projektu Konstytucji RP*, Lublin 1996, s. 13 i n.; J. Krukowski, *Państwo a kościoły i związki wyznaniowe w projekcie Konstytucji RP*, w: J. Krukowski (red.), op. cit., s. 141 i n.

będącej wytworem doktryny teologicznej jednego z tych związków, nawet wówczas, gdy formuła ta – w opinii większości – stanowi ekwiwalent rozdziału obu podmiotów<sup>26</sup>. Co więcej, użyta w tekście formuła o „niezależności i autonomii” przywodzi nieodparcie na myśl średniowieczną doktrynę papainą, zgodnie z którą obok siebie istnieją dwie władze – świecka i duchowna; przy czym obie w najlepszym razie są równorzędne, nigdy zaś ta pierwsza nie dominuje nad drugą. A przecież kościoły i inne związki wyznaniowe nie są równorzędnym partnerem dla państwa, stąd ich wzajemne stosunki powinny się układać na zasadzie „większego i mniejszego”. Państwo zatem jako „większy” partner musi posiadać kompetencję do regulowania sytuacji prawnej „mniejszego”, czyli związków wyznaniowych, co w żadnym razie nie oznacza oczywiście jakiejś arbitralności.

Użyta w sformułowaniu art. 25 ust. 3 konstrukcja „niezależność” i „autonomia”, mająca w założeniu układać relacje między państwem a związkami wyznaniowymi na zasadach czysto partnerskich<sup>27</sup>, wydaje się zatem nazbyt daleko promować związki wyznaniowe, dając im przywileje, które niekoniecznie powinny być udziałem organizacji konfesyjnych w państwie realizującym koncepcję oddzielenia państwa i kościoła. Partnerski stosunek państwa do związków wyznaniowych jest oczywiście jak najbardziej wskazany, więcej nawet, jest *conditio sine qua non* samego systemu rozdziału, ale musi być urzeczywistniany na zasadzie *pars pro toto*<sup>28</sup>. Dlatego państwo powinno reglamentować sytuację prawną kościołów i innych związków wyznaniowych samodzielnie, choć oczywiście nie dyskrejonalnie, bo to znowu oznaczałoby zakwestionowanie zasady laickości państwa, zasady, która dzisiaj jest już standardem konstytucyjnym<sup>29</sup>.

Uwagi krytyczne odnoszone do formuły słownej, jaką posłużył się ustawodawca konstytucyjny w art. 25 ust. 3, nie zmieniają jednak w niczym faktu, że z przepisu tego jasno wynika zasada rozdziału państwa i kościoła, choć ubrana w teologiczną szatę słowną wywiedzioną z konstytucji *Gaudium et spes*, co powoduje, że zastosowana konstrukcja słowna jest wprawdzie frapująca intelektualnie – i być może teologicznie – lecz prawniczo najzwyczajniej „nieprzydatna”<sup>30</sup>. Dlatego też choć regułą *separationis ecclesiae et status* można wyrażać za pośrednictwem bardzo różnych formuł, to najbardziej precyzyjne pozostaje wyrażenie jej wprost, a nie przy użyciu formuł ekwiwalentnych, zwłaszcza jeśli mogą być one rozbieżnie odkodowywane, lub też innych formuł zastępczych, wymienających na przykład niektóre tylko z szeregu elementów składowych

<sup>26</sup> Por. K. Grzybowski, B. Sobolewska, *Doktryna polityczna i społeczna papieżstwa (1789–1968)*, Warszawa 1971, s. 488, 489.

<sup>27</sup> Por. A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisławski, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2006, s. 74 i n.

<sup>28</sup> Por. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych w Konstytucji III RP (refleksje krytyczne)*, w: R. Tokarczyk, K. Motyka (red.), *Ze standardem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi Włodzisławowi Józefowi Wagnerowi von Igelfgrund z okazji 85-lecia urodzin*, Kraków 2002, s. 296.

<sup>29</sup> Por. np. Z.A. Maciąg, *Zasady i instytucje konstytucyjne we współczesnych państwach rozwiniętego konstytucjonalizmu*, w: P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, Warszawa 1997, s. 59 i n.

<sup>30</sup> Por. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 296.

państwa świeckiego i nakazujących dopiero, niejako w następnej kolejności, wyinferowanie założonego systemu rozdziału<sup>31</sup>.

Składnikami wywiedzionej z art. 25 ust. 3 zasady rozdziału państwa i kościoła są autonomia państwa i kościoła oraz ich wzajemna niezależność, oznaczająca organizacyjną i funkcjonalną odrębność organów i instytucji państwowych i samorządowych od organów i instytucji poszczególnych związków wyznaniowych<sup>32</sup>. Naturalną konsekwencją niezależności jest też nieskuteczność wewnętrznego prawa kościołów i innych związków wyznaniowych na forum publicznoprawnym, z drugiej zaś strony niemożność regulowania przez ustawodawstwo państwowe spraw religijnych i organizacyjnych związków wyznaniowych. Oczywiście wzajemna autonomia i niezależność nie wykluczają współdziałania obu podmiotów, tym bardziej że ustawodawca nakłada wymóg takiego współdziałania dla dobra człowieka i dobra wspólnego.

Trzeba jednak zauważyć, że współdziałanie kościoła i państwa jest pewną oczywistością, tak samo zresztą jak współdziałanie państwa ze wszystkimi innymi organizacjami działającymi na jego obszarze, i przejawem prakseologicznej, a zwłaszcza politycznej poprawności<sup>33</sup>. Stąd też jego umieszczenie w konstytucji nadaje mocno eksponowany status, po pierwsze, samej zasadzie współdziałania, po drugie – i najważniejsze – związkom wyznaniowym, względem których nakaz takiego współdziałania został zadeklarowany, i to zadeklarowany wprost i w dodatku w akcie najwyższego rzędu. Należy też zwrócić uwagę, że termin „współdziałanie” rozmywa, przynajmniej do pewnego stopnia, regułę oddzielenia państwa i kościoła, ewoluując niebezpiecznie w kierunku systemu koordynacji. Dlatego też rzeczą szczególnie ważną jest to, aby przewidziana przez ustawodawcę klauzula współdziałania nie mogła się stać „dogodnym pretekstem do rozmaitych ingerencji *sacrum* w niemal wszystkie dziedziny aktywności *profanum*”<sup>34</sup>, zaprzeczając tym samym proklamowanemu rozdziałowi. Zapowiedziane w konstytucji współdziałanie kojarzone może być przecież także i z ingerencją jednego podmiotu w domenę drugiego, ot chociażby wówczas, kiedy sprowadzane jest do potrzeby „uznawania skutków czynności i działań prawnych dokonanych – w określonym zakresie – na podstawie norm prawa kanonicznego w porządku prawnym polskim”<sup>35</sup>. W ujęciu tym rola państwa jest więc *de facto* sprowadzona do roli *bracchium saeculare*, co ze zrozumiałych względów nie może już być określane współdziałaniem, likwidacji bowiem ulegają partnerskie relacje państwa i kościoła, skoro to pierwsze ma jedynie wspierać działania aparatu kościelnego<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Por. J. Szymanek, *Konstytucyjna regulacja...*, op. cit., s. 37 i n.

<sup>32</sup> Por. M. Pietrzak, *Stosunki państwo–kościół w nowej konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11/12, s. 179.

<sup>33</sup> Por. W. Góralski, *Wstęp do prawa wyznaniowego*, Płock 2003, s. 101.

<sup>34</sup> R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 297.

<sup>35</sup> J. Krukowski, *Konkordat polski. Znaczenie i realizacja*, Lublin 1999, s. 72.

<sup>36</sup> Według Ryszarda M. Małajnego współdziałanie „polega na wspólnej akcji lub wzajemnym wspieraniu się określonych podmiotów”. Inne interpretacje, doszukujące się w konstytucyjnym wskazaniu o „współpracy” państwa i kościoła jakiejś prawnej formy nakładającej na państwo ciężar wspierania działań kościelnych, stanowią ewidentny powrót do średniowiecznej koncepcji państwa jako

Dopełnieniem aplikowanej przez Konstytucję RP zasady rozdziału państwa i kościoła jest światopoglądowa samoidentyfikacja państwa przeprowadzona w art. 25 ust. 2. Zgodnie z nim „władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym”. Jak się wydaje, „bezstronność jest synonimem neutralności światopoglądowej i świeckości państwa”<sup>37</sup>, co w koniunkcji z art. 25 ust. 1 i 3 pozwala uznać polski system prawnej regulacji stosunków państwo–kościół za system rozdziału (oddzielenia) państwa i kościoła. Mimo tej jednoznacznej konstatacji wypada jednak żałować, że ustawodawca konstytucyjny, podobnie jak w zawołowanej postaci wprowadził system rozdziału, tak też i w zawołowanej postaci proklamował ideę neutralności<sup>38</sup>. Tymczasem to właśnie „neutralność” jest terminem powszechnie stosowanym na oznaczenie tej cechy państwa, którą polski ustrójodawca określił mianem „bezstronności”. Znowu więc polska ustawa zasadnicza wyraża treści podobne, jeśli nie analogiczne, do treści zawartych w innych europejskich konstytucjach, tyle tylko, że w warstwie słownej posługuje się synonimami, co poza oryginalnością, czy nawet osobliwością, nie wprowadza jakiegoś istotnego *novum*, lecz jedynie komplikuje proces wykładni konstytucji, który w rezultacie i tak prowadzi do uznania systemu rozdziału, a w jego ramach neutralności światopoglądowej państwa<sup>39</sup>.

Wprowadzenie w miejsce postulowanej „neutralności” zasady „bezstronności” znowu przy tym jest przejawem swoistego „dopasowania” polskiej regulacji konstytucyjnej do postulatów konfesyjnych<sup>40</sup>, a mówiąc ściślej – postulatów zgłaszanych przez przedstawicieli Kościoła katolickiego<sup>41</sup>. Ci ostatni, mimo że w okresie PRL neutralność państwa uznawali za najbardziej pożądaną układ relacji między

świeckiego ramienia kościoła, a „taka *societas leonina* byłaby dla państwa kiepskim interesem” – R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 297. Dodajmy do tego, że taki ewentualny powrót do koncepcji *hracchium saeculare* byłby sprzeczny z zasadą rozdziału państwa i kościoła, która to zasada, mimo swojej osobiwej szaty słownej, jest przecież aplikowana do polskiego porządku konstytucyjnego.

<sup>37</sup> J. Krukowski, *Realizacja konkordatu z 1993 r. w prawie polskim*, „Studia Prawnicze” 1999, nr 3, s. 10; por. też J. Krukowski, *Konstytucyjny system relacji między państwem a Kościołem katolickim oraz innymi kościołami i związkami wyznaniowymi*, w: R. Mojak (red.), *Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej*, Lublin 2000, s. 106 i n.

<sup>38</sup> Por. J. Szymanek, *Bezstronność czy neutralność światopoglądowa państwa. (Uwagi na tle art. 25 ust. 2 Konstytucji RP)*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 5, s. 32 i n.

<sup>39</sup> Słusznie przy tym zaznacza Michał Pietrzak, że „zastępowanie terminów mających w nauce prawa konstytucyjnego i wyznaniowego utrwaloną i jednoznaczną treść pojęciami niejasnymi, dwuznacznymi czy niedookreślonymi” może grozić „chaosem interpretacyjnym i prowadzić, zależnie od opcji religijnych czy światopoglądowych większości Sejmu, rządu bądź Trybunału Konstytucyjnego, do wydawania odmiennych dyrektyw dla aparatu państwowego”. Zob. M. Pietrzak, *Stosunki państwo–kościół...*, op. cit., s. 184.

<sup>40</sup> Por. P. Sobczyk, *Wolność sumienia i religii w art. 53 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, „Prawo Kanoniczne” 2001, nr 3/4, s. 208 i n.

<sup>41</sup> O propozycjach w tym względzie, jak i szerzej całej dyskusji konstytucyjnej, dotyczącej regulacji stosunków wyznaniowych w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. zob. P. Borecki, *Koncepcje stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi w projektach i postulatach konstytucyjnych*, Warszawa 2002; P. Leszczyński, *Zagadnienia wyznaniowe w Konstytucji RP*, Warszawa 2001.

państwem a związkami wyznaniowymi<sup>42</sup>, w okresie późniejszym neutralność światopoglądową traktowali w istocie jako „neutralność stronnictw”. Ich zdaniem neutralność „w postaci pełnego braku zainteresowania powoduje oczywiste faworyzowanie postaw antyreligijnych i staje się formą ingerencji w sprawy religijne. Pełna neutralność światopoglądowa, zwana sekularyzmem, ma tendencję do negowania jakichkolwiek przesłań religijnych i nie proponując żadnych wartości, wywołuje w społeczeństwie skutki destrukcyjne”<sup>43</sup>. Neutralność państwa ze swoim sztandarowym wręcz relatywizmem stawia – w opinii przeciwników neutralności – „mur separacji”<sup>44</sup>, podczas gdy układ stosunków wyznaniowych w państwie powinien sprowadzać się nie do budowania murów, lecz do „przerzucania mostów”, a zatem nie do rozdziału i neutralności, lecz do autonomii, niezależności, współpracy i bezstronności<sup>45</sup>. Dlatego też to właśnie dodatnia aksjologicznie „bezstronność” jako „synonim neutralności”<sup>46</sup> została ostatecznie wprowadzona do art. 25 ust. 2 konstytucji, stając się podstawowym elementem deskrypcji światopoglądowego charakteru państwa, nie zawierając jednocześnie w sobie jakichkolwiek konotacji pejoratywnych.

Warto jednak pamiętać, że oba terminy nie są tak zupełnie i do końca ekwiwalentne. Neutralność oznacza bowiem taką sytuację, w której „dany podmiot w żadnym zakresie nie ingeruje ani nie angażuje się w sprawy innych podmiotów, zachowując wobec nich równy dystans. Bezstronność natomiast jest równoznaczna z taką sytuacją, w której dany podmiot może ingerować lub angażować się w sprawy innych podmiotów, przy zachowaniu obiektywizmu i równego ich traktowania”<sup>47</sup>. Neutralność państwa w kwestiach konfesyjnych pociąga więc za sobą niewdawanie się w sprawy związków wyznaniowych, poza zupełnie incydentalnymi przypadkami, podczas gdy bezstronność takiego ingerowania nie wyklucza. W efekcie organ państwowy, po obiektywnym wysłuchaniu racji związków konfesyjnych toczących spór, może go w sposób autorytatywny i wiążący rozstrzygnąć<sup>48</sup>. Widać z tego najlepiej, że określenie „bezstronność”, mające w założeniu zastąpić nazbyt kontrowersyjny termin „neutralność”, jest mało precyzyjne, a co ważniejsze „może być uważane jedynie za istotny element składowy pojęcia neutralność”<sup>49</sup>, ale nie odpowiada mu całkowicie.

<sup>42</sup> Por. J. Osuchowski, *Stosunki wyznaniowe...*, op. cit., s. 84.

<sup>43</sup> F. Longchamps de Berier, *Przeciw reliktom Oświecenia w prawie wyznaniowym*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 1, s. 73.

<sup>44</sup> Por. R.M. Małajny, „Mur separacji”. *Państwo a kościół w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1992.

<sup>45</sup> Por. F. Longchamps de Berier, op. cit., s. 73.

<sup>46</sup> J. Krukowski, *Realizacja konkordatu...*, op. cit., s. 10.

<sup>47</sup> R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 290.

<sup>48</sup> Por. J. Krukowski, *Państwo a kościoły i związki wyznaniowe...*, op. cit., s. 155, 159, 160. Taka interpretacja pojęcia bezstronności odpowiada koncepcjom wypracowanym w naukach prawnych, w których pojęć neutralności i bezstronności nie traktuje się bynajmniej jako synonimów. Por. Z. Tabor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, w: I. Bogucka, Z. Tabor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 273 i n.

<sup>49</sup> M. Pietrzak, *Stosunki państwo–kościół...*, op. cit., s. 179.

Aby można było uznać w pełni neutralny charakter państwa, normę art. 25 ust. 2 należy interpretować w koniunkcji z art. 53 ust. 7 (prawo do milczenia)<sup>50</sup>. Dopiero bowiem ten artykuł konstytucji nakłada na wszystkie organy i zakłady publiczne obowiązek powstrzymywania się od jakiegokolwiek angażowania się w sprawy religijno-światopoglądowe, po to by zapewnić jednostce swobodę wyboru religii lub światopoglądu oraz postępowania zgodnego z ich nakazami bez równoczesnego nacisku z ich strony. Bezstronność tylko bowiem w połączeniu z indywidualnym prawem do milczenia gwarantuje neutralność państwa i jego organów, gdyż zabrania organom publicznym interesowania się wyznaniem czy światopoglądem obywateli, zgodnie z założeniem, że od kolebki aż po grób państwo nie powinno interesować się przekonaniami swoich obywateli w sprawach religijnych<sup>51</sup>. Z tej między innymi racji przepis art. 25 ust. 2 konstytucji, wprowadzając normę o bezstronności, a nie neutralności państwa, jest przepisem tematycznie zupełnie nieprzystającym do treści rozdziału pierwszego ustawy zasadniczej. Stanowi on bowiem rozwinięcie i zarazem konsekwencję prawa do wolności religijnej i dlatego też powinien znaleźć się w art. 53 konstytucji<sup>52</sup>. Pokazuje to najlepiej, że regulacje wyznaniowe są zawsze wspólne, bo zawsze są względem siebie komplementarne, tzn. wynikające jedno z drugich. Wolność religijna jest więc zawsze jedną wolnością, wolnością religijną *tout court*, mającą co najwyżej dwa zakresy (obszary) swojego oddziaływania, a zatem zakres odnoszony do jednostki i zakres odnoszony do wspólnoty. Prawa kolektywne, czyli prawa związków wyznaniowych, są więc „tylko” funkcją praw indywidualnych, czyli praw jednostki.

Całość regulacji konfesyjnych zamieszczonych w obecnie obowiązującej konstytucji, w tym zwłaszcza przepis art. 25 ust. 2 i 3, pozwala skonstatować, że system, za jakim opowiedział się ustawodawca konstytucyjny, jest systemem rozdziału, czyli oddzielenia państwa i kościoła. Nie przesądza to oczywiście o konkretnym kształcie przewidzianego przez ustawodawcę rozdziału, tj. rozdziału w wersji przyjaznej, rozdziału w wersji neutralnej *sensu stricto*, rozdziału w wersji nieprzyjaznej czy rozdziału „łagodnego”, nadającego państwu pozór państwa gwałt-wyznaniowego, choć niewątpliwie konstytucyjna formuła „niezależności i autonomii” oraz „współdziałania” każe interpretować rozdział państwa i kościoła w jego łagodnej, skoordynowanej postaci<sup>53</sup>.

Niemniej należy zdawać sobie sprawę z tego, że normy określające reguły instytucjonalnych relacji państwa i kościoła *per se ipse* nie kształtują jeszcze ani w sposób pełny, ani też zupełny modelu ładu wyznaniowego w państwie. Model ten musi bowiem w pierwszym rzędzie określić minimum wyznaniowych, czy mówiąc jeszcze szerzej – światopoglądowych praw jednostki. Relacja polegająca na rozdzieleniu sfery *sacrum* i *profanum* albo, w ujęciu konstytucyjnym, na

<sup>50</sup> Por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe...*, op. cit., s. 262.

<sup>51</sup> M. Pietrzak, *Stosunki państwo–kościół...*, op. cit., s. 179.

<sup>52</sup> Por. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 293.

<sup>53</sup> Z tym jednak, że należy zdawać sobie sprawę z tego, że jest to zawsze jedynie pewien model teoretyczny, hipotetyczny, gdyż zakodowany w konstytucji, co oznacza, że dopiero w praktyce może on być odpowiednio zweryfikowany, czyli potwierdzony, albo zakwestionowany.

przyjęciu założenia o wzajemnej autonomii i niezależności państwa i kościoła, uzupełniona dodatkowo o postulat bezstronności światopoglądowej władz publicznych, będzie bowiem dopiero wtedy zapewniona, kiedy jednostce zagwarantuje się komfort niczym nieskrępowanej wolności sumienia i wyznania.

### III. WOLNOŚĆ SUMIENIA I WYZNANIA W UJĘCIU INDYWIDUALNYM

Zasada rozdziału państwa i kościoła, wyprowadzona z całokształtu norm zakodowanych w art. 25 konstytucji, nie wyczerpuje przedmiotu konstytucyjnej materii wyznaniowej. Przepisy art. 25, poza ust. 2 tego artykułu, odnoszą się bowiem jedynie do instytucjonalnego, czyli kolektywnego wymiaru wolności religijnej. Tymczasem normy czysto instytucjonalne, regulujące wolność sumienia i wyznania w ujęciu kolektywnym, mają – jak to już zostało powiedziane – charakter wyraźnie drugoplanowy względem tych norm, które wyznaczają sytuację wyznaniową jednostki. Świecki bądź wyznaniowy charakter państwa przejawia się bowiem nie tyle w przyjętych regułach stosunków państwowo-kościelnych, ale przede wszystkim w tych normach, które gwarantują (bądź nie) indywidualną wolność myśli, sumienia, religii i przekonań. Z tego punktu widzenia kluczowe znaczenie ma art. 53 konstytucji, normujący w sposób kompleksowy jednostkową wolność sumienia i wyznania. Regulacja kompleksowa nie oznacza jednak w żadnym razie regulacji zadowalającej. Jeśli mamy zastrzeżenia do szaty słownej artykułu 25 konstytucji, zwłaszcza zaś do ust. 2 i 3 tego artykułu, to tym bardziej zastrzeżenia takie muszą budzić sformułowania użyte w przepisach art. 53 konstytucji.

Problematyka indywidualnej wolności sumienia i wyznania została bowiem potraktowana przez ustrójodawcę „bez należytej rozwagi, i to zarówno w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym”<sup>54</sup>. Przepis art. 53 w ust. 1 zadekretował każdemu „wolność sumienia i religii”. Autor ustawy zasadniczej zerwał w tym miejscu z tradycyjną terminologią polską łączącą wolność sumienia z wolnością wyznania<sup>55</sup>. W ten sposób gwarancją wolnościową zostały objęte jedynie sumienie oraz religia, które to terminy nie wyczerpują – jak się wydaje – istoty regulacji przeprowadzonej, a w każdym razie mającej być przeprowadzoną, w art. 53 ust. 1<sup>56</sup>. Rękojmnią wolności nie objęto bowiem znacznie szerszej kategorii, mianowicie wyznania czy – jeszcze szerzej – przekonań, co może dawać podstawy do uznania, że państwo poręcza jedynie wolność religii, ale już nie światopoglądów, czyli myśli i przekonań, które nie mają religijnego charakteru<sup>57</sup>. Tymczasem wolność z art. 53 ust. 1 powinna mieć możliwie jak najszerszy zakres przedmiotowy, stąd też powinna zostać odniesiona nie tylko do sumienia i religii,

<sup>54</sup> M. Pietrzak, *Stosunki państwo–kościół...*, op. cit., s. 181.

<sup>55</sup> Por. M. Winiarczyk-Kossakowska, op. cit., s. 23 i n.

<sup>56</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Pietrzak, *Wolność sumienia i wyznania w RP (regulacje prawne i praktyka)*, w: B. Oliwa-Radzikowska (red.), *Obywatel. Jego wolności i prawa*, Warszawa 1998, s. 157 i n.

<sup>57</sup> Por. J. Boć, op. cit., s. 104.

ale przede wszystkim do wyznania, albo nawet i przekonań<sup>58</sup>. Mankament ten uwidacznia się jeszcze mocniej w ust. 2 art. 53, który wydaje się stanowić legalną definicję wolności religijnej, obejmującej, w myśl tego przepisu, „wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie”, a także „posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo [tych] osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują”. Literalnie rzecz biorąc, wolność religii – obok wolności sumienia – oznacza zatem „jedynie wolność uzewnętrzniania zachowań, postaw i poglądów religijnych”<sup>59</sup>. Rozumiejąc zatem ściśle przytoczone przepisy, ekspresja postaw i przekonań areligijnych, nie mówiąc już o antyreligijnych, nie jest objęta konstytucyjną klauzulą wolności, co stoi w ewidentnej sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego, *ergo* państwa pluralistycznego. W rezultacie w przepisach art. 53 ust. 1 i ust. 2 mamy do czynienia z wyraźnym faworyzowaniem wolności wierzących, co kłóci się chociażby – ale przecież nie tylko i nie wyłącznie – z zasadą bezstronności państwa w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, przy jednoczesnym zapewnieniu ze strony państwa swobody ich wyrażania w życiu publicznym (por. art. 25 ust. 2 konstytucji). Można się tu zastanawiać, czy ustawodawca konstytucyjny nie zaprzeczył przypadkiem sam sobie, istotnie limitując wolność sumienia i wyznania, w jednym przepisie ujmując ją stosunkowo szeroko<sup>60</sup>, w drugim zaś wyraźnie ją zawężając i obejmując prawną gwarancją wolność wyznawania, prezentowania i uzewnętrzniania poglądów wyłącznie o charakterze religijnym. W efekcie sformułowania art. 53 konstytucji, zwłaszcza w ust. 2 i 3, nadają „zasadzie równouprawnienia wierzących i niewierzących iluzoryczny charakter”<sup>61</sup>.

Brak jednolitości terminologicznej jest jednak tym większy, że ustawodawca w tym samym art. 53 posługuje się jeszcze i innymi określeniami. W ten sposób obok „wolności sumienia i religii” (ust. 1) mamy też wolność przekonań (ust. 3), a także „wolność światopoglądu” (ust. 7) czy „wolność przekonań religijnych lub wyznania” (ust. 7). W tym ostatnim przypadku można się znowu zastanawiać, dlaczego wolność została tutaj wyraźnie odniesiona do przekonań religijnych, a nie przekonań *tout court*, bo przecież o taką (chyba?) wolność ustawodawcy chodziło. Zamiast tego konstytucja posługuje się zbitką pojęciową w postaci „wolności przekonań religijnych lub wyznania”, przy czym użycie spójnika „lub” wydaje się zupełnie nieuprawnione, bo czymże jest wyznanie,

<sup>58</sup> Na temat różnic występujących między tymi terminami zob. szerzej A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 114.

<sup>59</sup> R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 301.

<sup>60</sup> Można się nawet zastanawiać, czy bezstronność państwa nie tylko odnośnie do światopoglądu ale również poglądów filozoficznych i religijnych nie jest w przepisie art. 25 ust. 2 konstytucji ujęta nadmiernie. Zupełnie niepotrzebnie bowiem – jak się wydaje – ustrojodawca rozciągnął pojęcie bezstronności na poglądy religijne i filozoficzne, skoro najszerszym pojęciem, obejmującym swoim zakresem wszystkie pozostałe, jest pojęcie światopoglądu. Por. J. Szymanek, *Bezstronność...*, op. cit., s. 36, 37.

<sup>61</sup> Por. M. Pietrzak, *Stosunkipañstwo–kościół...*, op. cit., s. 182.

jeśli nie określonym przekonaniem religijnym? Warto też zaznaczyć, że odrębny art. 48 dotyczący praw dzieci przyznaje im „wolność sumienia i wyznania” oraz wolność „przekonań”. Trudno doprawdy „dociec, dlaczego w konstytucji występuje tak szeroki rozrzut terminów określających tę samą wolność”<sup>62</sup>. Można się tylko „domyślać, że zastępując wolność wyznania mniej pojemną wolnością religii, chciano pozyskać poparcie Kościoła katolickiego dla konstytucji”<sup>63</sup>. Taki koniunkturalizm nie wyszedł jednak ustawie zasadniczej na dobre, bo jeśli nawet przyjąć, że są to synonimy<sup>64</sup>, to używanie synonimów jest zaletą co najwyżej tekstów prawniczych, ale już nie prawnych. Maniera wprowadzania do tekstu konstytucji zróżnicowanych terminów, nie zawsze i niekoniecznie znaczących przecież to samo, może wszak doprowadzić do poważnych rozbieżności interpretacyjnych. Niezależnie od tego świadczy też nie najlepiej o staranności, jak i konsekwencji twórców konstytucji.

Autorzy konstytucji dorzucili jednak terminy nie tylko bardziej pojemne czy elastyczne, ale również tradycyjne, utrwalone w aktach prawnych oraz – co równie istotne – w powszechnym odbiorze, a tym samym mające ustaloną wykładnię<sup>65</sup>. Konstytucja marcowa z 1921 r., jak i lipcowa z 1952 r. operowały pojęciem „wolność sumienia i wyznania”. Podobnie w umowach międzynarodowych ratyfikowanych przez Polskę przeważa zwrot gwarantujący „wolność myśli, sumienia i wyznania”. Dotyczy to m.in. Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. i Paktu Praw Cywilnych i Politycznych z 1966 r. uchwalonych przez ONZ, Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. oraz Aktu Końcowego KBWE z 1975 r. W terminologii międzynarodowej pojęciem zastanym, zaakceptowanym i obowiązującym jest więc pojęcie „wolności sumienia i wyznania” (*freedom of religion and beliefs*, względnie *la liberte confessionnelle*). Warto przy tym wskazać, że czasami zwrot o wolności wyznania (*freedom of beliefs*) – co ciekawe, w nomenklaturze francuskiej jedyny (*la liberte confessionnelle*) – jest tłumaczony nie tylko i nie przede wszystkim jako wolność samego wyznania, ale szerzej jako wolność przekonań<sup>66</sup>.

Niewątpliwie przy tym posługiwanie się zwrotem „wolność wyznania”, a jeszcze lepiej „wolność przekonań”, oznacza „poszerzenie prawa jedynie do wolności religijnej o prawo do przekonań innych niż religijne”<sup>67</sup>, co odpowiada obecnie występującej tendencji do jak najszerzego zagwarantowania jednostce jej podstawowych praw i wolności<sup>68</sup>. Szkoda tylko, że tej tendencji nie uległ polski ustrojodawca, wprowadzając do ustawy zasadniczej zwrot, który musi być odczytany jako wyraźny regres w stosunku do możliwie szerokiego ujmowania

<sup>62</sup> M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 281.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Por. np. J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona wolności sumienia i religii*, w: L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 159 i n.

<sup>65</sup> Por. M. Winiarczyk-Kossakowska, op. cit., s. 37 i n.

<sup>66</sup> Por. A. Łopatka, *Jednostka...*, op. cit., s. 114.

<sup>67</sup> J. Osuchowski, *Stosunki wyznaniowe...*, op. cit., s. 20.

<sup>68</sup> Szerzej na ten temat zob. np. Z. Resich, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Warszawa 1981, s. 142 i n.

wolności wyznania (przekonań), z jakim mamy dzisiaj do czynienia zarówno w aktach prawa międzynarodowego, jak i poszczególnych krajowych porządkach prawnych<sup>69</sup>.

Dlatego też użycie przez współczesnego ustawodawcę konstytucyjnego terminu „wolność religii”, pokazujące wyraźnie chęć odcięcia się od terminologii zastanej, może sugerować, że „w punkcie wyjścia analiz za przedmiot wolności uznaje się nie jednostkę, ale religię pojętą jako pewna rzeczywistość społeczna czy kulturowa”<sup>70</sup>, co zresztą potwierdzają najlepiej te wszystkie opinie, które za synonim „wolności sumienia i religii” uznają wyrażenie gwarantujące jedynie „wolność kościoła”<sup>71</sup>. W przeciwieństwie do wolności religii wolność sumienia i wyznania to zarówno terminy, jak i odpowiadające im pojęcia o bogatej treści, obejmującej wszystkie podstawowe aspekty wolności religijnej, walentne z punktu widzenia relacji prawnych<sup>72</sup>. Co gorsza, ustawodawca w art. 53 ust. 2 zdecydował się zdefiniować wolność religii, zawężając ją do wolności wyboru i praktykowania religii<sup>73</sup>. Takie ujęcie tej wolności różni się na niekorzyść od postanowień międzynarodowych, które przez prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania rozumieją wolność posiadania, przyjmowania lub zmiany przekonań przy jednoczesnym prawie do uzewnętrzniania swoich przekonań, podczas gdy konstytucja RP wolnością religijną obejmuje tylko wolność wyznawania, przyjmowania i uzewnętrzniania religii, czyli mówiąc krótko wolność wierzących. Raz jeszcze nasuwa się w związku z tym pytanie, czy z wolności poręczonej w art. 53 mogą korzystać osoby niewierzące, bo jeśli nie – a tak należałoby odczytać literalnie ten artykuł – to obecna regulacja konstytucyjna musi być jednoznacznie oceniona jako anachronizm, zupełnie nieprzystający do dzisiejszego, niekwestionowanego przecież standardu, jakim jest wolność myśli, sumienia, wyznania i przekonań<sup>74</sup>. Agnostycy i ateści nie są bowiem objęci pakietem praw ochronnych zawartym w art. 53 konstytucji<sup>75</sup> i chcąc prezentować swoje poglądy oraz postawy muszą – przy ściśle dogmatycznej interpretacji art. 53 – powoływać się albo na zasadę równości (art. 32 ust. 1 konstytucji), albo na zakaz dyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny”, zawarty w przepisie art. 32 ust. 2 konstytucji, albo wreszcie na ogólne prawo do wolności „wyrażania poglądów” z art. 54 konstytucji.

<sup>69</sup> Por. E. Schwierskott, *Gwarancje wolności sumienia w systemach prawnych Polski i Niemiec*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 6, s. 55 i n.

<sup>70</sup> K. Pyclik, *Wolność sumienia i wyznania w Rzeczypospolitej Polskiej (założenia filozoficzno-prawne)*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 458.

<sup>71</sup> H. Misztal, *Polskie prawo wyznaniowe*, Lublin 1996, s. 46.

<sup>72</sup> Por. M. Piechowiak, *Wolność religijna. Aspekty filozoficzno-prawne*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1996, nr 3, s. 11.

<sup>73</sup> Por. M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo...*, op. cit., s. 270.

<sup>74</sup> Szerzej na temat wolności sumienia i wyznania i jej ewolucji zob. J. Osuchowski, *Prawno-teoretyczne problemy ochrony wolności sumienia i wyznania*, w: A. Czohara, B. Górowska, M. Nadolski, J. Osuchowski, *Dylematy wolności sumienia i wyznania w państwach współczesnych*, Warszawa 1996, s. 11 i n.

<sup>75</sup> Por. K. Pyclik, *Postmodernistyczne/poststrukturalistyczne założenia wolności sumienia i wyznania*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. LIV, s. 229.

Art. 53 w ust. 2, obok samego zdefiniowania ram przedmiotowych wolności religii, wzbudza szereg innych jeszcze zastrzeżeń. *Prima facie* awersję musi wywołać choćby wyjątkowa kazuistyka tego przepisu<sup>76</sup>. W zdaniu pierwszym ust. 2 art. 53 brzmi „wolność religii obejmuje...”, po czym następuje enumeratywne wyliczenie tego, co ustawodawca rozumie przez rzeczoną wolność. Zastosowanie w tym przepisie klauzuli enumeratywnej już samo w sobie jest nadużyciem, wynikałoby bowiem z niego, że wyłącza on te elementy albo aspekty wolności religii, które nie zostały *eo nomine* wskazane. Za takim argumentem przemawia chociażby wyjątkowo rozbudowana postać przepisu, sugerująca pełną charakterystykę wolności religii, co w efekcie może spowodować, że organy państwa mogą nie respektować tych przejawów swobody ekspresji religijnej, które nie zostały taksatywnie wyliczone w konstytucji. Chcąc zatem uniknąć takiego niebezpieczeństwa, nie jedynego zresztą, bo katalog atrybutów wolności religijnej z art. 53 ust. 2 konstytucji wcale nie jest ani pełny, ani skończony, należało dookreślić, że chodzi jedynie o wyliczenie przykładowe, w żadnym razie nie zamknięte, np. poprzez wskazanie, że wolność religijna obejmuje „w szczególności”, „zwłaszcza” lub „między innymi”<sup>77</sup>. W przeciwnym wypadku przejawy wolności religijnej, które nie znalazły się w treści art. 53 ust. 2, nie są już objęte konstytucyjną gwarancją, a to oznacza, że „poszanowanie niewymienionych elementów wolności religii będzie musiało ustąpić w razie konfliktu z innymi dobrami *explicite* wymienionymi w przepisach konstytucji, a niekiedy i w ustawodawstwie zwykłym”<sup>78</sup>. Tymczasem w nader rozbudowanej, mocno kazuistycznej części ust. 2 art. 53, określającej, co obejmuje wolność religii, zabrakło tak ważnego, wręcz kluczowego elementu, jakim jest wolność zakładania związków wyznaniowych. W konsekwencji polska konstytucja gwarantuje indywidualną wolność religii (art. 53 ust. 1), gwarantuje też równouprawnienie kościołów i innych związków wyznaniowych (art. 25 ust. 1), ale nigdzie nie gwarantuje *expressis verbis* prawa do zakładania odpowiednich zrzeseń czy wspólnot religijnych<sup>79</sup>. Tymczasem – jak to już zostało wskazane – od wymiaru wewnętrznego religii, identyfikowanego z indywidualną wolnością sumienia i wyznania, nie można oddzielić tworzenia instytucjonalnego wymiaru życia konfesyjnego. Jest to integralny i specyficzny element wolności religii, nie sprowadzalny do jednego z aspektów wolności zrzeszania się<sup>80</sup>. Z tego punktu widzenia w art. 53 istnieje dość poważna luka, która *per se ipse* nie pozwala uznać listy atrybutów wolności

<sup>76</sup> Por. A. Redelbach, *Natura praw człowieka. Strasburskie standardy ich ochrony*, Toruń 2001, s. 236.

<sup>77</sup> Por. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 302.

<sup>78</sup> K. Pyclik, *Postmodernistyczne...*, op. cit., s. 229.

<sup>79</sup> Uprawnienie to, zapisane w warstwie słownej jako możliwość „tworzenia wspólnot religijnych”, znajduje się w art. 2 pkt 1 ustawy z 17 maja 1989 r. o gwarancjach wolności sumienia i wyznania (Dz.U. z 2000 r. Nr 26, poz. 319). Wydaje się jednak, iż jako kluczowe dla prawidłowej realizacji wolności sumienia i wyznania powinno być również wymienione wprost w przepisach konstytucyjnych, zwłaszcza wówczas, gdy przepisy te wymieniają szereg innych przejawów wolności religijnej.

<sup>80</sup> Wolność zrzeszania się jest poręczona w art. 58 konstytucji. Swobody tworzenia związków wyznaniowych nie można jednak sprowadzić do ogólnej klauzuli wolności zrzeszania, stąd prawo do zakładania organizacji konfesyjnych powinno być osobno utytułowane w przepisach konstytucyjnych.

religijnej zawartej w ust. 2 tego artykułu za listę zamkniętą. Jeśli bowiem byłoby inaczej, to cały ust. 2 art. 53 straciłby rację bytu, same bowiem „najlepsze nawet regulacje dotyczące relacji między instytucjami nie na wiele się zdadzą, jeśli nie zabezpieczy się tego, co jest racją istnienia tych instytucji”<sup>81</sup>.

Redakcja art. 53 w ust. 2 nasuwa jeszcze i inne uwagi krytyczne. Otóż wątpliwości – i to zasadniczej natury – musi budzić sam fakt, że ustawodawca podjął w tym przepisie trud przedmiotowego zakreslenia granic wolności. Trud taki jest najzupełniej zbędny, ponieważ zasadą jest wolność jednostki, a jej ograniczenia przez państwo są w każdej sytuacji wyjątkiem<sup>82</sup>. Zamiast więc tworzenia dość sztucznej przeciwieństwa i zawsze niepełnej listy przejawów wolności religii (choć w rzeczywistości nie tyle religii, ile wyznania<sup>83</sup>), autor ustawy zasadniczej powinien poprzestać na klauzuli generalnej poręczającej wolność religii jako taką, bez wskazywania – nawet przykładowego – katalogu elementów obejmujących ową wolność. W przeciwnym razie zaproponowane przez ustrójodawcę wyliczenie będzie miało charakter co najwyżej przykładowy, a zatem także i nieskończony. Co gorsza, formuła egzemplifikacji uprawnień przysługujących jednostce w zakresie wolności religijnej jest – siłą rzeczy – wybitnie jednostronna, autorytatywna. Potwierdza to zresztą zestaw elementów, które z woli ustawodawcy konstytucyjnego obejmują wolność religii. Zestaw ten wskazuje aż nadto wyraźnie, że technika enumeracji ogranicza wolność sumienia jedynie do wolności religijnej, a jeszcze ściślej wolności ludzi wierzących, co narusza ewidentnie samą istotę wolności sumienia i wyznania.

Już zupełnie *toutes proportions gardees* warto wskazać, że sposób gwarantowania jakiejkolwiek wolności, polegający na wyczerpującym wskazaniu, na czym ona polega, jest charakterystyczny dla koncepcji państwa i prawa, w której za źródło praw i wolności jednostki uważa się państwo. Wolność nie jest wówczas traktowana jako coś zastanego, przyrodzonego, coś, co należy chronić, ale jest w zasadzie konstytuowana czy też przyznawana przez prawo wykreowane przez państwo. Tymczasem „wolność i prawa człowieka i obywatela to sfera wolna od ingerencji władzy, co oznacza, że również ich formy przejawiania się są niezdeterminowane przyzwoleniem władzy”<sup>84</sup>. Dlatego definiowanie wolności przez enumeratywne wyliczenie jej atrybutów może prowadzić nie tylko do ograniczenia tej wolności, i to już w samym przepisie wprowadzającym daną wolność, ale także – jeśli nie przede wszystkim – prowadzi nieuchronnie do preponderancji państwa. Technika taka w sposób aż nadto emblematyczny pokazuje jednak autorytatywność i dyskreccjonalność samego państwa wyposażającego swoich obywateli w określonego rodzaju prawa i wolności. Państwo – przy takiej konstrukcji wolności – byłoby kreatorem wolności, które przydzielać by mogło

<sup>81</sup> K. Pyclik, *Postmodernistyczne...*, op. cit., s. 228.

<sup>82</sup> Por. M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności. Granice władzy*, w: B. Oliwa-Radzikowska (red.), op. cit., s. 47, 48.

<sup>83</sup> Albo, co byłoby odzwierciedleniem terminologii zawartej w dokumentach Soboru Watykańskiego II, „wolności w sprawach religijnych” (*libertas in religiosa*). Por. M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo...*, op. cit., s. 283.

<sup>84</sup> K. Pyclik, *Wolność sumienia...*, op. cit., s. 459.

według własnego uznania, podczas gdy w rzeczywistości wolności te są ludziom przyrodzone i niezbywalne, państwo zaś jedynie proklamuje, że będzie je respektować<sup>85</sup>. Dlatego też zastosowana w obecnie obowiązującej ustawie zasadniczej technika taksatywnego określenia przejawów wolności religii musi być uznana za ewidentny przejaw kolektywistycznego podejścia do praw i wolności jednostki<sup>86</sup>. Takie podejście musi zaś być ocenione jako na wskroś anachroniczne, a w dodatku być może nawet *ab initio* niekonstytucyjne. Czy bowiem państwo, które samo siebie definiuje w kategoriach państwa demokratycznego, prawnego, pluralistycznego, respektującego zasadę społeczeństwa obywatelskiego, a za podstawę wszelkich praw i swobód jednostki uznaje zasadę równości, wolności i godności ludzkiej, może w ogóle opowiadać się za kolektywistyczną wizją wolności religijnej? Mamy tu chyba wyraźny dysonans konstytucyjny<sup>87</sup>. Z jednej wszak strony część praw i wolności ma wybitnie indywidualistyczny rodowód, z drugiej jednak fundamentalna wolność sumienia i wyznania (religii) ma u swych źródeł koncepcje typowo kolektywistyczne. Eklektyzm aksjologiczny konstytucji, tak bardzo widoczny w sformułowaniach preambuły oraz w postanowieniach rozdziału pierwszego konstytucji, w największym chyba zakresie uzewnętrznia się właśnie w zakresie praw i wolności jednostki, które – na poziomie ustawy zasadniczej – mają wyraźnie niespójne źródła inspiracji.

Ochrona wolności religii zadekretowanej w art. 53 ust. 1 konstytucji w aspekcie negatywnym polega na zapewnieniu każdemu człowiekowi<sup>88</sup> wolności od przymusu w uzewnętrznianiu lub nieuzewnętrznianiu przekonań religijnych (znowu pojawia się pytanie dlaczego religijnych, a nie przekonań *tout court*), o czym *expressis verbis* postanawia art. 53 ust. 6, oraz w tzw. „prawie do milczenia”, przewidzianym przez art. 53 ust. 7 konstytucji. Zwłaszcza ten ostatni ustęp, zgodnie z którym „nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania”, poręcza – szczególnie w koniunkcji z art. 25 ust. 2 konstytucji – bezstronny pod względem światopoglądowym charakter państwa<sup>89</sup>. Dopiero bowiem ten artykuł nakłada na wszystkie organy i zakłady publiczne obowiązek powstrzymywania

<sup>85</sup> Por. np. R. Graczyk, *Konstytucja dla Polski. Tradycje, doświadczenia, spory*, Kraków 1997, s. 164, 165.

<sup>86</sup> Przede wszystkim dlatego, że wyliczenie takie ma przecież z góry charakter jednostronny, niejako „nadany”, a więc z definicji trudny do pogodzenia z samym pojęciem wolności. Por. M. Pietrzak, *Konstytucyjne podstawy...*, op. cit., s. 177, 178.

<sup>87</sup> Dlatego można chyba powiedzieć, że „we współczesnym polskim konstytucjonalizmie ścierają się dwie tendencje. Pierwsza polega na regulowaniu stosunków według nowoczesnych zasad demokracji europejskiej”, natomiast druga jest z nią wyraźnie sprzeczna, przy czym obie te tendencje uwiadcniają się szczególnie mocno właśnie w obszarze regulacji wyznaniowych. Por. M. Gulczyński, *Konstytucjonalizacja nowego ładu społecznego w Polsce*, w: W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Warszawa 1998, s. 247, 248.

<sup>88</sup> Na podkreślenie zasługuje fakt, że określając podmiotowy zasięg wolności sumienia i wyznania, przepisy konstytucyjne posługują się najszerszymi z możliwych określeniami, takimi jak „każdy” lub „nikt”. Por. np. J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona...*, op. cit., s. 160, 161. Warto jednak zwrócić uwagę, że obok tak wskazanych podmiotów korzystających z wolności sumienia i wyznania, konstytucja za podmioty takie uznaje również „rodziców” i „dzieci”.

<sup>89</sup> Por. J. Szymanek, *Bezstronność...*, op. cit., s. 46.

się od jakiegokolwiek angażowania się w sprawy religijno-światopoglądowe, po to by zapewnić jednostce swobodę wyboru religii lub światopoglądu oraz postępowania zgodnego z ich nakazami bez równoczesnego nacisku z ich strony. Bezstronność tylko bowiem w połączeniu z indywidualnym prawem do milczenia gwarantuje neutralność państwa i jego organów, gdyż zabrania organom publicznym interesowania się wyznaniem czy światopoglądem obywateli<sup>90</sup>.

Oczywiście ochrona wolności uzewnętrzniania przez każdego swych przekonań religijnych, choć w rzeczywistości nie tylko takich, ale przekonań „w ogóle”, wchodzi w zakres także i innych konstytucyjnych gwarancji wolnościowych, takich jak wolność słowa (art. 54 konstytucji), wolność organizowania pokojowych zgromadzeń (art. 57) czy wolność zrzeszania się (art. 58)<sup>91</sup>. Artykuły te, przez to że „dotykają” problematyki wyznaniowej, stanowią normy odnoszące się do dziedziny konfesyjnej pojmowanej *sensu largo*, a w jej ramach do wolności religijnej, stanowiącej z pewnością *clou* konstytucyjnej materii wyznaniowej. Oczywiście względem materii wyznaniowej traktowanej w dosłownym tego słowa znaczeniu, a zatem względem przepisów zawartych w art. 25 oraz 53, mają one już charakter wyrażnie wtórny, drugoplanowy. Ponieważ jednak określają one *en général* sytuację wyznaniową, czy jeszcze szerzej światopoglądową, jednostki, nie mogą być pomijane, gdyż z woli ustawodawcy kształtują model praw człowieka i obywatela nakreślony przez przepisy ustawy zasadniczej. Jest przy tym rzeczą niekwestionowaną, że integralną częścią takiego modelu, jego najważniejszym substratem, a już na pewno jednym z najważniejszych, są te normy, które definiują wolność sumienia i wyznania, zarówno tę czysto indywidualną, jak i tę ukierunkowaną na kościoły i inne związki wyznaniowe, czyli wolność kolektywną.

Przyznana, a właściwie uznana, potwierdzona i zaakceptowana przez państwo, wolność sumienia i wyznania nie jest nigdy prawem absolutnym. Wolność ta podlega, podobnie jak i inne prawa i wolności, pewnym ograniczeniom. Warto jednak zwrócić uwagę, że wolność sumienia i wyznania, jeśli już może być ograniczona, to tylko w jednym przejawie, mianowicie uzewnętrznianiu przekonań w sprawach religijnych. Nie cała więc wolność myśli, sumienia, wyznania i przekonań może być limitowana przez państwo. Ograniczeniom może jedynie podlegać – zgodnie z dyspozycją art. 53 ust. 5 konstytucji – tylko jeden z segmentów składających się na szeroko pojętą wolność religijną. Przy czym artykuł ten nie przesądza jednoznacznie, czy uzewnętrznianie jest rozumiane jednostkowo, indywidualnie czy też może kolektywnie w ramach związku wyznaniowego. Uznać zatem wypada, że potencjalna możliwość ograniczenia uzewnętrzniania wolności sumienia i religii odnosi się zarówno do jednostki, jak i podmiotów zbiorowych w postaci kościołów i innych związków konfesyjnych. Jest bezsporne, że w ustalaniu ewentualnych ograniczeń należy się troszczyć, aby nie doszło do dyskryminacji z powodu prezentowanych przekonań, stąd też i ograniczenia takie nie mogą być arbitralne, a jeśli już są wprowadzone, to powinny mieć prze-

<sup>90</sup> M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo...*, op. cit., s. 267, 268.

<sup>91</sup> Por. J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona...*, op. cit., s. 165.

konywające uzasadnienie merytoryczne<sup>92</sup>. Wreszcie, o czym postanawia generalna norma z art. 31 ust. 3 konstytucji, ograniczenia takie „mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób”. Niezależnie jednak od każdorazowych przyczyn ograniczenia praw i wolności, a także celów, jakie to ograniczenie ma przynieść, żadne ograniczenie nie może „naruszać istoty wolności i praw” (art. 31 ust. 3 konstytucji). Ta norma prewencyjna w największym chyba stopniu podkreśla ekstrapordynaryjność każdego ograniczenia praw i wolności o randze konstytucyjnej, wskazując, że normą generalną, czy też regułą podstawową, jest zawsze wolność, jakkolwiek zaś przejaw jej ograniczenia jest wyjątkiem, który powinien być restrykcyjnie, czyli jak najbardziej zawężająco interpretowany. Koncepcja istoty zaś, która w żadnym razie nie może zostać naruszona przez jakiekolwiek ograniczenie, oznacza, że ustawodawca, decydując się na ograniczenie jakiejś wolności czy prawa, jest krępowany nie tylko względami formalnymi (wymóg ustawy) oraz materialnymi (wymóg ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3), ale także merytorycznymi, co oznacza, że nie może ograniczyć (naruszyć) pewnych elementów podstawowych, „bez których takie prawo czy wolność w ogóle nie będzie mogła istnieć”<sup>93</sup>.

W efekcie swoboda ustawodawcy w zakresie ograniczania praw i wolności jest już programowo, na samym wstępie mocno limitowana przez art. 31 ust. 3 konstytucji<sup>94</sup>. W obszarze wolności sumienia i wyznania swoboda ta jest jeszcze bardziej zawężona, po pierwsze dlatego, że przepis art. 53 ust. 5 stanowi powtórzenie normy art. 31 ust. 3, co wskazuje na szczególną wagę, jaką twórca konstytucji przywiązuje do wolności religijnej, po drugie i najważniejsze, dlatego że art. 53 w ust. 3 zawęża jeszcze bardziej materialne przesłanki dopuszczalnego ograniczenia tej wolności, eliminując z listy możliwych przyczyn takiego ograniczenia – ze zrozumiałych zresztą względów – argument „ochrony środowiska”. W rezultacie wolność uzewnętrzniania religii może być 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. Artykuł ten w pełni zatem chroni przed arbitralnością w ograniczaniu wolności sumienia i wyznania. Znowu jednak – podobnie jak i wcześniejsze ustępy art. 53 – nie jest on wolny od pewnych mankamentów. Jednym z nich jest to, że ustęp ten, mówiąc o ograniczeniu wolności, odnosi to do wolności uzewnętrzniania religii, a nie do wolności uzewnętrzniania poglądów religijnych, a jeszcze lepiej światopoglądu. Samo uzewnętrznianie religii można przecież sprowadzić – zapewne wbrew intencjom ustawodawcy konstytucyjnego – do uzewnętrzniania

<sup>92</sup> Por. M. Pietrzak, *Demokratyczne, świeckie państwo...*, op. cit., s. 270.

<sup>93</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 105.

<sup>94</sup> Szerzej na ten temat zob. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10, s. 5 i n.; A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, w: B. Banaszak, A. Preisner (red.), op. cit., s. 693 i n.

praktyk i obrzędów religijnych<sup>95</sup>. Interpretacji takiej sprzyja art. 53 ust. 2 ustawy zasadniczej, który przez uzewnętrznianie religii, niezależnie od tego czy dokonywane indywidualnie czy też zbiorowo, rozumie: uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie, nauczanie religii, posiadanie świątyń i innych miejsc kultu i wreszcie korzystanie z pomocy religijnej przez osoby wierzące<sup>96</sup>. Wydaje się, że sensem przepisu dopuszczającego jako wyjątek możliwość ograniczenia wolności nie było (a w każdym razie nie tylko i nie przede wszystkim) ograniczenie kultu, modlitwy czy np. praktykowania religii, a więc nie ograniczenie wolności religii jako takiej, ale ograniczenie wolności prezentowania, a zatem uzewnętrzniania w jakiegokolwiek formie przekonań religijnych<sup>97</sup>. Dyspozycję art. 53 ust. 5 należy zatem „oderwać” od art. 53 ust. 2, który wylicza przejawy wolności religii, w innym przypadku bowiem *ratio legis* ust. 5 zostanie w zasadzie podważony. Potwierdza to po raz kolejny, że cały wysiłek stworzenia konstytucyjnego katalogu wolności religii był najzupełniej zbędny i z tej racji ust. 2 art. 53 powinien zawierać jedynie proklamowanie generalnej wolności sumienia i wyznania, bez jakiegokolwiek jej detalizacji czy konkretyzacji w postaci listy elementów obejmujących wolność religii.

Innym mankamentem przepisu art. 53 ust. 5 konstytucji jest to, że ustawodawca jako możliwy powód ograniczenia wolności religii podał wzgląd na „bezpieczeństwo państwa”. Tymczasem, jak się zdaje, powodem takim może być (powinno być) nie tyle „bezpieczeństwo państwa”, ile raczej „bezpieczeństwo publiczne”<sup>98</sup>. Sens tego sformułowania, w jego obecnej redakcji, odbiega wszak *in minus* od standardu określonego w Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, gdzie zostało wyraźnie stwierdzone, że przyczyną takich ograniczeń w zakresie wolności sumienia i wyznania może być właśnie „bezpieczeństwo publiczne”<sup>99</sup>. Wypada zresztą żałować, że ustawodawca konstytucyjny, tworząc przepisy dotyczące indywidualnej wolności sumienia i wyznania, w małym stopniu nawiązał do prawa międzynarodowego, tym bardziej że to właśnie dziedzina praw i wolności jest tą dziedziną albo raczej

<sup>95</sup> W orzecznictwie międzynarodowym zwraca się uwagę, że na państwie w zakresie ograniczania wolności sumienia i wyznania spoczywa w szczególności obowiązek powstrzymywania się od jakiegokolwiek ingerencji w sferę obrzędów i modlitwy, z tej racji, że jest to sfera szczególnie delikatna, czy nawet intymna. Por. M. Rozner, *Prawo do wolności religijnej w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2002, t. 5, s. 122.

<sup>96</sup> Szerzej na temat przejawów uzewnętrzniania religii zob. J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona...*, op. cit., s. 163.

<sup>97</sup> Powstaje tu pytanie o kolportowanie w rozmaitych formach (druku czy np. w formie elektronicznej) różnego rodzaju materiałów z szeroko pojętego kręgu przekonań religijnych. Przy zastosowaniu listy przejawów uzewnętrzniania wolności religii zawartej w ust. 2 art. 53 nie mogłyby być one ograniczane na podstawie art. 53 ust. 5, chyba że kolportowanie uznalibyśmy za element składowy nauczania.

<sup>98</sup> Por. J. Krukowski, K. Warchałowski, op. cit., s. 81.

<sup>99</sup> Por. J. Krukowski, *Konstytucyjna ochrona...*, op. cit., s. 166. Szerzej na ten temat zob. K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Lublin 2004, s. 143 i n.

częścią konstytucji, która w największym stopniu uległa internacjonalizacji<sup>100</sup>. W zakresie wolności sumienia i wyznania oraz możliwych przyczyn jej ograniczania Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności stanowi np. w art. 9 ust. 2, że „wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”<sup>101</sup>. Przepis ten, w stopniu bez porównania bardziej precyzyjnym niż polska ustawa zasadnicza, określa nie tylko katalog możliwych ograniczeń, ale przede wszystkim wyraźnie wskazuje kolejną przesłankę, która *per se* limituje takie ograniczenia. Tą dodatkową przesłanką jest państwo demokratyczne (prawne)<sup>102</sup>, które nie może w sposób swobodny i dyskrejonalny ograniczać praw i wolności<sup>103</sup>. Samo bowiem państwo demokratyczne, a tym bardziej demokratyczne państwo prawne (art. 2 konstytucji), nakłada na ustawodawcę wymóg powściągliwości w limitowaniu swobód jednostki. Warto też zauważyć – po raz kolejny, ale jest to w tym miejscu sprawa kluczowa – że art. 9 Konwencji mówi nie o wolności religii, ale o wolności „uzewnętrzniania wyznania lub przekonań”, oddając w ten sposób prawdziwą istotę tego przepisu<sup>104</sup>.

Ostatni z mankamentów redakcji art. 53 ust. 5 jest, przynajmniej do pewnego stopnia, naturalny i bierze się stąd, iż wyliczone w nim przesłanki ograniczenia wolności religii „mają znaczną pojemność treściową”<sup>105</sup>. Niemniej enumeratywność, a zatem także i skończoność przewidzianych przez ustrójodawcę przyczyn ewentualnego ograniczenia wolności sumienia i wyznania minimalizuje, choćby w jakiejś części, ich potencjalną nadinterpretację i związaną z tym nazbyt elastyczną, *ergo* dowolną praktykę stosowania. Wskazane mankamenty nie powinny jednak stwarzać zagrożeń dla wolności sumienia i wyznania, czy może tylko wolności religii, jak ujął to twórca konstytucji. Konstytucyjny wymóg, aby ograniczenia takie były wprowadzane tylko, jeśli jest to konieczne, dalej wymóg, aby w razie wprowadzenia takich ograniczeń nie mogły one naruszyć istoty wolności

<sup>100</sup> Jest to kwestia, na którą zwraca się powszechną uwagę w literaturze, zob. np. B. Banaszak, *Prawa człowieka i obywatela w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 5, s. 56 i n. Trzeba jednak pamiętać, że proces „umiędzynarodowienia” konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela nie jest tendencją tylko polską, ale ma charakter uniwersalny. Por. np. B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Kraków 2004, s. 196 i n.; M. Grzybowski, *Wolności i prawa jednostki w aktach konstytucyjnych państw nordyckich*, w: M. Kudej (red.), *W kręgu zagadnień konstytucyjnych. Profesorowi Eugeniuszowi Zwierzchowskiemu w darze*, Katowice 1999, s. 227 i n.

<sup>101</sup> Tekst konwencji w: S. Bieleń (red.), *Prawo w stosunkach międzynarodowych. Wybór dokumentów*, Warszawa 1996, s. 181.

<sup>102</sup> A takim państwem jest przecież (czy może ma być?) Polska, w ujęciu art. 2 konstytucji, definiującego RP jako demokratyczne państwo prawne.

<sup>103</sup> Por. K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli...*, op. cit., s. 143 i n.

<sup>104</sup> Podobnie szeroko zasada ta i ewentualne od niej odstępstwa jest ujmowana w prawie Unii Europejskiej. Szerzej na ten temat zob. K. Warchałowski, *Ochrona prawa do wolności religijnej w prawie traktatowym Unii Europejskiej*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2004, t. 7, s. 5 i n.

<sup>105</sup> M. Pietrzak, *Stosunkipañstwo–kościół...*, op. cit., s. 183.

sumienia i wyznania (religii), i w końcu nie wysłowny co prawda wprost, ale obowiązujący wymóg, aby ograniczenia były zawsze proporcjonalne<sup>106</sup>, wydaje się wystarczającą rękojmią autentyczności, a zwłaszcza skuteczności wolności ustanowionej (poręczonej) w art. 53 konstytucji<sup>107</sup>.

#### IV. UWAGI KOŃCOWE

Zaprezentowane uwagi wskazują na niejednolitość oceny przyjętych przez konstytucję rozwiązań w zakresie wolności sumienia i wyznania (religii), tak w ujęciu indywidualnym, jak i w ujęciu kolektywnym, czy też instytucjonalnym. Materia prawa wyznaniowego została bowiem potraktowana z różnym stopniem precyzji, uwagi i – *last but not least* – dbałości. Z pewnością na takie – w gruncie rzeczy dość chaotyczne przecież – zajęcie się tą problematyką nie miały wpływ ma charakter polskiej religijności, „powierzchnowy, bardziej obrzędowy niż refleksyjny [a także – *J.Sz.*], pozostawanie w ramach państwa komunistycznego przez prawie półwiecze, kościelne plany uczynienia z Polski wzorcowej demokracji katolickiej oraz polityczna instrumentalizacja religii”<sup>108</sup>. Pomijając wszystkie wadliwości redakcyjne, tekst przepisów wyznaniowych jest niespójny, mało precyzyjny, co zwiększa ryzyko potencjalnego rozdzwiku między prawem a praktyką jego stosowania.

Niemniej jest sprawą bezdyskusyjną, że to normy prawne wyznaczają zasadniczy kierunek ułożenia stanu relacji wyznaniowych, w tym zwłaszcza wolności religijnej, zarówno o charakterze indywidualnym, jak i kolektywnym. Idee przewodnie oraz wartości prawa wyznaniowego powinny zatem „uwzględniać: uniwersalne rozwiązania w aktach międzynarodowych, współczesne koncepcje prawno-ustrojowe, historyczną tradycję, świadomość prawną społeczeństwa”<sup>109</sup>. Jeśli zatem idee, normy ogólne i wreszcie szczegółowe rozwiązania tego prawa nie respektują tych materialnych źródeł swego pochodzenia, to stan stosunków wyznaniowych w państwie, na czele z pryncypialną zasadą wolności religijnej, zawsze będzie nieadekwatny do ustanowionego wzorca normatywnego. Stąd też ustawodawca zawsze musi się liczyć z tym, że nie tworzy on przepisów w spo-

<sup>106</sup> Zasada proporcjonalności, choć nie wypowiedziana *expressis verbis*, jest jednak obowiązującą regułą przy ograniczaniu jakichkolwiek praw i wolności jednostki. Jej istotą jest idea zakazu nadmiernej ingerencji, tzn. uznanie, że jeśli muszą już być ustanawiane ograniczenia praw i wolności, to mogą one następować tylko w zakresie niezbędnym (minimalnie koniecznym), a podstawową miarą ustalania, co jest niezbędne, a co nadmierne, jest porównanie rangi (znaczenia) interesu publicznego, któremu dane ograniczenie ma służyć, i rangi (znaczenia) prawa czy wolności indywidualnej, której ograniczenie to ma dotyczyć. Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 104.

<sup>107</sup> Trzeba tu pamiętać, że wolność sumienia i wyznania, jako tzw. dobro osobiste (por. A. Wojciszke, *Katalog dóbr osobistych w świetle przepisów Konstytucji i Kodeksu Cywilnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. 4, s. 659), jest szczególnie zabezpieczona nie tylko i nie wyłącznie przepisami samej tylko ustawy zasadniczej, ale także i innymi jeszcze przepisami, zwłaszcza tymi o charakterze karnym i cywilnym. Szerzej na ten temat zob. G. Jędrejek, T. Szymański, *Prawna ochrona uczuć religijnych w Polsce*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2002, t. 5, s. 171 i n.

<sup>108</sup> R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 303.

<sup>109</sup> M.T. Staszewski, *Kościół w ładzie ustrojowym Polski*, w: D. Wanek (red.), *Problemy socjologii konstytucji*, Warszawa 1991, s. 81.

łecznej, czy mówiąc jeszcze szerzej, politycznej próżni, ale w wyraźnie określonym układzie psycho-socjo-ekonomiczno-politycznym, który to układ zweryfikuje teoretyczny model ładu wyznaniowego stworzony w ustawie zasadniczej.

Weryfikacja praktyczna zaproponowanej przez ustrójodawcę koncepcji ładu wyznaniowego może się okazać tym trudniejsza, a w tym znaczeniu przede wszystkim mniej przewidywalna, że przepisy konstytucyjne nie kreślą jednoznacznej wizji szeroko pojmowanej kwestii konfesyjnej. Z pewnością nie jest to wizja państwa opartego na założeniach wyznaniowości, ale jest rzeczą równie pewną, że nie jest to też wizja państwa laickiego, wyraźnie proklamującego rozdział państwa i kościoła<sup>110</sup>. W art. 25 i 53 widnieją bowiem normy przemawiające za przyjęciem zasady oddzielenia państwa i kościoła, jak i za akceptacją pewnych form powiązania tych podmiotów<sup>111</sup>. Na korzyść tej pierwszej świadczy m.in. formuła o „autonomii i wzajemnej niezależności” państwa oraz związków wyznaniowych; dalej formuła przewidująca „bezstronność władz publicznych” w kwestiach przekonań religijnych, filozoficznych i światopoglądowych i wreszcie – w ujęciu jednostkowym – wolność sumienia i wyznania wraz z zadeklarowanym wprost „prawem do milczenia”. Na korzyść drugiej z kolei przemawia m.in. norma mówiąca o współdziałaniu państwa i związków wyznaniowych; dopuszczenie nauczania religii w szkołach publicznych; operowanie dość wąskim przecież pojęciem wolności „sumienia i religii”, zamiast wolności sumienia i wyznania; teistyczne motywy zawarte w preambule<sup>112</sup>, a także ubranie zasady rozdzielenia państwa i kościoła w religijną, w gruncie rzeczy, formułę „niezależności i autonomii”, będącą wytworem doktryny jednego ze związków wyznaniowych. W rzeczywistości więc konstytucja „przyjmuje model państwa *quasi*-wyznaniowego albo też system wyjątkowo liberalnej *separationis ecclesiae et status*”<sup>113</sup>. Warto zwrócić uwagę, że taki model pośredni, balansujący pomiędzy państwem czysto wyznaniowym a państwem *par excellence* świeckim, jest w istocie zgodny ze stanowiskiem Kościoła katolickiego, który w wydanej na Soborze Watykańskim II konstytucji *Gaudium et spes* stanął na stanowisku, że nie domaga się on państwa konfesyjnego, ale też nie akceptuje instytucji rozdziału, charakteryzującej państwo laickie<sup>114</sup>.

Chcąc zatem ująć polski model konstytucyjnej regulacji problematyki wyznaniowej w jakiś schemat klasyfikacyjny, czysto teoretyczny, można zaryzykować twierdzenie, że jest to model państwa „instytucjonalnie świeckiego”<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> Można powiedzieć, że w tym zakresie – choć oczywiście w bez porównania mniejszej skali – nowa konstytucja nawiązuje do konstytucji marcowej z 1921 r., która również nie określała w sposób jednoznaczny modelu stosunków wyznaniowych. Por. J. Szymanek, *Regulacja stosunków...*, op. cit., s. 36.

<sup>111</sup> Por. R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 303.

<sup>112</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Pietrzak, *Konstytucyjne podstawy...*, op. cit., s. 172, 173; J. Szymanek, *Klauzule wyznaniowe...*, op. cit., s. 14 i n.

<sup>113</sup> R.M. Małajny, *Regulacja kwestii konfesyjnych...*, op. cit., s. 303. Co niewątpliwie jest przede wszystkim skutkiem spomości i dużej problematyczności tej kwestii w czasie debaty konstytucyjnej poprzedzającej uchwalenie Konstytucji z 1997 roku.

<sup>114</sup> Szerzej na ten temat zob. J. Krukowski, *Kościół i państwo...*, op. cit., s. 87 i n.

<sup>115</sup> A. Czohara, *Stosunki państwo-kościół...*, op. cit., s. 70.

Oznacza to, że laickość państwa odnosi się jedynie do „formalnoprawnej strony organizacji i funkcji organów państwa, bez przesądzania o ich treściach działania”<sup>116</sup>. W przeciwieństwie do państwa „integralnie” świeckiego oraz państwa „selektywnie” świeckiego państwo świeckie instytucjonalnie – określane nieraz mianem „rozdziału skoordynowanego”<sup>117</sup> – to państwo akcentujące potrzebę interwencji państwa w życie społeczne i dostrzegające korzyści ze współpracy między państwem a związkami konfesyjnymi. Państwo takie, określając właściwy sobie model świeckości, podkreśla znaczenie idei praw i wolności jednostki jako fundamentu wszystkich zasad ustrojowych, przy czym zapewnienie ich ochrony nie ogranicza się – w przeciwieństwie do poglądów tradycyjnego liberalizmu – jedynie do przeciwdziałania naruszeniom tych praw i wolności, lecz wymaga pozytywnych działań państwa w celu kształtowania niezbędnych warunków ich poszanowania. Adresem ochrony – w państwie „instytucjonalnie” świeckim – jest osoba ludzka, której przysługuje prawo do wolności myśli, sumienia, wyznania i przekonań, stanowiącej jedno z najważniejszych praw człowieka.

Godność, prawa i wolności osoby – jako impoterabilia – są dla państwa kryterium budowy stosunków państwowo-kościelnych. Te ostatnie opierają się na respektowaniu generalnej zasady oddzielenia *sacrum* i *profanum*, przy jednoczesnym uznaniu koniecznej koegzystencji państwa i kościoła, wymagającej współdziałania, podejmowanego zawsze nie dla osiągnięcia partykularnych celów państwa albo kościoła, ale człowieka, jako osoby mającej przyrodzony i niezbywalny atrybut godności. W modelu państwa „instytucjonalnie” świeckiego oddzielenie państwa od kościoła wyznacza – mówiąc w największym skrócie – oparta na podejściu personalistycznym aktywność aksjologiczna państwa przy jednoczesnym zachowaniu neutralności światopoglądowej<sup>118</sup>. Przy takim założeniu państwo nie ustosunkowuje się ani nie ocenia pozytywnie religijności samej w sobie, co naruszałoby zasadę neutralności światopoglądowej, lecz wyprowadza konkluzję z podstawowego prawa człowieka do posiadania przekonań, w tym także przekonań religijnych. Pojmując swą rolę jako służbę rozwojowi osobowości i godności człowieka, państwo nie dystansuje się, lecz respektuje i uwzględnia uznane powszechnie wartości, idee i poglądy. Państwo „instytucjonalnie” świeckie „dokonuje tym samym «akomodacji» do religijnych potrzeb i motywacji obywateli”<sup>119</sup>, co znajduje swój wyraz w ustawodawstwie uznającym wartości

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup> Por. J. Krukowski, *Kościół i państwo...*, op. cit., s. 53 i n.

<sup>118</sup> Jest bowiem oczywiste, że bezstronność państwa nie może prowadzić do jego bezideowości. Określony system wartości i idące w ślad za nim rozmaitego rodzaju koncepcje filozoficzne i światopoglądowe kształtują bowiem tożsamość konstytucyjną państwa, zakodowaną przede wszystkim w jego zasadach naczelnych, inaczej podstawowych. Definiują one w największym skrócie filozofię ustawodawcy, ukazując, jakie wartości są przez niego uznawane i preferowane. Pewne, minimalne kwantum takich wartości jest elementem koniecznym konstytucji, choćby z tej racji, że państwo nie może być nigdy zawieszone w aksjologicznej próżni. Stąd też takie uniwersalne wartości, jak równość, godność osoby ludzkiej, poszanowanie wolności sumienia i wyznania, czy wreszcie pluralizm polityczny, religijny i światopoglądowy, to już dzisiaj standardy, bez których nie może się obejść współczesne państwo demokratyczne. Por. J. Szymanek, *Bezstronność...*, op. cit., s. 47, 48.

<sup>119</sup> A. Czohara, *Stosunki państwo-kościół...*, op. cit., s. 73.

zaakceptowane za relewantne. Jednak akceptacja przez państwo funkcjonujących i wyznawanych wartości i motywacji opartych na czynniku religijnym, czy może lepiej, światopoglądowym nie implikuje bynajmniej odgórnego przenikania do organów i działań państwowych treści religijnych. Organy te w swych funkcjach i budowie pozostają wszak z istoty swojej niezależne od czynnika religijnego, czyli po prostu świeckie, i dlatego właśnie „państwo w sensie instytucjonalnym ma charakter świecki”<sup>120</sup>.

Niezależnie jednak od wszelkich wątpliwości interpretacyjnych w kwalifikacji normatywnego wzorca regulacji konfesyjnej, a co za tym idzie, układania jakichś modeli czy typologii, sprawą najważniejszą pozostaje z pewnością zagwarantowanie wolności religijnej (wolności sumienia i wyznania), zarówno jednostce, jak i tworzonej przez nią wspólnocie religijnej przybierającej postać albo kościoła, albo innego związku wyznaniowego. Wolność taką polskie regulacje prawne przewidują i poręczają, choć można mieć zastrzeżenia co do sposobu jurydykacji tej wolności, i to w obydwu jej aspektach, wymiarach czy odniesieniach. Niemniej samo poręczenie wolności religijnej na poziomie konstytucyjnym oznacza, że uznaje się jej pierwszorzędną wręcz znaczenie, i to – co szczególnie ważne – nie tylko dla wyznaczenia statusu prawnego jednostki (wolność indywidualna), ale także dla określenia o wiele szerszych relacji w sferze publicznej (wolność kolektywna).

## RELIGIOUS FREEDOM LEGAL REGULATION

The article deals with freedom of religious (freedom of conscience and belief) which is currently recognized as a fundamental and most important human liberty. This freedom is closely linked, on the one hand, to the individual's right to privacy and, on the other, to the religious neutrality of the State. A short time ago freedom of religious or freedom of conscience and belief was defined by the use of many different words and phrases. Now it is undeniably considered as a guarantee of lack of interest on the part of the State for views, opinions, attitudes and judgment of its citizens or people in general. As a result, in domestic regulations and particularly, in international norms, freedom of religious is meant to be interpreted in a very broad sense including the right of free choice of religion, the right to have and express different opinions including religious, non-religious and, finally anti-religious views. Hence, freedom of religious means a guarantee for individual to make free evaluations and choice of religion and any other opinions.

Freedom of religious has two different and important dimensions. First, the individual dimension, which guarantees every human person freedom of conscience and belief, and the second, the collective dimension which guarantees every church and other religious organisations freedom means equality and autonomy and inde-

<sup>120</sup> Ibidem.

pendency. As a result the State is neutral what is the best guarantee for the human liberty and rights. For obvious reasons, the starting point of freedom of religious and neutral State is a democratic and plural political regime. Therefore the freedom of religious (freedom of beliefs or freedom of philosophy of life or finally freedom of conscience and belief) is a real background of the growing cultural and religious plurality in the modern society.

## RELIGIOUS FREEDOM LEGAL REGULATION

The article starts with freedom of religious freedom of conscience and belief which is commonly recognized as a fundamental and most important human liberty. The freedom is closely linked on the one hand to the individual's right to privacy and on the other to the religious community of the state. A short time ago freedom of religious or freedom of conscience and belief was defined by the use of many different words and phrases. Now it is increasingly considered as a guarantee of freedom on the part of the state to every citizen, with the aim of making it easier for people to practice their religion. At a certain point in time it is not only a very broad scope including the right of free exercise of religion, the right to have and express different opinions including religious and religious and finally anti-religious views. These freedom of religious means a guarantee from individual to other free expression and share of religion and any other opinions.

Freedom of religious has two different and important dimensions. The first is the individual dimension which guarantees every human person freedom of conscience and belief and the second the collective dimension which guarantees every ethnic and religious community freedom of expression and autonomy and inde-

RADOSŁAW GRABOWSKI

**NORMA Z ARTYKUŁU 38 KONSTYTUCJI RP Z 1997 R.  
JAKO ZASADA PRAWA**

Normom konstytucyjnym przypisuje się z reguły równy status, przyjęło się jednak wyróżniać niektóre z nich, jako mające szczególne znaczenie dla ustroju państwa<sup>1</sup>. Normy takie określane są, zależnie od autorstwa opracowania, jako „zasady naczelne konstytucji”<sup>2</sup>, „zasady konstytucyjne”<sup>3</sup>, „zasady prawa konstytucyjnego”<sup>4</sup>, „konstytucyjne zasady ustroju”<sup>5</sup>, „zasady ustrojowe”<sup>6</sup> lub „konstytucyjne zasady prawa”<sup>7</sup>. Niezależnie jednak od nazwy nadanej im przez autora opracowania są one przede wszystkim zasadami prawa i jako takie należy je postrzegać<sup>8</sup>.

Głównym wyróżnikiem zasady prawa musi być jej szczególna doniosłość dla systemu prawa bądź dla gałęzi prawa. Jest to cecha o znaczeniu podstawowym, bez spełnienia której norma nie może być uznana za zasadę. Zastosowanie tego kryterium pozwala na wskazanie norm zasługujących na określenie ich mianem zasad prawa<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Por. M. Kallas, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, rys historyczny i omówienie*, Warszawa 2001, s. 30–31.

<sup>2</sup> Zob. M. Granat, *Konstytucyjne zasady ustroju*, w: W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2003, s. 106 i n.

<sup>3</sup> Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 16–19; M. Kallas, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, op. cit., s. 30 i n.; P. Sarnecki, *Konstytucyjne zasady ustroju politycznego*, w: P. Tuleja (red.), *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1997, s. 17 i n.

<sup>4</sup> Zob. Z. Witkowski, *Wybrane zasady prawa konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, w: Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, s. 57 i n.

<sup>5</sup> Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 51 i n.

<sup>6</sup> Zob. P. Sarnecki, *Ogólna charakterystyka państwowości w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, w: P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 27 i n.

<sup>7</sup> Zob. M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa*, w: J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 58–59.

<sup>8</sup> Zob. szerzej S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 40 i n.; P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne*, w: P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, Warszawa 1997, s. 11 i n.; K. Wojtyczek, *Formy konstytucjonalizacji zasad konstytucyjnych*, w: P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad...*, op. cit., s. 28 i n.; M. Granat, *Zakres konstytucjonalizacji zasad i instytucji ustrojowych w projektach złożonych Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, w: P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad...*, op. cit., s. 152 i n.

<sup>9</sup> Szerzej A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2000, s. 207 i n.; J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1996, s. 124 i n.; S. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1979, s. 114 i n.

W opracowaniach przytaczane są zróżnicowane katalogi norm konstytucyjnych o szczególnym znaczeniu ustrojowym. Ich autorzy nie tylko tworzą własne definicje konstytucyjnych zasad prawa, lecz również przedstawiają własne katalogi takich zasad. Różnice pomiędzy katalogami polegają nie tylko na wskazywaniu odmiennych zasad, jako charakteryzujących się szczególnym znaczeniem ustrojowym, lecz dotyczą także ich liczby, która waha się od kilku, do kilkudziesięciu. Pomimo zróżnicowania, katalogi konstytucyjnych zasad prawa wykazują podobieństwa. Wszyscy autorzy wymieniają zasady: demokratycznego państwa prawnego, zwierzchnictwa narodu, gwarancji praw i wolności jednostki, podziału władz, samorządu terytorialnego oraz społecznej gospodarki rynkowej opartej na wolności działalności gospodarczej i własności prywatnej<sup>10</sup>.

Należy zwrócić uwagę na fakt, iż od czasu transformacji ustrojowej w latach 1989–1992, pomimo uchwalenia w 1997 r. nowej konstytucji, autorzy opracowań wymieniają wciąż te same zasady naczelne. Wydaje się nieprawdopodobne, aby wejście w życie nowej ustawy zasadniczej, różniącej się od dotychczas obowiązujących przepisów konstytucyjnych, nie spowodowało choćby minimalnych zmian wśród konstytucyjnych zasad prawa.

Za celowe uznałem rozważenie kwestii, czy norma z artykułu 38 Konstytucji RP z 1997 r. jest zasadą prawa? Przepisy tego artykułu gwarantujące prawo do ochrony życia, wprowadzone do polskiego systemu prawa wraz z Konstytucją RP z 1997 r., nie były dotychczas analizowane na tej płaszczyźnie.

## I. CECHY SZCZEGÓLNE ZASAD PRAWA

Dla wyjaśnienia pojęcia zasady prawa należy sięgnąć do opracowań z dziedziny teorii państwa i prawa. Spośród wielu definicji klarownością wyróżnia się definicja zasady prawnej sformułowana przez S. Ehrlicha. Zakłada ona istnienie dwóch kategorii wypowiedzi normatywnych szczególnej wagi, określanych jako zasady prawne. Kategoria pierwsza obejmuje zasady o szczególnym znaczeniu dla całego systemu prawnego, kategoria druga – zasady o szczególnej wadze dla określonej gałęzi prawa. Zasady zaliczane do pierwszej grupy wyrażane są w aktach rangi konstytucyjnej, stąd też konstytucję określa się jako ustawę zasadniczą<sup>11</sup>.

W świetle przytoczonej definicji zawarta w art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. norma prawna gwarantująca prawo do ochrony życia jest zasadą prawa już z racji umieszczenia jej wśród przepisów ustawy zasadniczej. Nie ulega wątpliwości, że art. 38 stosowany będzie jako wskazówka interpretacyjna dla przepisów będących konkretyzacją przepisów konstytucji mających na celu ochronę życia i zdrowia, gdyż jest jedyną normą rangi konstytucyjnej gwarantującą ochronę życia ludzkiego. Zastosowanie takich kryteriów pozwala na uznanie, iż prawo do ochrony życia ma w polskim systemie prawa status zasady prawa. Z uwagi

<sup>10</sup> Por. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 19.

<sup>11</sup> Zob. szerzej S. Ehrlich, *Wstęp do nauki...*, op. cit.

jednak na obszerność katalogu zasad prawa, skonstruowanego na podstawie tej metody, zastosowane w niej kryteria należy uznać za zbyt ogólnikowe.

Jak już wspomniano, zasada prawa to obowiązująca norma prawna uznana za szczególnie ważną (zasadniczą) dla danego systemu prawa lub jego części (np. jednej lub kilku gałęzi prawa). *Zasadniczy* charakter takiej normy ustalany może być na podstawie różnych kryteriów. Ze względu na hierarchię norm w systemie prawa, rola zasad prawa przypada najczęściej normom konstytucyjnym (lub uznanym konsekwencjom tych norm), które występują jako zasady prawa w stosunku do norm nie zawartych w konstytucji. Szczególna rola zasad prawa w systemie prawa polega na tym, że:

- określają one kierunek działań prawodawczych,
- ukierunkowują proces wykładni prawa,
- wskazują kierunki stosowania prawa, a zwłaszcza sposoby wykorzystywania tzw. swobód decyzyjnych,
- wyznaczają sposoby i granice korzystania z praw przyznanych różnym podmiotom.

Powyższe kryteria, podobnie jak zastosowane wcześniej, nie pozwalają na jednoznaczne wskazanie, które z norm konstytucji powinny mieć status zasad prawa. Potwierdzają one jedynie szczególną rolę regulacji konstytucyjnych, jako nadrzędnych hierarchicznie wobec innych norm systemu prawa.

Inną definicję zasady prawa sformułował J. Wróblewski<sup>12</sup>. Wskazał on cztery kryteria, które pozwalają stwierdzić, czy dana norma może być uznana za zasadę prawa:

- kryterium nadrzędności hierarchicznej w systemie norm,
- kryterium nadrzędności treściowej wobec innych norm w określonej grupie,
- kryterium szczególnej roli danej normy dla konstrukcji określonej instytucji prawnej,
- kryterium szczególnej doniosłości społecznej.

Próba zastosowania tych kryteriów w stosunku do analizowanej normy z art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. prowadzi do kilku wniosków:

Jako norma konstytucyjna, art. 38 charakteryzuje się nadrzędnością hierarchiczną<sup>13</sup>.

Normę z art. 38 cechuje także nadrzędność treściowa w stosunku do innych norm z danej grupy, zebranych w rozdziale drugim Konstytucji RP z 1997 r. Przepisy tego rozdziału, poświęconego prawom i wolnościom, mają określoną hierarchię, a w niej miejsce najważniejsze przypada normom chroniącym życie ludzkie. Taki status przysługuje art. 38 z tej racji, że chroni on dobro najcenniejsze dla jednostki podlegające ochronie w demokratycznym państwie prawnym.

Biorąc pod uwagę szczególną rolę w konstrukcji prawnej określonej instytucji prawnej, trzeba stwierdzić, że art. 38, który jako jedyny odnosi się bezpośred-

<sup>12</sup> Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 255–260.

<sup>13</sup> Por. szerzej J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii...*, op. cit., s. 93. Także K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 92–93.

nio do kwestii prawa do ochrony życia ludzkiego, taką rolę niewątpliwie pełni. Znaczenie analizowanej normy będzie rosnać wraz ze wzrostem liczby aktów prawnych rangi ustawowej regulujących zagadnienia związane z szeroko rozumianą ochroną życia ludzkiego.

Badana norma charakteryzuje się również szczególną doniosłością społeczną, a to z uwagi na wartość życia ludzkiego zarówno w ujęciu indywidualnym, jak i społecznym. W związku z powyższym uważam, że stosując kryteria wskazane przez J. Wróblewskiego, można uznać normę z art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. za zasadę prawa.

## II. ZASADY PRAWA W NAUCE PRAWA KONSTYTUCYJNEGO

Nauka prawa konstytucyjnego zagadnieniu zasad prawa poświęca wiele uwagi. Jednak ze względu na stosowanie niejednorodnych kryteriów autorzy opracowań poświęconych tej problematyce dochodzą do odmiennych wniosków, a tworzone przez nich katalogi konstytucyjnych zasad prawa różnią się liczbą oraz treścią<sup>14</sup>. Wynika to z faktu, iż zasady o kluczowym znaczeniu dla ustroju państwa są umieszczone w konstytucji, lecz ustawa zasadnicza nie formułuje ich wprost. Konieczny dla ich wyprowadzenia proces interpretacji norm konstytucji powoduje zaś powstanie szeregu rozbieżności między autorami opracowań. Wspomniane „wyprowadzenie” zasad szczególnie istotnych z punktu widzenia ustroju odbywa się bowiem nie tylko na podstawie uznanych w nauce kryteriów i metod, lecz także osobistych przekonań i poglądów autora konkretnego katalogu. W wyniku opisanych powyżej zabiegów powstają listy konstytucyjnych zasad prawa znacznie się od siebie różniące.

Analizując problematykę konstytucyjnych zasad prawa, należy mieć świadomość, że jest to pojęcie nie do końca sprecyzowane w nauce prawa, w związku z czym nie istnieje jego bezsporna definicja. Zdaniem części autorów konstytucyjne zasady prawa są *odkrywane* w orzecznictwie i doktrynie. Skoro zaś nie istnieje ich utrwalony katalog, są one mniej lub bardziej sporne. Wobec tego nauka prawa powinna wypracować definicję konstytucyjnych zasad prawa, zasady zacieśnienia i poszerzenia ich katalogu oraz ustalić ich hierarchię<sup>15</sup>.

Wobec mnogości kryteriów służących wyróżnieniu konstytucyjnych zasad prawa spośród norm konstytucyjnych za interesującą należy uznać metodę, jaką dla wskazania katalogu tych zasad zastosował B. Banaszak<sup>16</sup>. Jako konstytucyjne zasady prawa wskazał on te, które są najczęściej wymieniane przez autorów różnych klasyfikacji. Tym sposobem można wyróżnić sześć konstytucyjnych zasad prawa, wśród których nie znalazło się żadne bezpośrednie odniesienie do przepisów art. 38 Konstytucji RP z 1997 r.

Pierwszą wymienioną w tym zestawieniu konstytucyjną zasadą prawa jest zasada demokratycznego państwa prawnego, na podstawie której Trybunał

<sup>14</sup> Por. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 17.

<sup>15</sup> Zob. M. Granat, *Konstytucyjne zasady ustroju...*, op. cit., s. 107.

<sup>16</sup> Zob. szerzej B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 16–19.

Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r. uznał życie ludzkie za wartość konstytucyjną<sup>17</sup>.

W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż mimo nieumieszczenia w polskich regulacjach konstytucyjnych przepisu bezpośrednio odnoszącego się do ochrony życia nie oznacza to, że życie ludzkie nie ma charakteru wartości konstytucyjnej<sup>18</sup>. Jako przepis gwarantujący konstytucyjną ochronę życia Trybunał Konstytucyjny wskazał art. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy. Powołał się na zasadę demokratycznego państwa prawnego, które realizuje się wyłącznie jako wspólnota ludzi będących jedynymi właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowiących w danym państwie.

Jeśli najcenniejszą wartością dla człowieka jest życie, musi ono pozostawać pod ochroną prawa. Należy odnotować, że orzeczenie to jest przełomowe z wielu względów. Nie tylko dokonuje uznania życia za wartość konstytucyjną, ale też uznaje prawo do jego ochrony. Co więcej, czyni to na podstawie przepisów, które nie odnoszą się nawet pośrednio do kwestii ochrony życia ludzkiego. Tym samym Trybunał Konstytucyjny przypominał niejako o hierarchii dóbr podlegających ochronie, lokując jednocześnie życie ludzkie wśród dóbr podlegających ochronie szczególnej.

Za podstawę omawianego orzeczenia posłużyła analiza przepisów konstytucyjnych oraz ich konfrontacja z przepisami ustawy o planowaniu rodziny z 1996 r. Analiza była utrudniona, ponieważ obowiązujące przepisy konstytucyjne nie zawierały przepisu bezpośrednio odnoszącego się do ochrony życia. Nie oznacza to jednak, że życie ludzkie nie ma charakteru wartości konstytucyjnej. W opinii Trybunału Konstytucyjnego podstawowym przepisem, z którego można wywieść konstytucyjną ochronę życia ludzkiego, jest art. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy. Wskazanie na zasadę demokratycznego państwa prawnego oznaczało sięgnięcie do zasad konstytucyjnych.

W uzasadnieniu orzeczenia Trybunał Konstytucyjny zauważył, że analiza zasady demokratycznego państwa prawnego prowadzi do następujących wniosków:

- Demokratyczne państwo prawne realizuje się wyłącznie jako wspólnota ludzi i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowiących w państwie.
- Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków.
- Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wypracowanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania.
- Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycz-

<sup>17</sup> Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96 (dalej orzeczenie TK).

<sup>18</sup> Por. ibidem.

nym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium rozwoju<sup>19</sup>.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że fakt uznania życia ludzkiego za wartość chronioną konstytucyjnie, w tym także w fazie prenatalnej, stoi na przeszkodzie próbom różnicowania wartości życia na różnych etapach jego rozwoju. Dokonanie takiego zróżnicowania, choć być może zasadne, jest jednak niemożliwe, a to z uwagi na brak wystarczająco precyzyjnych kryteriów. Wobec bezradności nauk medycznych w tej kwestii wprowadzenie takiego zróżnicowania na gruncie prawa jest więc niemożliwe. Stąd Trybunał Konstytucyjny uznał, że życie ludzkie podlega ochronie prawa od momentu powstania<sup>20</sup>.

Pewne zastrzeżenia może obecnie budzić problem aktualności zasad konstytucyjnych wywiedzionych z przepisów konstytucyjnych obowiązujących przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. Wątpliwości te rozwiązał Trybunał Konstytucyjny, uznając, że powtórzenie tego przepisu w Konstytucji RP z 1997 r. jest wyrazem intencji ustrójodawcy. Przejęcie przepisu w dotychczasowym kształcie pozwala uznać dotychczasowe rozumienie zasady demokratycznego państwa prawnego, tak jak uformowała się ona w praktyce konstytucyjnej, a zwłaszcza w orzecznictwie<sup>21</sup>.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego należy uznać za uzasadnione z uwagi na ewolucyjny charakter zmian polskich przepisów konstytucyjnych trwających nieprzerwanie od roku 1989. Stąd też, gdy treść nowo uchwalonych przepisów konstytucyjnych jest zgodna z wcześniej analizowanymi przepisami, a ich kontekst systemowy i funkcjonalny nie uległ istotnym zmianom, nowe przepisy zachowują swoje dotychczasowe znaczenie. Taka właśnie sytuacja ma miejsce w przypadku zasady demokratycznego państwa prawnego.

Dla ustalenia, czy norma konstytucyjna posiada cechy zasady prawa, można skorzystać z klasyfikacji przedstawionej przez M. Zielińskiego<sup>22</sup>. Opiera się ona na założeniu, że konstytucyjną zasadą prawa jest norma konstytucyjna, która:

- jest podstawą dla grupy wynikających z niej innych norm konstytucyjnych lub
- reguluje istotne cechy danej instytucji, lub
- została powszechnie uznana za szczególnie doniosłą społecznie w teorii lub w praktyce, zwłaszcza z tej racji, że wyraża którąś z podstawowych wartości.

Przedstawione kryteria nie wykluczają się, a o randze zasady świadczy spełnianie jak największej ich liczby. Ponadto konstytucyjnych zasad prawa należy poszukiwać wyłącznie wśród norm rzeczywiście obowiązujących.

Analiza normy z art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. pozwala stwierdzić, że jest ona konstytucyjną zasadą prawa. Co do kryterium pierwszego, należy się zasta-

<sup>19</sup> Por. ibidem, uzasadnienie, s. 9–10.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>21</sup> Por. J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 22–23.

<sup>22</sup> Zob. M. Zieliński, *Konstytucyjne zasady prawa...*, op. cit., s. 58 i n.

nowić, dlaczego artykuł 38 został umieszczony na czele działu poświęconego wolnościom i prawom osobistym?

Artykuł 38 znalazł się na czele działu poświęconego wolnościom i prawom osobistym, gdyż zapewnia on ochronę życia. Życie ludzkie jest w tym kontekście wartością, która umożliwia jednostce korzystanie z innych wolności i praw. Państwo zobowiązuje się do zagwarantowania prawnej ochrony życia, co dodatkowo podkreśla znaczenie, jakie przypisuje życiu ludzkiemu Konstytucja RP z 1997 r.<sup>23</sup>

Wobec ogólnikowości art. 38, należy stwierdzić, iż kryterium drugie nie jest spełnione, gdyż artykuł ten nie pozwala wskazać żadnych cech prawnej ochrony życia realizowanych na podstawie tego przepisu.

Kryterium trzecie należy uznać za spełnione, gdyż nie ma wątpliwości co do szczególnej roli konstytucyjnej ochrony życia ludzkiego. Potwierdził to Trybunał Konstytucyjny, uznając życie za podstawowy przymiot człowieka. Wskazuje na to fakt, że pozbawienie człowieka życia unicestwia go równocześnie jako podmiot praw i obowiązków<sup>24</sup>. Przyjmując taką interpretację, należy uznać, że norma z art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. może zostać uznana za konstytucyjną zasadę prawa.

Inną definicję konstytucyjnych zasad prawa przedstawił L. Garlicki. Uznał je za przepisy konstytucji sformułowane w sposób ogólnikowy, określające pewne podstawowe zasady ustrojowe, które pozwalają na stwierdzenie tożsamości ustrojowej systemu konstytucyjnego poprzez wskazanie kryteriów interpretacji norm konstytucji. Konstytucyjne zasady prawa pełnią więc rolę:

- wskazówek dla określenia aksjologii konstytucji, pomocnych dla prawidłowego odczytania systemu wartości, który determinuje jej szczegółowe rozwiązania;
- łącznika pomiędzy ustawą zasadniczą a innymi systemami normatywnymi, jak: prawo naturalne, ogólne zasady prawa międzynarodowego bądź standardy współczesnego konstytucjonalizmu. Czyni to konstytucję aktem elastyczniejszym, przez co znacznie trwalszym;
- reguł interpretacyjnych, pozwalających sądom i trybunałom na prawidłową interpretację przepisów konstytucji<sup>25</sup>.

Stosując wskazane powyżej kryteria, można uznać prawo do ochrony życia za konstytucyjną zasadę prawa.

Po pierwsze: system wartości, na których oparto Konstytucję RP z 1997 r., uznaje życie ludzkie za najcenniejsze dobro oraz podkreśla konieczność jego ochrony.

Po drugie: inne systemy normatywne, a szczególnie wskazane powyżej prawo naturalne i prawo międzynarodowe, uznaje się za fundament instytucji prawnej ochrony życia.

<sup>23</sup> Pogląd taki przyjąłem za P. Sarneckim. Por. P. Sarnecki, *Wolności i prawa osobiste*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 3.

<sup>24</sup> Por. orzeczenie TK, s. 10.

<sup>25</sup> Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 51.

Po trzecie: norma z art. 38 jest jedyną normą, która może służyć jako reguła interpretacyjna w sprawach dotyczących ochrony życia, gdyż w polskim systemie prawa brak było dotychczas takich regulacji.

Moim zdaniem, art. 38 jest konstytucyjną zasadą prawa, o czym świadczą wymienione poniżej cechy:

- Charakteryzuje się szczególną doniosłością społeczną z uwagi na wartość życia ludzkiego, zarówno w ujęciu indywidualnym, jak i społecznym.
- Stanowi zobowiązanie państwa do ochrony życia ludzkiego, jako dobra podlegającego w demokratycznym państwie prawnym nadzwyczajnej trosce.
- Artykuł 38, jako norma konstytucyjna, charakteryzuje się nadrzędnością hierarchiczną wobec innych norm systemu prawa. Jest jedyną normą rangi konstytucyjnej gwarantującą ochronę życia, w związku z czym przypada mu rola wskazówki interpretacyjnej dla innych norm konstytucyjnych oraz dla konkretyzujących zagadnienia prawnej ochrony życia norm prawnych niższej rangi.
- Pełni w związku z tym szczególną funkcję w ochronie życia ludzkiego w Polsce, a jego rola będzie rosła w miarę zwiększania się regulacji ustawowych związanych z tą problematyką.
- Artykuł 38 cechuje także nadrzędność treściowa w stosunku do innych norm danej grupy norm, zebranych w rozdziale drugim Konstytucji RP z 1997 r. Przepisy tego rozdziału, poświęconego prawom i wolnościom, mają określoną hierarchię, a w niej miejsce najważniejsze przypada normom chroniącym życie ludzkie. Taki status przysługuje artykułowi 38 z tej racji, że chroni on dobro najcenniejsze dla jednostki, umożliwiając korzystanie z innych praw i wolności.
- Przepisy art. 38 mają oparcie w innych systemach normatywnych, przede wszystkim w prawie naturalnym i w prawie międzynarodowym.

Kończąc rozważania dotyczące cech pozwalających na wyróżnienie konstytucyjnych zasad prawa, warto przytoczyć stanowisko, jakie w kwestii pojęcia „zasada” zajął Trybunał Konstytucyjny. W uzasadnieniu orzeczenia z dnia 22 kwietnia 1987 r. Trybunał Konstytucyjny uznał, że dla stwierdzenia, czy badana norma posiada cechy zasady, należy ustalić relacje zachodzące pomiędzy przepisami ulokowanymi na różnych poziomach hierarchii norm prawnych<sup>26</sup>. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzeczeniu z dnia 4 października 1994 r.<sup>27</sup>, a problematyka konstytucyjnych zasad prawa jako wskazówek interpretacyjnych stale towarzyszy działalności Trybunału Konstytucyjnego<sup>28</sup>.

### III. KONSTYTUCYJNE ZASADY PRAWA W ŚWIELE POSTANOWIEŃ KONSTYTUCJI RP Z 1997 R.

Konstytucja wyróżnia niektóre ze swych postanowień, nadając im tym samym szczególny status. Takie wyróżnienie może przybrać postać wskazania norm nie-

<sup>26</sup> Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 kwietnia 1987 r., sygn. akt K 1/87.

<sup>27</sup> Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 października 1994 r., sygn. akt U 1/94.

<sup>28</sup> Zob. szerzej J. Oniszcuk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 18–19.

zmiennych<sup>29</sup> lub norm, których zmiana oparta jest na innych zasadach i przeprowadzana w szczególnym trybie<sup>30</sup>. Konstytucja RP z 1997 r. wyróżnia grupę przepisów poprzez zastosowanie do ich zmiany specjalnego trybu. Co ciekawe, tylko nieliczni autorzy katalogów konstytucyjnych zasad prawa komentują fakt formalnego wyróżnienia części przepisów Konstytucji RP z 1997 r.<sup>31</sup>

Szczególny tryb zmiany postanowień konstytucji służy zazwyczaj ochronie norm istotnych z punktu widzenia ustroju państwa. Konstytucja RP z 1997 r. zawiera takie postanowienia w art. 235, który przewiduje specjalny tryb zmiany przepisów rozdziałów I, II i XII<sup>32</sup>. Czy można więc uznać, że normy prawne wynikające z przepisów rozdziału I (Rzeczpospolita), II (Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela) oraz XII (Zmiana Konstytucji) zostały wskazane przez ustrójodawcę jako normy o charakterze szczególnym i to właśnie one powinny posiadać status konstytucyjnych zasad prawa?

Nadanie wybranym przepisom większej trwałości poprzez ustanowienie szczególnego trybu ich zmiany rodzi określone konsekwencje. Przede wszystkim zyskują one wyższą moc prawną niż pozostałe przepisy konstytucyjne<sup>33</sup>.

Zróznicowanie trybu zmiany przepisów konstytucyjnych stanowi podstawę prawną dla wyróżnienia wybranych przepisów ustawy zasadniczej. Przepisy te może charakteryzować zróznicowanie hierarchiczne względem siebie, jednak w stosunku do innych norm konstytucyjnych mają one wyższą moc prawną<sup>34</sup>.

Zdaniem części doktryny traktowanie wszystkich postanowień rozdziału pierwszego Konstytucji RP z 1997 r. jako konstytucyjnych zasad prawa byłoby błędem, z racji umieszczenia tam norm o różnej randze. Szereg norm kluczowych dla określenia zasad ustroju zawiera natomiast rozdział drugi<sup>35</sup>.

Uważam, że rozdział drugi Konstytucji RP z 1997 r., poświęcony wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela, zawiera szereg przepisów, które mogą pretendować do rangi konstytucyjnych zasad prawa. Wśród nich szczególną pozycję, zarówno pod względem miejsca zajmowanego w strukturze ustawy zasadniczej, jak też z uwagi na funkcję, jaką spełnia w katalogu praw i wolności osobistych, zajmuje art. 38. Świadczy to o wadze, jaką Konstytucja RP z 1997 r. przywiązuje do zagadnienia prawnej ochrony życia ludzkiego, co pozwala na uznanie prawa do ochrony życia za konstytucyjną zasadę prawa.

<sup>29</sup> Zob. L. Garlicki, *Normy konstytucyjne relatywnie niezmiennialne*, w: J. Trzcíński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 141–147.

<sup>30</sup> Zob. K. Działocha, *Hierarchia norm konstytucyjnych i jej rola w rozstrzyganiu kolizji norm*, w: J. Trzcíński (red.), *Charakter i struktura...*, op. cit., s. 83–88.

<sup>31</sup> Zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 86–87; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 52.

<sup>32</sup> Art. 235 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

<sup>33</sup> Pogląd taki wyraził W. Sokolewicz, *Rozdział XII. Zmiana Konstytucji*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2001, s. 35.

<sup>34</sup> Por. K. Działocha, *Hierarchia norm konstytucyjnych...*, op. cit., s. 83–84.

<sup>35</sup> Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 52.

#### IV. SZCZEGÓLNY CHARAKTER NORMY Z ARTYKUŁU 38 KONSTYTUCJI RP Z 1997 R.

Konstytucja RP z 1997 r., na mocy przepisów art. 38, zapewniła każdemu człowiekowi prawną ochronę życia. Przepis ten, choć lakoniczny, łącznie z innymi normami ustawy zasadniczej oraz ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi zapewnia wysoki poziom ochrony życia ludzkiego w Polsce. Stał się także punktem odniesienia dla dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny oceny konstytucyjności ustaw odnoszących się do problematyki ochrony życia i zdrowia.

Artykuł 38 ma więc nie tylko znaczenie deklaratoryjne, ale także znaczenie praktyczne dla procesów stanowienia i stosowania prawa. Przepis ten, z uwagi na swoje znaczenie, orientuje polski system prawa na ochronę człowieka i wartości dla niego najcenniejszych.

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że art. 38 jest normą konstytucyjną o szczególnym znaczeniu. Doktryna prawa konstytucyjnego normy takie określa mianem konstytucyjnych zasad prawa. Kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, czy badana norma ma charakter konstytucyjnej zasady prawa, ma ustalenie, czy ma ona określone cechy. Jak już dowiodłem wyżej (s. 38), art. 38 jest konstytucyjną zasadą prawa.

Takie kryteria mają jednak charakter subiektywny. Kryteriów obiektywnych może dostarczyć jedynie tekst ustawy zasadniczej. Wskazówką może być wyróżnienie przez ustawę zasadniczą niektórych postanowień przez nadanie im wyjątkowego statusu. Takie formalne wyróżnienie może przybrać postać wskazania norm niezmiennych lub wyróżnienia norm, których zmiana oparta jest na innych zasadach i przeprowadzana w szczególnym trybie.

Konstytucja RP z 1997 r. w art. 235 wyróżnia w ten sposób przepisy rozdziału I (Rzeczpospolita), II (Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela) oraz XII (Zmiana Konstytucji). Twierdzenie, iż wszystkie normy zgromadzone w tych rozdziałach zyskują tym samym status konstytucyjnych zasad prawa byłoby bezzasadne. Jednak wskazane rozdziały Konstytucji RP z 1997 r. zawierają szereg przepisów, które mogą pretendować do rangi konstytucyjnych zasad prawa. Wśród nich szczególną pozycję, zarówno pod względem miejsca zajmowanego w strukturze ustawy zasadniczej, jak też z uwagi na funkcję, jaką spełnia w katalogu praw i wolności osobistych, zajmuje art. 38.

Fakt spełniania przez normę z artykułu 38 Konstytucji RP z 1997 r. wszystkich wskazanych kryteriów, zarówno subiektywnych, jak i obiektywnych, pozwala uznać, że posiada ona cechy konstytucyjnej zasady prawa. Z uwagi na ten status, prawo do ochrony życia powinno być zatem punktem wyjścia dla kształtowania pozostałych norm systemu prawa.

Wysoki stopień abstrakcyjności normy z art. 38 oraz kluczowe znaczenie dla konstytucyjno-prawnej ochrony jednostki sprawiają, że należy ją zaliczyć do norm o charakterze materialnym. Opierając się na powyższych ustaleniach, należy uznać, że art. 38 służy wyznaczeniu kierunków działań państwa w zakresie ochrony życia jednostki i przez to pełni ważną rolę w systemie prawa polskiego.

W związku z tym kolejnym pytaniem, jakie się nasuwa, jest kwestia, czy artykuł 38 należy uznać za normę programową. Ustalenie tego jest możliwe na drodze analizy jej znaczenia normatywnego<sup>36</sup>.

Jak już wspomniałem, art. 38 spełnia ważne zadanie w badaniu konstytucyjności ustaw. Oznacza to, że jest on traktowany przez Trybunał Konstytucyjny jako wskazówka interpretacyjna. Z uwagi na charakter dobra, jakie chroni, przepis ten jest także wskazówką interpretacyjną dla innych norm konstytucji.

Artykuł 38 posiada solidną podbudowę ideową. Jego przepisy nawiązują bezpośrednio do idei propagowanych w umowach międzynarodowych z dziedziny praw człowieka. Za ich pośrednictwem artykuł 38 nawiązuje do idei prawa natury, będącej inspiracją dla wszystkich regulacji z tej dziedziny praw człowieka. W kontekście szczególnego charakteru norm konstytucyjnych oraz funkcji ustawy zasadniczej, można stwierdzić, że przepis chroniący życie ludzkie spełnia także ważną rolę edukacyjną.

Wysunięcie konkretnego roszczenia, na podstawie przepisów art. 38 Konstytucji RP z 1997 r., wydaje się mało realne. Z treści art. 38 nie wynika bowiem zobowiązanie państwa do podjęcia jakiegokolwiek konkretnego działania, ale jedynie do zapewnienia ochrony życia. Należy więc zakładać, że sformułowanie roszczenia jest możliwe jedynie przy wykorzystaniu konkretnych przepisów niższej rangi, które można zinterpretować w nawiązaniu do normy konstytucyjnej gwarantującej ochronę życia. Stąd wniosek, że przepis ten nie ma bezpośredniego znaczenia normatywnego, chyba że w sferze wolności (hipotetyczna możliwość wywiedzenia z prawa do ochrony życia, prawa do życia, z niego zaś prawa do śmierci, czyli kluczowej dla śmierci na żądanie wolności, w kwestii wyboru momentu śmierci).

Norma z art. 38 nie nadaje się do bezpośredniego wykorzystania praktycznego. Wskazuje ona natomiast cel, jaki chciał osiągnąć ustrójodawca, czyli objęcie życia każdego człowieka ochroną prawa. Ogólne, wręcz ogólnikowe sformułowanie przepisów art. 38 sprawia, że nie wskazuje on sposobów realizacji wspomnianego celu. Należy przy tym zauważyć, że wskazany w tym artykule cel państwo musi realizować permanentnie. W związku z tym nie ma możliwości zakończenia działań w związku z zakończeniem realizacji tego zadania.

Sformułowanie użyte w art. 38, a mianowicie „Rzeczpospolita zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”, prowadzi do wniosku, że początkiem ochrony jest chwila, z którą przepis ten zaczął obowiązywać. Oznaczało to konieczność podjęcia natychmiastowych działań ze strony wszystkich organów państwowych w celu ochrony życia wszystkich ludzi przebywających na jego terytorium. Tak ogólnie sformułowana norma nakłada na państwo obowiązki na ogromną skalę, obejmujące wszelkie aspekty jego działalności, od stanowienia ustaw, po nadzór nad praktyką ich stosowania.

<sup>36</sup> Zob. P. Sarnecki, *Normy programowe w konstytucji i odpowiadające im wolności obywatelskie*, w: L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 252–262.

Powyższe ustalenia wskazują, że norma z art. 38 ma charakter normy programowej<sup>37</sup>. W doktrynie prawa funkcjonuje pogląd, że normy programowe wyróżnia jeszcze jedna cecha szczególna. W opinii autorów analizujących problematykę norm programowych, nie są one z uwagi na swą strukturę regułami, lecz zasadami<sup>38</sup>. Dla stwierdzenia, czy dotyczy to art. 38 Konstytucji RP z 1997 r., należy go poddać dodatkowej analizie.

Zasady prawa są normami, które można określić jako optymalizacyjne, czyli nakazujące realizację wskazanych celów w możliwie największym zakresie, z uwzględnieniem zarówno możliwości prawnych, jak też faktycznych. Jak wykazałem wyżej, obowiązek podjęcia takich właśnie działań nakłada na państwo art. 38.

Cechą charakterystyczną normy programowej jest to, że wskazane przez nią cele mogą być realizowane w różnym, bliżej nieokreślonym stopniu. Artykuł 38 Konstytucji RP spełnia także to kryterium, czego dowodzi dziewięcioletnia (obejmująca lata 1997–2006) praktyka realizacji jego przepisów. W tym czasie nie nastąpiła żadna wyraźna poprawa w zakresie prawnej ochrony życia ludzkiego w Polsce, co wskazuje na fakt swobodnego doboru przez państwo środków realizacji celu wskazanego w art. 38.

Specyficzną cechą zasad jest także sposób rozstrzygania ich kolizji. Kolizja reguł prowadzi do trwałego uchylenia jednej z nich. W przypadku kolizji zasad należy natomiast rozważyć stan faktyczny i dokonać uznania jednej z nich za nieobowiązującą w tym konkretnym przypadku. Wynika z tego, że nie następuje trwałe uchYLENIE żadnej z zasad. W tym sensie norma z art. 38 jest zasadą. Jako przykład można tu wskazać hipotetyczną sytuację kolizji zasady nakazującej ochronę życia z zasadą ochrony życia. Sytuacja taka może mieć miejsce w przypadku, gdy występuje zagrożenie życia kobiety ciężarnej, możliwe do odsunięcia poprzez przerwanie ciąży. Następuje tu kolizja prawa do życia kobiety ciężarnej oraz płodu. Niezależnie od podjętej w tym jednostkowym przypadku decyzji, polegającej na odstąpieniu od zasady ochrony życia, nie dochodzi do trwałego uchylenia prawa do ochrony życia wszystkich kobiet ciężarnych bądź wszystkich płodów.

Kolejną cechą, pozwalającą sklasyfikować normę z art. 38 jako normę programową, jest brak sankcji. Nie oznacza to jednak, że naruszenie dobra chronionego na mocy tego przepisu pozostanie bezkarne, gdyż normy programowe są powiązane z odpowiednimi normami sankcjonującymi. Dotyczy to szczególnie normy pełniącej, tak jak art. 38, kluczową rolę wśród norm danej grupy.

Artykuł 38 Konstytucji RP jest wykorzystywany w charakterze kryterium służącego badaniu konstytucyjności ustaw przez Trybunał Konstytucyjny. Badanie zgodności ustaw z normą programową jest uznawane za kwestię niezwykle złożoną. Może ono spowodować, że Trybunał Konstytucyjny będzie zmuszony badać

<sup>37</sup> Normy programowe są także określane mianem postanowień o celach programowych bądź przepisów o celach państwa. Zob. K. Complak, *Konstytucyjne postanowienia programowe czy normy o celach państwa?*, w: L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji...*, op. cit., s. 46–61.

<sup>38</sup> Por. T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, w: J. Trzcinski (red.), *Charakter i struktura...*, op. cit., s. 99–103.

konstytucyjność ustawy, opierając się nie na kryteriach prawnych, lecz na wiedzy empirycznej oraz wartościach pozaprawnych. Działania takie mogą doprowadzić do przekroczenia granicy pomiędzy kontrolą konstytucyjności a legislacją. Uwagi te nabierają wyjątkowego znaczenia w przypadku normy chroniącej życie ludzkie. Trybunał Konstytucyjny miał już bowiem okazję wypowiedzieć się w tej kwestii. Orzeczenie to opierało się na przepisach Konstytucji RP z 1952 r., więc nie odnosiło się do przepisów art. 38, ale Trybunał Konstytucyjny napotkał wówczas na wszelkie opisane powyżej trudności, a jego działania wzbudziły liczne kontrowersje.

Przedstawione powyżej argumenty pozwalają z całą pewnością stwierdzić, że norma z art. 38 Konstytucji RP z 1997 r. jest normą programową.

## V. ZASADA OCHRONY ŻYCIA LUDZKIEGO

Mając na względzie stwierdzony powyżej charakter prawnej ochrony życia, należy zwrócić uwagę na fakt pewnego niedoceniań tej normy w doktrynie. Prawo do ochrony życia nie jest szczególnie eksponowane w analizach poświęconych prawom człowieka. Tym bardziej nie jest traktowane jako konstytucyjna zasada prawa. Problem ten nie dotyczy jedynie normy z art. 38, ale stosunku polskiego prawa konstytucyjnego do norm regulujących wolności i prawa człowieka i obywatela w ogóle.

Większość autorów opracowań poświęconych zagadnieniu konstytucyjnych zasad prawa skupia się na zasadach dotyczących wewnętrznej organizacji państwa i jego porządku prawnego oraz dotyczących pochodzenia, legitymacji, organizacji i struktury władzy. Stosunkowo niewiele uwagi poświęcają oni relacjom jednostki i państwa, wskazując, że problematykę tę reguluje zasada demokratycznego państwa prawnego. Praktyka ta, słuszną w latach obowiązywania przepisów Konstytucji RP z 1952 r., trwa pomimo obowiązywania nowej ustawy zasadniczej. Większość katalogów konstytucyjnych zasad prawa sprawia wrażenie, jakby uchwalenie Konstytucji RP z 1997 r. nie miało na nie żadnego wpływu.

Konstytucja RP z 1997 r. jako podstawę ustroju państwa wskazuje poszanowanie praw jednostki. Pomimo takiego rozłożenia akcentów nie znajduje to odzwierciedlenia w katalogach konstytucyjnych zasad prawa, które relacje na linii jednostka-państwo pozostawiają nadal zasadzie demokratycznego państwa prawnego. Jest to tym dziwniejsze, że nadmierna „rozciągliwość” tej zasady oraz jej rzekome nadużywanie przez Trybunał Konstytucyjny było wielokrotnie przedmiotem krytyki w doktrynie prawa konstytucyjnego.

Można wskazać jedynie kilka opracowań, których autorzy, poza zasadą demokratycznego państwa prawnego, wyodrębnili konstytucyjne zasady prawa, dotyczące relacji jednostki i państwa. Zasadami tymi są: zasada wolności i praw człowieka i obywatela<sup>39</sup>, zasada przyrodzonej godności człowieka<sup>40</sup> oraz zasa-

<sup>39</sup> Por. W. Skrzydło, *Ustrój polityczny RP w świetle Konstytucji z 1997 r.*, Kraków 2004, s. 77–79; M. Granat, *Konstytucyjne zasady ustroju...*, op. cit., s. 115–117.

<sup>40</sup> Por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne...*, op. cit., s. 81–82.

da ochrony własności. Sformułowanie takich zasad należy ocenić pozytywnie. Jednocześnie nie sposób pominąć faktu obszerności pierwszych dwóch, co powoduje, że ich praktyczne wykorzystanie będzie rodziło podobne trudności jak w przypadku zasady demokratycznego państwa prawnego. Wydaje się, że należy formułować mniej obszerne zasady, zwiększając równocześnie liczbę konstytucyjnych zasad prawa. Z kolei zasada obejmująca wyłącznie ochronę własności wydaje się mieć zbyt wąski charakter jak na konstytucyjną zasadę prawa.

Przyjmując, że prawo do ochrony życia ma status konstytucyjnej zasady prawa, postanowiłem podjąć próbę sformułowania takiej zasady. Konstytucyjna zasada prawa nie może dotyczyć ochrony tylko jednego dobra, dlatego postanowiłem stworzyć konstrukcję szerszą. Nie powinna ona skupiać się jedynie na uznawanej powszechnie za oczywistą<sup>41</sup> zasadzie ochrony życia, lecz w swej treści zawierać także inne podstawowe dla człowieka dobra, obejmując je ochroną łącznie. Istnienie zasady o takiej treści spowodowałoby wyróżnienie podstawowych wartości spośród innych norm rozbudowanego katalogu praw i wolności człowieka. Stworzenie takiej zasady pozwoliłoby na łączne postrzeganie tych wartości jako podstawowych dla egzystencji człowieka.

Na treść nowej konstytucyjnej zasady prawa powinny składać się normy z trzech artykułów Konstytucji RP z 1997 r.: art. 38, 31 oraz art. 21. Każdy z nich pełni funkcję kluczową w ramach grupy norm konstytucyjnych poświęconych ochronie pewnych dóbr, uznawanych za absolutnie podstawowe. Artykuł 38 służy ochronie życia, a pośrednio także ochronie zdrowia, artykuł 31 służy ochronie wolności, natomiast artykuł 21 służy ochronie własności.

Zasada taka mogłaby przybrać formę: „zasada ochrony życia, wolności i własności”, nawiązując tym samym do znanej triady, obejmującej prawo do ochrony życia, wolności i mienia<sup>42</sup>, a tym samym do praw człowieka pierwszej generacji<sup>43</sup>. Możliwe jest także inne, bardziej zwarte sformułowanie: „zasada szczególnej ochrony podstawowych praw jednostki”, nawiązujące do kluczowego znaczenia tych wartości dla jednostki ludzkiej. Drugie rozwiązanie wydaje się o tyle lepsze, że pozostawia otwartą kwestię zaliczenia do praw podstawowych innych dóbr uznawanych za najważniejsze dla jednostki.

Włączenie zasady ochrony praw kardynalnych do katalogów konstytucyjnych zasad prawa pozwoliłoby na wskazanie podstawowych, z punktu widzenia jednostki, celów, którym powinna być podporządkowana cała działalność państwa. Uwzględnienie tych postulatów pozwoliłoby na bardziej zrównoważone rozłożenie akcentów i „humanizację” katalogu konstytucyjnych zasad prawa. Kwestia uznania takiej zasady zależy jedynie od stanowiska doktryny prawa konstytucyjnego, gdyż Konstytucja RP z 1997 r. stoi na stanowisku ochrony tych wartości.

<sup>41</sup> Por. P. Sarnecki, *Wolności i prawa osobiste...*, op. cit., s. 2.

<sup>42</sup> R. Grabowski, *Proces przekształcenia idei prawnej ochrony życia w normę konstytucyjną*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego, Prawo 3, Rzeszów, s. 78–92.

<sup>43</sup> Zob. M. Nowak, *Trzy generacje praw człowieka*, w: B. Banaszak (red.), *Prawa człowieka. Geneza, koncepcje, ochrona*, Wrocław 1993, s. 105–119.

## **NORM OF LAW IN ART. 38 OF THE POLAND'S 1997 CONSTITUTION AS A PRINCIPLE OF LAW**

Since the structural transformation (1989–1992) authors still mention the same supreme principles, although a new constitution was resolved in 1997. It seems unlikely that coming into force of the constitution – which differs from the preceding constitutional regulations – has not caused at least minimal changes among constitutional rules of law. The paper focuses on considering if a rule stated in the 38<sup>th</sup> article of the polish constitution is a rule of law. The above regulation providing protection of life, introduced to the polish legal system by the new constitution, has never been similarly analysed.

Article 38 is not only a declaration but also has a practical meaning for proclaiming and applying the law. The regulation directs the polish legal system at human protection. Ultimately, then, article 38 is a significant constitutional rule. According to the doctrine of constitutional law, such rules are defined as constitutional rules of law.

The above rule should be reckoned among substantive rules as it is highly abstract and has a key meaning for the human protection provided by the constitution. This leads to the conclusion that article 38 is essential for determining main objects of the state's activities in terms of a life protection. To sum up, it plays an important role in the polish legal system.



KRYSTYNA KOWALIK-BAŃCZYK

## ZAKRES UPRAWNIEN WYNIKAJĄCYCH Z POSIADANIA OBYWATELSTWA EUROPEJSKIEGO W ŚWIELE ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

### I. WPROWADZENIE

Pojęcie obywatelstwa Unii Europejskiej istnieje już od ponad dziesięciu lat. Zostało wprowadzone do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)<sup>1</sup> w 1993 r. i w myśl art. 17 tego aktu posiada je każda osoba będąca obywatelem jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej (UE)<sup>2</sup>. Prawa wynikające z obywatelstwa europejskiego są podane enumeratywnie w artykułach 18–21 TWE<sup>3</sup>. Przedmiotem niniejszego opracowania jest omówienie zakresu

<sup>1</sup> Traktat z Maastricht, zmieniający m.in. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, wszedł w życie 1 listopada 1993 r. Traktat Amsterdamski zmienił redakcję artykułu definiującego obywatelstwo europejskie, podkreślając jego akcesoryjność i zależność od obywatelstwa państwa członkowskiego UE – por. A. Łazowski, w: M. Kenig-Witkowska (red.), *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 64, szerzej o obywatelstwie Unii Europejskiej por: S. O’Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, Londyn 1999; S. O’Leary, *Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship*, „European Law Review” 1999, vol. 24, s. 68–79; C. Oliveira, *Workers and Other Persons: Step by Step from Movement to Citizenship – Case law 1995–2001*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 77; N. Reich, *Union Citizenship – Metaphor or Source of Rights?*, „European Law Journal” 2001, vol. 7, s. 4–24; A. Łazowski, *Obywatelstwo Unii Europejskiej – uwagi teoretyczne i praktyczne w dziesięć lat po wejściu w życie Traktatu z Maastricht*, w: E. Piontek, A. Zawadzka (red.), *Szkice z prawa Unii Europejskiej. Tom I Prawo instytucjonalne*, Kraków 2003, s. 129–198.

<sup>2</sup> Kryteria nabycia obywatelstwa jednego z państw członkowskich UE pozostają w wyłącznej gestii państw członkowskich. Por. deklaracja nr 2 dotycząca obywatelstwa załączona do Traktatu o Unii Europejskiej, por. też orzeczenia w sprawach: 136/78 *Auer*, Zb. Orz. 1979, s. 437; 149/79 *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. 1980, s. 3881, pkt 10; C-192/99 *Manjit Kaur*, Zb. Orz. 2001, s. I-1237, pkt 19–20 (dotyczące trudności ze zdefiniowaniem obywatelstwa brytyjskiego).

<sup>3</sup> Prawo do swobodnego poruszania się i przebywania na terytorium Wspólnoty Europejskiej (art. 18), prawo do biernego i czynnego prawa wyborczego w wyborach lokalnych i w wyborach do Parlamentu Europejskiego (art. 19), prawo do ochrony dyplomatycznej i konsularnej ze strony innych państw członkowskich niż państwo własne na terytorium państwa trzeciego, na którym nie ma przedstawicielstwa własnego państwa (art. 20 – jak podają W. Czapliński i A. Wyrozumska „pod warunkiem uznania tego prawa ze strony zainteresowanego państwa trzeciego, regulacja wspólnotowa nie jest bowiem bezwzględnie skuteczna dla innych podmiotów prawa międzynarodowego”, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 195), prawo do składania petycji do Parlamentu Europejskiego (art. 21), prawo do składania skarg do Rzecznika Praw Obywatelskich

praw wynikających z samego faktu posiadania obywatelstwa Unii, w szczególności prawa do swobodnego poruszania się i pobytu na terytorium UE. W przeciwieństwie do pozostałych uprawnień związanych z posiadaniem obywatelstwa Unii Europejskiej zakres tego ostatniego pozostaje bowiem niejasny. Artykuł 18 TWE, stanowiąc w ust. 1, iż: „każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków określonych niniejszym Traktatem i przepisami wykonawczymi”, wyraźnie wskazuje, iż jest to uprawnienie ograniczone. Zgodnie z utrwaloną wykładnią pojęcia swobody przepływu osób<sup>4</sup> była ona zagwarantowana dla osób aktywnych ekonomicznie<sup>5</sup>, dopuszczano jednak stosowanie ograniczeń wynikających z pierwotnego i wtórnego prawa wspólnotowego<sup>6</sup>. W związku z tym można było oczekiwać, iż zastosowanie znajdą akty prawa wtórnego regulujące swobodny przepływ osób – obok przepisów prawa pierwotnego. W orzecznictwie stopniowo widoczne jest odchodzenie od ujęcia ściśle „ekonomicznego”, w kierunku bardziej ogólnego prawa do swobody przemieszczania się<sup>7</sup>, co powoduje, że pomijane są akty prawa wtórnego, a zakres uprawnień wywodzony jest jedynie z przepisów Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest prezentacja wydanego w ostatnich latach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (Trybunału lub ETS) dotyczącego uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa europejskiego. Po skrótowym wskazaniu początkowego orzecznictwa dotyczącego obywatelstwa, w pierwszej kolejności analizowany jest związek między faktem posiadania obywatelstwa europejskiego a zakazem dyskryminacji ze względu na pochodzenie. Następnie badana jest kwestia dopuszczalnych ograniczeń praw wynikających z art. 18 TWE. Wreszcie pokrótce przedstawiona zostanie dyrektywa 2004/38/WE dotycząca swobodnego przepływu obywateli

(art. 21) i zwracania się w jednym z języków urzędowych do organów i instytucji UE, z prawem oczekiwania odpowiedzi w tym samym języku (art. 21).

<sup>4</sup> Por. I. Boruta, *Swoboda przepływu osób*, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 76; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 71 i n.; G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 95 i n.

<sup>5</sup> E. Spaventa przedstawia szeroko odchodzenie od tej reguły w: *From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-) Economic European Constitution*, „Common Market Law Review” 2004, vol. 41, s. 743–773; N. Reich i S. Harbacevica mówią o *market citizens* w: *Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons*, „Common Market Law Review” 2003, vol. 40, s. 628.

<sup>6</sup> Byli pracownicy i osoby samozatrudniające się, studenci oraz inne osoby korzystają ze swobody przemieszczania się, jeżeli wykażą dwa warunki: posiadanie dochodów, tak by nie obciążać krajowego systemu pomocy społecznej, oraz ubezpieczenie na wypadek choroby, skuteczne w państwie przyjmującym, por. dyrektywa 90/365/EWG z 28 czerwca 1990 r. o prawie pobytu pracowników i osób samozatrudnionych po przerwaniu ich aktywności zawodowej, Dz.Urz. 1990, L 180, s. 28; dyrektywa 90/364/EWG w sprawie prawa pobytu, Dz.Urz. 1990, L 180, s. 26; dyrektywa 93/96/WE w sprawie pobytu studentów, Dz.Urz. WE 1993, L 317, s. 59.

<sup>7</sup> P. Larkin, *The Limits to European Social Citizenship in the United Kingdom*, „Modern Law Review” 2005, vol. 68, s. 435.

Unii Europejskiej i zostanie przeanalizowane, czy daje ona odpowiedź na wątpliwości wynikające z dotychczasowego orzecznictwa.

Już w pierwszym orzeczeniu Trybunału, w którym doszło do powołania się na art. 18 ust. 1 TWE – w sprawie *Martinez Sala*<sup>8</sup>, Trybunał uznał bezpośrednią skuteczność tego przepisu<sup>9</sup> oraz podał w wątpliwość związek uprawnień wynikających z obywatelstwa europejskiego z sytuacją ekonomiczną obywatela UE. Analogiczne rozumowanie zostało wykorzystane w sprawie *Grzelczyk*<sup>10</sup>, w której obywatel francuski studiujący w Belgii wyegzekwował od tego państwa obowiązek zapłaty zasiłku socjalnego przysługującego obywatelom belgijskim<sup>11</sup>. Oba te orzeczenia mogłyby stwarzać podstawę do postawienia tezy, iż Trybunał wywodzi prawo do swobodnego przemieszczania się z samego faktu posiadania obywatelstwa europejskiego. Sięga jednak do tego argumentu wówczas, gdy istnieje jakiś łącznik wspólnotowy, jeżeli sytuacja nie może zostać określona jako sytuacja czysto wewnętrzna<sup>12</sup>. W celu wykazania istnienia „elementu wspólnotowego” Trybunał niemal zawsze posiłkuje się zakazem dyskryminacji ze względu na pochodzenie (art. 12 TWE), tym samym wyłączając możliwość wywodzenia uprawnień li tylko z samego faktu bycia obywatelem UE. ETS uznaje bowiem, że konieczne jest wykazanie, iż jest się nie tylko obywatelem UE, ale że jest się „dyskryminowanym” obywatelem UE<sup>13</sup>. W ostatnio wydanych orzeczeniach Trybunału ta tendencja, by sięgać do zasady niedyskryminacji, nadal się utrzymuje.

## II. ORZECZENIA ETS OPARTE NA ART 12 I 17 TWE

Z faktem posiadania obywatelstwa europejskiego wiąże się prawo powoływania się na prawa i obowiązki przewidziane w TWE, w tym na art. 12, w sytuacjach, które *rationae materiae* pozostają w zakresie prawa wspólnotowego<sup>14</sup>. W ostatnim czasie Trybunał dopuszcza jednak możliwość powołania się łącznie na art. 12 i 17 TWE w wypadkach nie wchodzących w zakres prawa wspólnotowego. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *D'Hoop*<sup>15</sup>. Pani Marie-Nathalie

<sup>8</sup> C-85/96, *Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, Zb. Orz. 1998, s. I-2691; C. Tomuschat, *Casenote on Case C-85/96 Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 449–457.

<sup>9</sup> A. Łazowski, w: M. Kenig-Witkowska (red.), *Prawo instytucjonalne...*, op. cit., s. 62.

<sup>10</sup> C-184/99 *Grzelczyk v. Centre public d'aide sociale d'Ottignes-Louvain-La-Neuve*, Zb. Orz. 2001, s. I-6193.

<sup>11</sup> Trybunał odszedł tutaj od swojego wcześniejszego rozstrzygnięcia w analogicznej sprawie, wydanego przed wprowadzeniem obywatelstwa europejskiego: 197/86 *Brown v. Secretary of State for Scotland*, Zb. Orz. 1988, s. 3205, omówienie: „Common Market Law Review” 1988, vol. 3, s. 403.

<sup>12</sup> K. Kowalik-Bańczyk, *Klauzula spraw czysto wewnętrznych – kurczący się obszar niestosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Wspólnoty Europejskiej*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, nr 3 (14), s. 34 i n.

<sup>13</sup> Zasada niedyskryminacji jest przy tym stale interpretowana tak, jak przed pojawieniem się obywatelstwa europejskiego – por. T. Tridimas, *General Principles of EC Law*, Oxford 1999, s. 84, czyli tak jak to miało miejsce np. w orzeczeniu w sprawie 186/86 *Cowan v. Tresor Public*, Zb. Orz. 1989, s. 195.

<sup>14</sup> C-85/96 *Martinez Sala*, pkt 62.

<sup>15</sup> C-224/98 *Marie-Nathalie D'Hoop v. Office national de l'emploi*, Zb. Orz. 2002, s. I-6191.

D'Hoop, obywatelka belgijska, ukończywszy szkołę średnią we Francji, odbyła studia uniwersyteckie w Belgii. Ustawodawstwo belgijskie<sup>16</sup> przewiduje dla osób, które ukończyły studia wyższe i po raz pierwszy szukają pracy, możliwość otrzymania specjalnego zasiłku dla bezrobotnych (tzw. *allocation d'attente*), który pozwala im również na pełne ubezpieczenie społeczne i udział w programach włączających do rynku pracy. Wniosek d'Hoop został potraktowany odmownie, ponieważ część jej edukacji szkolnej miała miejsce we Francji. Odwołanie od tej decyzji było rozpatrywane przez sąd pracy w Liege, który skierował pytanie prejudycjalne do Trybunału, czy skoro Trybunał już zinterpretował art. 39 TWE i art. 7 rozporządzenia 1612/68<sup>17</sup> jako gwarantujące, że zasiłki tego rodzaju powinny przysługiwać byłemu studentowi pozostającemu na utrzymaniu pracownika wspólnotowego, jeśli szkołę średnią ukończył on w innym państwie członkowskim, to tego samego rodzaju uprawnienie powinno przysługiwać obywatelce belgijskiej w analogicznej sytuacji. Trybunał Sprawiedliwości w odpowiedzi ustalił, iż powołane przepisy nie mogą mieć zastosowania, jako że powódka w sprawie głównej faktycznie nie znalazła się jeszcze na wspólnotowym rynku pracy<sup>18</sup>, a jej rodzice nigdy nie skorzystali ze swobody przepływu osób, więc nie mogła powołać się na przywileje przysługujące dzieciom pracownika wspólnotowego. Mimo iż pytanie skierowane przez sąd belgijski dotyczyło wykładni innych przepisów, Trybunał rozważył zagadnienie posiadania przez panią D'Hoop obywatelstwa europejskiego jako przesłanki uzasadniającej jej uprawnienie do uzyskania zasiłku. Trybunał zdecydował się na wykładnię art. 17 TWE, ponieważ do tego argumentu sięgnął Rzecznik Generalny Geelhoed (rzecznik twierdził, iż edukacja jako taka znajduje się w zakresie stosowania prawa wspólnotowego)<sup>19</sup>. Interweniujący rząd brytyjski argumentował, iż Trybunał nie powinien wywodzić uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa europejskiego z samego faktu legalnego przebywania przez jakiś czas na terytorium innego państwa członkowskiego. Konieczne jest również, by prowadzona przez obywatela europejskiego działalność w tym państwie była objęta zakresem prawa wspólnotowego. Byłoby tak, gdyby pani D'Hoop przebywała we Francji w celu

<sup>16</sup> Arrêté royal du 25 novembre 1991, portant réglementation du chômage, *Moniteur belge* du 31 décembre 1991, p. 29888. Ustawa ta stanowiła już przedmiot postępowania w trybie art. 226 TWE, w sprawie C-278/94, *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. 1996, s. I-4307, w której jako niezgodne ze swobodą przepływu pracowników (dokładnie z rozporządzeniem 1612/68) zostało uznane odmawianie prawa do takiego zasiłku dzieciom pracownika migrującego z innego państwa członkowskiego, jeżeli dzieci te nie ukończyły szkoły średniej w Belgii. Pod wpływem tego orzeczenia doszło do modyfikacji prawa belgijskiego, tak że obecnie prawo do zasiłku przysługuje dzieciom pracowników wspólnotowych, niezależnie od tego, w jakim państwie członkowskim pobierały edukację, o ile pozostają na utrzymaniu rodziców.

<sup>17</sup> Rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty, Dz.Urz. L 257 z 19 października 1968 r., s. 2 z późn. zm.

<sup>18</sup> Istnieją orzeczenia, w których ETS uznał, iż zasiłek dla bezrobotnych stanowi „korzyść socjalną” w rozumieniu art. 7 rozporządzenia 1612/68 – jak orzeczenia w sprawie 94/84 *Deak*, Zb. Orz. 1985, s. 1873 czy w sprawie C-278/94 *Komisja v. Belgia*, jednak w przypadku pani D'Hoop Trybunał stwierdził, że przepisy o swobodnym przepływie pracowników nie mają do niej zastosowania, pkt 17–18 orzeczenia w sprawie *D'Hoop*.

<sup>19</sup> N. Reich, S. Harbacevica, op. cit., s. 620.

uzyskania edukacji przydatnej do wykonywania zawodu, a ukończenia szkoły średniej za takie przygotowanie zawodowe uznać nie można<sup>20</sup>.

Trybunał nie podzielił wątpliwości rządu brytyjskiego, uznał bowiem, iż status obywatela Unii Europejskiej ma charakter zasadniczy. Obywatel UE, który skorzystał ze swobody przepływu, nie powinien być traktowany gorzej przez swoje państwo pochodzenia tylko dlatego, że wykorzystał możliwość nauki w innym państwie członkowskim. Zwłaszcza niedopuszczalne są takie rozwiązania w prawie krajowym, które faktycznie „karałyby” taką osobę za skorzystanie z prawa do swobodnego przemieszczania się<sup>21</sup>, a do tego sprowadzałyby się odmowa przyznania zasiłku dla bezrobotnych obywatelowi danego państwa członkowskiego, który ukończył szkołę średnią w innym państwie członkowskim. Przepisy krajowe uzależniające możliwość uzyskania zasiłku od tego, czy dana osoba odbyła swą edukację przeduniwersytecką w tym państwie, stawiają w niekorzystnej sytuacji niektórych obywateli tego państwa jedynie z powodu skorzystania przez nich ze swobody przemieszczania się, by kształcić się w innym państwie członkowskim. Taka nierówność traktowania stoi w sprzeczności z uprawnieniami związanymi z obywatelstwem Unii Europejskiej, w tym z zasadą równego traktowania przy wykonywaniu swobody przepływu. Warunki stawiane przez państwo pochodzenia mogłyby być usprawiedliwione jedynie wówczas, gdyby opierały się na obiektywnych przesłankach, niezależnych od obywatelstwa osoby zainteresowanej i były proporcjonalne do celu zakładanego przez ustawodawcę krajowego, co według Trybunału w tym przypadku nie miało miejsca<sup>22</sup>. Tak szeroka wykładnia zakresu stosowania prawa wspólnotowego przypomina interpretację przyjętą przez Trybunał w orzeczeniu *Carpenter*<sup>23</sup>, w którym fakt świadczenia (sporadycznie) usług przez obywatela brytyjskiego osobom z innych państw członkowskich dawał jego żonie, obywatelce państwa trzeciego, status osoby korzystającej z przywilejów przewidzianych dla rodziny pracownika wspólnotowego bądź osób świadczących usługi w innym państwie członkowskim<sup>24</sup>.

Orzeczenie w sprawie *d'Hoop* wskazuje na to, iż Trybunał sięga po argument obywatelstwa europejskiego w kontekście, który, co do zasady, nie wchodzi w zakres kompetencji wspólnotowej. Edukacja szkolna pozostaje w gestii państw członkowskich; jedynym elementem, który uzasadnia tutaj powołanie się na obywatelstwo europejskie, jest fakt zmiany miejsca zamieszkania przez panią *d'Hoop* w okresie edukacji przeduniwersyteckiej. Argument dyskryminacji pojawia się przy porównaniu sytuacji obywateli belgijskich, którzy odbyli edukację

<sup>20</sup> Pkt 20 orzeczenia w sprawie C-224/98 *D'Hoop*.

<sup>21</sup> Pkt 28–31 orzeczenia w sprawie C-224/98 *D'Hoop*. Trybunał odwołuje się do swego znaczącego wcześniejszego orzeczenia w sprawie C-370/90 *Singh*, Zb. Orz. 1992, s. I-4265, pkt 23. D. Kostakopoulou określa to jako „*deterrence argument*”, w: *Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change*, „*Modern Law Review*” 2005, vol. 68 (2), s. 254.

<sup>22</sup> Pkt 34–36 i 38–40 orzeczenia w sprawie C-224/98 *D'Hoop*.

<sup>23</sup> C-60/00 *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2002, s. I-6279.

<sup>24</sup> Por. dokładniejsze omówienie: G. Barret, *Family Matters: European Community Law and Third Country Family Members*, „*Common Market Law Review*” 2003, vol. 40, s. 369, 406.

przeduniwersytecką w Belgii, i osób w sytuacji takiej jak powódka w sprawie głównej.

Innego zagadnienia, pozostającego co do zasady jednak również poza zakresem kompetencji wspólnotowej, dotyczyło orzeczenie w sprawie *Garcia Avello*<sup>25</sup>. Na obywatelstwo Unii Europejskiej i wynikające z niego uprawnienia powołał się obywatel hiszpański (posiadający również obywatelstwo belgijskie), który chciał, by jego dzieci, posiadające podwójne obywatelstwo (belgijskie i hiszpańskie), mogły nosić nazwiska obojga rodziców – zgodnie z przyjętą w Hiszpanii zasadą. Prawo belgijskie traktowało dzieci tak, jakby miały one wyłącznie obywatelstwo belgijskie<sup>26</sup>, a prawo belgijskie przewidywało zasadniczo, iż dziecko nosi nazwisko ojca. Pan Garcia Avello i jego żona narodowości belgijskiej mająca nazwisko Weber złożyli w 1995 r. wniosek o zmianę nazwiska dwójki posiadanych przez nich dzieci, z nazwiska po ojcu „Garcia Avello”, na nazwisko „Garcia Weber”. Minister Sprawiedliwości odmówił zmiany nazwiska dzieci. W 1998 r. pan Garcia Avello odwołał się do Rady Stanu, a ta skierowała pytania prejudycjalne o wykładnię art. 17 i 18 TWE. Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż obywatel innego państwa członkowskiego, legalnie przebywający na terytorium państwa przyjmującego, może się powoływać na art. 12 TWE, by uniknąć dyskryminacji ze względu na pochodzenie w odniesieniu do zasad rządzących nadawaniem nazwisk. Wprawdzie w obecnym stanie prawnym zagadnienie nadawania nazwisk pozostaje w kompetencji państw członkowskich UE, jednak państwa te przy jej wykonywaniu powinny szanować prawo wspólnotowe, a zwłaszcza uprawnienia wynikające z posiadania obywatelstwa UE. Obywatelstwo UE nie ma na celu rozszerzenia zakresu stosowania prawa wspólnotowego *rationae materiae* na sytuacje czysto wewnętrzne<sup>27</sup>, w tym przypadku jednak występuje według Trybunału łącznik wspólnotowy, ponieważ chodzi o obywatela innego państwa członkowskiego, i bez znaczenia jest posiadanie przez niego również obywatelstwa państwa przyjmującego<sup>28</sup>. Trybunał przyjął tu wyjątkowo szeroką definicję pojęcia dyskryminacji, uznając, iż pan Avello powinien móc się w tym przypadku powołać na swoje obywatelstwo hiszpańskie, by uniknąć skutków stosowania prawa belgijskiego.

<sup>25</sup> C-148/02 *Carlos Garcia Avello v. État belge*, Zb. Orz. 2003, s. I-11613. Por. omówienie w: A. Frąckowiak-Adamska, *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 22. Autorka przywołuje też sprawę C-96/04 *Standesamt Stadt Niebiül*, również dotyczącą prawa stanu cywilnego, s. 23.

<sup>26</sup> Zgodnie z art. 3 Konwencji haskiej z 12 kwietnia 1930 r., dotyczącej pewnych zagadnień związanych z konfliktem ustaw o obywatelstwie (*Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 179, s. 89), „osoba posiadająca dwa lub więcej obywatelstw może być uznana przez każde z państw, którego obywatelstwo posiada, za obywatela tego państwa”.

<sup>27</sup> Pkt 22 orzeczenia w sprawie C-148/02 *Garcia Avello*: „obywatelstwo Unii, określone w art. 17 TWE, nie ma na celu rozszerzenia zakresu materialnego zastosowania traktatu również na sytuacje wewnętrzne niemające żadnego związku z prawem wspólnotowym” – potwierdzając tezę z orzeczenia w sprawie C-64 i 65/96 *Kari Uecker, Vera Jacquet v. Land Nordrhein Westfalen*, Zb. Orz. 1997, s. I-3171, por. w tym zakresie N.N. Shuibhne, *Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 750 i n.

<sup>28</sup> Pkt 22–29 orzeczenia w sprawie C-148/02 *Garcia Avello*.

Kolejne orzeczenie dotyczące relacji między posiadaniem obywatelstwa a zakazem dyskryminacji to wyrok w sprawach połączonych *Gaumain-Cerri i Barth*<sup>29</sup>. Został on wydany w odpowiedzi na pytania prejudycjalne niemieckich sądów ubezpieczeń społecznych (*Sozialgericht Hannover* i *Sozialgericht Aachen*), dotyczące wykładni rozporządzenia 1408/7130. Sprawy w obu przypadkach dotyczyły odmowy wypłaty zasiłku osobom opiekującym się osobami niezdolnymi do samodzielnego funkcjonowania, uprawnionymi do tego zasiłku w Niemczech<sup>31</sup>. Rozważając odpowiedź na pytanie prejudycjalne, Trybunał stwierdził, iż art. 17 TWE oraz rozporządzenie 1408/71, zmienione rozporządzeniem 118/9732, wykluczają odmowę wypłaty zasiłku przez właściwą instytucję jedynie z tego powodu, że osoba opiekująca się zamieszkuje w innym państwie członkowskim niż państwo ubezpieczyciela. Posiadanie obywatelstwa Unii Europejskiej zapewnia równe traktowanie, a wprowadzenie kryterium stałego pobytu na terytorium może faktycznie prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji, zakazanej przez prawo wspólnotowe<sup>33</sup>.

### III. ORZECZENIA ETS OPARTE NA ART. 18 I 12 TWE

Poza powoływaniem art. 17 i 12, również częste jest podnoszenie prawa do przemieszczania się i pobytu, wynikającego z art. 18 TWE łącznie z zakazem dyskryminacji (tak np. we wspomnianych już orzeczeniach w sprawach *Martinez Sala* i *Grzelczyk*). Komentowane w doktrynie orzeczenie w sprawie *Baumbast and i?*<sup>34</sup> obrazuje szerokie rozumienie zakazu dyskryminacji, w przypadku gdy chodzi o obywatela Unii Europejskiej, który skorzystał ze swobody przepływu, ale utracił prawo do pobytu jako pracownik w państwie przyjmującym. Trybunał Sprawiedliwości uznał, iż obywatel UE, mimo że nie korzysta już ze statusu pracownika wspólnotowego, może – z samego faktu posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej – wywodzić prawo do pobytu dla swojej rodziny, opierając się wprost na art. 18 ust. 1 TWE. Ograniczenia przewidziane w tym przepisie mogą być wprawdzie stosowane, jednak właściwe władze państwa przyjmującego po-

<sup>29</sup> Sprawy połączone C-502/01 i C-31/02 *Silke Gaumain-Cerri v. Kaufmannische Krankenkasse – Pflegekasse i Maria Barth v. Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*, Zb. Orz. 2004, s. 1-6483.

<sup>30</sup> Rozporządzenie 1408/71 w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, ostatnio zmienione rozporządzeniem (WE) nr 631/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., Dz.Urz. UE L 100 z 6 kwietnia 2004 r., s. 1.

<sup>31</sup> Zasiłek taki został wprowadzony w Niemczech od 1 stycznia 1995 r. ustawą *Pflegeversicherungsgesetz*, stanowiącą księgę XI Kodeksu ubezpieczeń społecznych (*Sozialgesetzbuch*). Zasiłek taki ma pokryć koszty ponoszone przez uprawnionego w związku z jego niezdolnością do samodzielnego funkcjonowania i koniecznością stałej obecności innej osoby.

<sup>32</sup> Dz.Urz. WE 1997, L 28, s. 1.

<sup>33</sup> Pkt 34–36 orzeczenia w sprawach C-502/01 i C-31/02.

<sup>34</sup> C-413/99 *Baumbast and R.*, Zb. Orz. 2002, s. 1-7091. Por. O. Golynger, *Partial Migration in the EU After the Baumbast Case: Bringing Social and Legal Perspective Together*, „King's College Law Journal” 2004, vol. 15, wyd. 2, fragmenty dostępne na stronie: [www.hartjournals.co.uk/kjlj/volumes/15/issues/2/581.html](http://www.hartjournals.co.uk/kjlj/volumes/15/issues/2/581.html); F. Bodé, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, s. 475; N. Reich, S. Harbacevica, op. cit., s. 624 i n.

winy je stosować z poszanowaniem zasady proporcjonalności<sup>35</sup> – a nie spełnia tego wymogu całkowita odmowa dalszego prawa pobytu. Orzeczenie w sprawie *Baumbast* wskazuje na tendencję, by z obywatelstwa europejskiego wywodzić pewne prawa wcześniej zarezerwowane wyłącznie dla osób mogących się wykazać działalnością o charakterze ekonomicznym, gdy sytuacja nie jest czysto wewnętrzna. Podobne w charakterze było orzeczenie w sprawie *Cheni*<sup>36</sup>, w którym Trybunał Sprawiedliwości uznał, że mająca obywatelstwo chińskie matka kilkumiesięcznej dziewczynki, posiadającej obywatelstwo irlandzkie (nabyte z powodu urodzenia się jej na terytorium Irlandii Północnej), miała prawo do pobytu na terytorium Wielkiej Brytanii jako opiekunka „obywatelki” europejskiej. Trybunał oprócz art. 18 odwołał się również do warunków określonych w dyrektywie 90/364/EWG<sup>37</sup>, wskazując, że dziewczynka musiała mieć ubezpieczenie zdrowotne, a jej rodzice musieli wykazać dostateczne środki do życia, by nie obciążać systemu opieki socjalnej Wielkiej Brytanii.

Nieco innego zagadnienia dotyczyło orzeczenie z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie *Pusa*<sup>38</sup>, wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni art. 18 TWE, skierowane przez sąd fiński w sporze między panem Pusa a stowarzyszeniem banków spółdzielczych (*Osuuspankkien Keskinainen Vakuutusyhtiö*), w związku z wątpliwościami, do jakiej wysokości to ostatnie może zajmować emeryturę pana Pusa w celu zaspokojenia jego wierzycieli. Fińska ustawa o przymusowej egzekucji określa, że w takich okolicznościach zajęciu podlega tylko część pensji (odpowiednio – emerytury czy renty), w zależności od tego, jaki jest dochód dłużnika, tak by umożliwić mu przeżycie i ewentualnie utrzymanie rodziny. Dochód ocenia się już po odliczeniu podatku. Pan Pusa jest obywatelem fińskim, który po zakończeniu pracy zawodowej przeprowadził się do Hiszpanii. W Finlandii otrzymuje rentę inwalidzką, przekazywaną mu na konto otwarte w tym państwie. Królestwo Hiszpanii i republika Finlandii podpisały w 1967 r. konwencję o unikaniu podwójnego opodatkowania dochodu i kapitału, przewidującą, iż podatki pobierane są tylko w kraju stałego pobytu. Decyzją sądu pierwszej instancji z Riihimäki renta pana Pusa została zajęta po to, by zapewnić zwrot wierzytelności na rzecz *Osuuspankkien Keskinainen Vakuutusyhtiö*. Pan Pusa płaci podatki od dochodu w Hiszpanii, nie jest zatem obciążony podatkiem w Finlandii. Kwota zajęta na zabezpieczenie długu została obliczona bez uwzględnienia podatku płaconego w Hiszpanii (19%) i stanowiła jedną trzecią renty brutto. Pan Pusa odwołał się od tej decyzji, domagając się uwzględnienia podatku płaconego przez niego w Hiszpanii, podnosząc, iż nieuwzględnienie

<sup>35</sup> Pkt 94 orzeczenia w sprawie C-413/99 *Baumbast and R*.

<sup>36</sup> C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department*, Zb. Orz. 2004, s. I-9925. Zarzut nadużywania prawa wspólnotowego w takich okolicznościach pojawił się również w orzeczeniu w sprawie C-109/01 *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich*, Zb. Orz. 2003, s. I-9607.

<sup>37</sup> Dyrektywa Rady z dnia 28 czerwca 1990 r. w sprawie prawa pobytu, Dz.Urz. L 180 z 13 lipca 1990 r., s. 26.

<sup>38</sup> C-224/02 *Heikki Antero Pusa v. Osuuspankkien Keskinainen Vakuutusyhtiö*, Zb. Orz. 2004, s. I-5763.

tego stanu rzeczy będzie ograniczać swobodę przepływu zagwarantowaną obywatelom UE.

Trybunał Sprawiedliwości, udzielając odpowiedzi na pytanie o wykładnię art. 18 TWE, podkreślił, iż nie jest jego zadaniem interpretacja prawa krajowego<sup>39</sup>, niemniej jednak wydaje się, iż ustawa fińska zastosowana w taki sposób prowadzić może do dyskryminacji i naruszenia art. 18 TWE, ponieważ dochodziłoby do gorszego traktowania obywateli fińskich, którzy skorzystali z uprawnień zagwarantowanych obywatelom UE, niż obywateli fińskich, którzy ich nie wykorzystali<sup>40</sup>. Tym samym umożliwił obywatelowi powołanie się na art. 18 TWE, w celu uniknięcia dyskryminacji między obywatelami tego samego państwa, których sytuacja różni się o tyle, że jedni skorzystali ze swobody przepływu, a inni nie. Pojawia się tutaj takie samo założenie, jak to w orzeczeniu w sprawie *D'Hoop*, iż niedopuszczalne jest, by państwo „szykanowało” swoich obywateli za to, iż skorzystali ze swobody przepływu przyznanej im przez TWE.

Ta ogromnie szeroka interpretacja zasady niedyskryminacji została nieco ograniczona przez Trybunał w orzeczeniu w sprawach połączonych C-482/01 *Orfanopoulos i Oliveri*<sup>41</sup>, stanowiącym odpowiedź na pytania prejudycjalne zadane przez sądy niemieckie w ramach dwóch sporów – jednego między obywatelem greckim, panem Orfanopoulos i jego dziećmi, a Landem *Baden-Württemberg*, i drugiego między obywatelem włoskim, panem M. Oliyeri, a tym samym landem, w związku z dotyczącymi ich decyzjami o wydaleniu z terytorium niemieckiego, wydanymi przez Regierungspräsidium Stuttgart. Pytania dotyczyły wykładni art. 39 ust. 3 TWE oraz dyrektywy 64/221/42, ale podobnie jak to miało miejsce w orzeczeniu w sprawie *D'Hoop*, Trybunał oparł się na przepisach dotyczących obywatelstwa Unii Europejskiej. Pan Orfanopoulos w wieku 13 lat zamieszkał w Niemczech i z wyjątkiem dwuletniej służby wojskowej odbytej w Grecji całe swoje życie spędził w tym kraju. W 1981 r. wszedł w związek małżeński z obywatelką niemiecką, z którą ma trójkę dzieci. Jest jednak narkomanem, bez wykształcenia, często przebywającym na zasiłku dla bezrobotnych, wielokrotnie skazywanym za naruszanie ustawy o posiadaniu narkotyków i za stosowanie przemocy. Od 2000 r. odbywa karę pozbawienia wolności. W 2001 r. Regierungspräsidium wydało decyzję o jego wydaleniu po wyjściu z więzienia, od której pan Orfanopoulos i trójka jego dzieci się odwołali. Z kolei pan Oliyeri jest obywatelem włoskim urodzonym w Niemczech, gdzie przebywa nieprzerwanie całe swoje życie. Również jest narkomanem, nosicielem wirusa HIV i podobnie jak Orfanopoulos był już wielokrotnie skazywany. W 2000 r. decyzją

<sup>39</sup> Pkt 37 orzeczenia w sprawie C-224/02 *Pusa* – Trybunał odwołał się do wcześniejszego orzeczenia C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Zb. Orz. 2001, s. I-8089, pkt 10.

<sup>40</sup> Pkt 35 i 48 orzeczenia w sprawie C-224/02 *Pusa*.

<sup>41</sup> Sprawy połączone C-482/01 i C-493/01 *Georgios Orfanopoulos i Oliyeri v. Land Baden-Württemberg*, Zb. Orz. 2004, s. I-5257.

<sup>42</sup> Dyrektywa Rady 64/221/EWG w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, Dz. Urz. L 56 z 4 kwietnia 1964 r., s. 850 z późn. zm.

Regierungsprasidium nakazano jego wydalenie do Włoch, od której to decyzji pan Oliveri się odwołał.

W odpowiedzi Trybunał sięgnął do argumentacji opartej na art. 18 TWE, mimo że pytanie prejudycjalne nie dotyczyło wykładni tego przepisu. Podkreślił, iż prawo do przemieszczania się i pobytu nie jest prawem bezwarunkowym i nieograniczonym. Wynika to, z jednej strony, z przepisów dotyczących swobody przepływu osób i usług (art. 39, 43, 46, 49 i 55 TWE) i przepisów prawa wtórnego, oraz, z drugiej strony, z ust. 2 art. 18 TWE<sup>43</sup>. Trybunał nie był w stanie stwierdzić, czy osoby, których sprawy dotyczyły, miały status pracowników wspólnotowych bądź czy korzystały ze swobody przepływu usług – zatem do sądu krajowego należało ustalenie, na jakie inne przepisy wspólnotowe, poza art. 18 TWE<sup>44</sup>, mogłyby się oni powoływać. Istotne jest jednak to, iż po raz pierwszy w przedstawianym zestawieniu orzeczeń pojawiło się doprecyzowanie, iż ograniczenia swobody przepływu osób istniejące przed wejściem w życie przepisów o obywatelstwie Unii Europejskiej nadal mają zastosowanie i mogą być powoływane, by ograniczyć prawa wynikające z art. 18 ust. 1 TWE. Trybunał pozostawił jednak decyzję co do tego, czy prawa te ograniczyć, rozstrzygnięciu sądu niemieckiego<sup>45</sup>.

Pewnym doprecyzowaniem tego, w jaki sposób nie można ograniczać swobody przepływu obywateli UE, jest orzeczenie z 7 września 2004 r. w sprawie *Trojani*<sup>46</sup>. Pytanie prejudycjalne brukselskiego sądu pracy zostało skierowane w trakcie postępowania toczącego się między panem Trójani a Centrum Pomocy Społecznej w Brukseli (CPAS) w związku z odmową wypłacenia zasiłku na utrzymanie (tzw. minimexu). Artykuł 1 belgijskiej ustawy z 7 sierpnia 1974 r. gwarantuje możliwość uzyskania takiego zasiłku<sup>47</sup> każdemu dorosłemu obywatelowi Belgii, który na stałe zamieszkuje w Belgii i który nie dysponuje wystarczającymi środkami do życia i nie jest w stanie ich uzyskać przez własne działania lub w inny sposób. Ustawa ta została zmieniona dekretem królewskim z 27 marca 1987 r.<sup>48</sup>, rozszerzającym możliwość uzyskania minimexu dla osób, do których znajduje zastosowanie rozporządzenie 1612/68. Sąd zatem zwrócił się o wykładnię art. 18, 39, 43 i 49 TWE, art. 7 ust. 1 rozporządzenia 1612/68 o swobodnym przepływie pracowników we Wspólnocie Europejskiej<sup>49</sup> oraz dyrektywy 90/364 o prawie pobytu<sup>50</sup>.

<sup>43</sup> Pkt 47 orzeczenia w sprawach C-482/01 *Orfanopoulos i Oliveri*, Trybunał powołał się też na swoje wcześniejsze orzeczenia w sprawach C-356/98 *Kaba I*, Zb. Orz. 2000, s. I-2623, pkt 30; C-466/00 *Kaba II*, Zb. Orz. 2003, s. I-2219, pkt 46.

<sup>44</sup> Pkt 47, 52–54, orzeczenia w sprawie C-482/01 *Orfanopoulos i Oliveri*.

<sup>45</sup> *Nota bene*, w sprawie C-441/02 *Komisja v. Republika Federalna Niemiec*, została wydana opinia Rzecznika Generalnej Stix-Hackl z dnia 2 czerwca 2005 r., w której Rzecznik uznała, iż niemiecka praktyka wydalania obywateli innych państw członkowskich jest sprzeczna m.in. z art. 18 TWE.

<sup>46</sup> C-456/02 *Michel Trojani v. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, Zb. Orz. 2004, s. I-7573.

<sup>47</sup> *Moniteur belge* z 18 września 1974 r., s. 11363.

<sup>48</sup> *Moniteur belge* z 7 kwietnia 1987 r., s. 5086.

<sup>49</sup> Dz.Urz. L 257 z 19 października 1968 r., s. 2 z późn. zm.

<sup>50</sup> Dz.Urz. 1990, L 180, s. 26.

Pan Trojani jest obywatelem francuskim, który od 2000 r. przebywał w Belgii, zamieszkując najpierw na kempingu w Blankenberge, a od grudnia 2001 r. w Brukseli. Od stycznia 2002 r. uzyskał możliwość mieszkania w schronisku Armii Zbawienia, gdzie za wikt, opierunek i niewielkie kwoty pieniężne wykonywał różne prace w wymiarze trzydziestu godzin tygodniowo, co według kierownictwa schroniska stanowiło część programu reintegracji zawodowej. W tym okresie pan Trojani wystąpił do CPAS z roszczeniem o przyznanie mu zasiłku minimex.

Trybunał stwierdził, iż obywatel Unii Europejskiej, który nie korzysta w państwie przyjmującym z prawa pobytu na podstawie art. 39, 43 lub 49 TWE, może, przez sam fakt bycia obywatelem UE, korzystać z prawa do przemieszczania się i pobytu na podstawie bezpośrednio stosowanego art. 18 ust. 1 TWE. Wykonywanie praw z art. 18 podlega ograniczeniom i warunkom obejmującym m.in. posiadanie wystarczającego dochodu lub kapitału. Właściwe władze powinny jednak czuwać nad tym, by stosowanie tych ograniczeń nie prowadziło do naruszenia podstawowych zasad prawa wspólnotowego, w tym zasady proporcjonalności. Jeśli obywatel Unii Europejskiej, który nie prowadzi działalności o charakterze gospodarczym, uzyska pozwolenie na pobyt, może się on powoływać na art. 12 TWE celem uzyskania zasiłku socjalnego przysługującego obywatelom państwa przyjmującego w podobnej sytuacji.

15 marca 2005 r. zostało wydane kolejne orzeczenie Trybunału dotyczące zagadnienia uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej w sprawie *Dany Bidar*<sup>51</sup>. Pytanie prejudycjalne o wykładnię art. 12 i 18 TWE zostało skierowane przez High Court of England w ramach postępowania toczącego się między panem Bidarem a London Borough of Ealing i Ministrem Edukacji i Kształcenia Zawodowego, w przedmiocie oddalenia wniosku o dofinansowaną pożyczkę studencką przeznaczoną na pokrycie kosztów utrzymania. W Anglii i Walii zgodnie z *Education Regulation 2001* pomoc finansowa dla studentów jest przyznawana na ogół w formie pożyczek, udzielanych z oprocentowaniem zależnym od stopy inflacji, czyli niższym niż normalne oprocentowanie na rynku. Pożyczka jest spłacana przez studenta po ukończeniu studiów, pod warunkiem że osiąga on dochód przekraczający 10 000 GBP. Z pożyczki studenckiej może korzystać osoba, która spełnia wymóg zamieszkania w Zjednoczonym Królestwie w rozumieniu *Immigration Act 1971*, czyli łącznie spełnia szereg kryteriów: zamieszkuje na stałe w Anglii lub Walii w pierwszym dniu pierwszego roku studiów akademickich, zamieszkiwała stałe w Anglii lub Walii w okresie trzech lat poprzedzających ten dzień i w żadnym momencie podczas tych trzech lat pobytu w Zjednoczonym Królestwie nie miała w całości lub głównie na celu pobierania kształcenia w trybie dziennym. Ten ostatni warunek wskazuje na to, że obywatel

<sup>51</sup> C-209/03 *Dany Bidar v. London Borough of Ealing*, Zb. Orz. 2005, s. I-2119. Należy zwrócić uwagę, iż sprawą zajęła się wielka Izba Trybunału, a jako interwenienci w sprawie wypowiedziało się siedem rządów państw członkowskich – co wskazywałoby na powagę zagadnienia. Należy też podkreślić, iż wszystkie siedem rządów zajmujących stanowisko w sprawie zdecydowanie krytycznie oceniło roszczenia pana Bidara.

innego państwa członkowskiego przebywający w Wielkiej Brytanii jako student nie może uzyskać statusu osoby zamieszkującej w tym państwie.

Pan Bidar jest obywatelem francuskim, który w sierpniu 1998 r. przyjechał do Wielkiej Brytanii, gdzie zamieszkał ze swoją babką i był na jej utrzymaniu. Uczęszczał do szkoły średniej, którą ukończył, nigdy nie zwracając się o pomoc społeczną. We wrześniu 2001 r. podjął studia ekonomiczne na University College of London. Jego wniosek o udzielenie pomocy finansowej w formie pożyczki został oddalony z powodu tego, iż nie był osiedlony w Wielkiej Brytanii. Ta odmowna decyzja stała się przedmiotem sporu sądowego, w którym pan Bidar podnosił, iż przepisy brytyjskie wprowadzają dyskryminację zabronioną przez art. 12 TWE. Zdaniem Ministerstwa Edukacji przyznawanie pomocy na pokrycie wydatków związanych z utrzymaniem podczas studiów nie jest objęte zakazem dyskryminacji. Nawet gdyby taka pomoc wchodziła w zakres art. 12 TWE, warunki przyznawania takiej pomocy są określone w sposób gwarantujący istnienie rzeczywistej więzi między osobą korzystającą z pomocy a państwem finansującym pomoc.

Trybunał uznał, iż „dla celów uzyskania pomocy przyznawanej studentom – czy to w formie dofinansowanej pożyczki, czy to w formie stypendium – przeznaczonej na pokrycie ich kosztów utrzymania sytuacja obywatela Unii, który przebywa legalnie w innym państwie członkowskim, mieści się w zakresie stosowania Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w rozumieniu art. 12 ust. 1 TWE”<sup>52</sup>. Podkreślił, iż studenci przybywający do innego państwa członkowskiego w celu podjęcia lub kontynuowania studiów wyższych, którzy dysponują prawem pobytu na podstawie dyrektywy 93/96, nie mogą z tej dyrektywy wywodzić żadnego prawa do wypłaty pomocy na pokrycie ich kosztów utrzymania (pkt 45 uzasadnienia). Ale dyrektywa nie wyklucza możliwości powołania się przez obywatela UE będącego studentem w innym państwie członkowskim na art. 12 ust. 1 TWE. Trybunał uznał, że pomoc – w formie dofinansowanej pożyczki lub stypendium – przyznawana studentom legalnie przebywającym w przyjmującym państwie członkowskim i przeznaczona na pokrycie ich kosztów utrzymania jest objęta zakresem stosowania Traktatu i poddana zakazowi dyskryminacji z art. 12 TWE<sup>53</sup>. Przyznał wprawdzie, że „państwa członkowskie mają prawo przyznawania pomocy jedynie studentom, którzy wykażą określony stopień zintegrowania ze społeczeństwem danego państwa”<sup>54</sup>, ale państwo nie może wymagać od studentów, by związali się oni z jego rynkiem pracy<sup>55</sup>. Można według Trybunału domniemywać taki stopień zintegrowania, gdy zainteresowany student zamieszkiwał w przyjmującym państwie członkowskim przez pewien czas<sup>56</sup>. Art. 12 TWE wyklucza takie uregulowania krajowe, które przyznają studentom prawo do pomocy na pokrycie kosztów ich utrzymania jedynie wtedy,

<sup>52</sup> Pkt 42 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

<sup>53</sup> Pkt 48 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

<sup>54</sup> Pkt 57 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

<sup>55</sup> Pkt 58 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

<sup>56</sup> Pkt 59 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

gdy osiedlili się oni w przyjmującym państwie członkowskim, a jednocześnie uniemożliwiają uzyskanie przez studenta będącego obywatelem innego państwa członkowskiego statusu osoby osiedlonej, nawet jeśli ten obywatel legalnie przebywa w przyjmującym państwie członkowskim i jest rzeczywiście związany z tym państwem<sup>57</sup>. Trybunał nie stwierdził konieczności ograniczenia skutków tego orzeczenia w czasie, mimo iż występowały o to rządy brytyjski, niemiecki i austriacki.

Jedynym orzeczeniem, w którym Trybunał nie zdecydował się na zastosowanie łączne art. 18 i art. 12 TWE, mimo iż powód w sprawie głównej się na te przepisy powoływał, jest sprawa *Egon Schemp* z lipca 2005 r.<sup>58</sup> Pan Schemp, obywatel niemiecki, domagał się możliwości odliczenia od dochodu podlegającego opodatkowaniu alimentów płaconych byłej żonie mieszkającej w Austrii. W związku z tym sąd niemiecki skierował do Trybunału pytanie dotyczące tego, czy art. 18 ust. 1 i art. 12 TWE należy interpretować w taki sposób, że wykluczają one stosowanie przepisów niemieckich uniemożliwiających podatnikowi takie odliczenie. Trybunał na wstępie ustalił, że nie chodzi o sytuację czysto wewnętrzną (pkt 25) z uwagi na skorzystanie przez byłą małżonkę ze swobody przepływu. Następnie stwierdził, że ponieważ sporne przepisy w żaden sposób nie utrudniają panu Schemp możliwości przemieszczania się, nie można ich uznać za sprzeczne z art. 18 (pkt 43), a przy tym nie ma w sprawie żadnego elementu dyskryminacji (pkt 39).

Zaprezentowane orzecznictwo dotyczy zagadnień bardzo różnorodnych. Sprawy dotyczące ubezpieczeń społecznych (*Gaumain-Cerri* i *Barth*), zasiłków dla bezrobotnych (*D'Hoop*, *Trojami*), dofinansowywania studiów (*Dany Bidar*), decyzji o wydaleniu (*Orfanopoulos* i *Oliveri*) czy nieuwzględnienia opodatkowania dokonanego w innym państwie członkowskim (*Pusa*) są traktowane przez Trybunał Sprawiedliwości w taki sam sposób. Trybunał na ogół nie odmawia zastosowania przepisów o obywatelstwie Unii Europejskiej, również w sytuacjach objętych wyłączną kompetencją państw członkowskich, a nawet posuwa się do tego, iż pytany o wykładnię zupełnie innych przepisów sięga po art. 18 TWE (*D'Hoop*, *Orfanopoulos* i *Oliveri*). Trudno się zatem oprzeć wrażeniu, iż Trybunał Sprawiedliwości traktuje przepisy o obywatelstwie Unii Europejskiej jako pewne „ogólne panaceum” na sytuacje dyskryminacji, które jeszcze w latach dziewięćdziesiątych zostałyby zapewne uznane za nieobjęte zakresem prawa wspólnotowego.

#### IV. ORZECZNICTWO ETS A DYREKTYWA 2004/38/WE

Niektóre z wątków (i wątpliwości), jakie pojawiają się w najnowszym orzecznictwie Trybunału, znajdują odpowiednik w postanowieniach dyrektywy

<sup>57</sup> Pkt 63 orzeczenia w sprawie *Bidar*.

<sup>58</sup> C-403/03 *Egon Schemp v. Finanzamt Munchen V.*, z 12 lipca 2005 r., Zb. Orz. 2005, s. I-6421.

2004/38/WE<sup>59</sup>. Ta nowa dyrektywa dotycząca prawa<sup>60</sup> obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniająca rozporządzenie 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG<sup>61</sup>, 68/360/EWG<sup>62</sup>, 72/194/EWG, 73/148/EWG<sup>63</sup>, 75/34/EWG<sup>64</sup>, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, znacznie upraszcza korzystanie z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu, zastępując cały szereg aktów prawa wtórnego dotyczących różnych aspektów swobody poruszania się osób wewnątrz Unii Europejskiej. Dyrektywa przewiduje, iż „obywatelstwo Unii Europejskiej powinno stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich, w przypadku gdy korzystają z prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu”<sup>65</sup>. W art. 7 dyrektywy zostały wymienione osoby, które mogą korzystać z prawa pobytu w innym państwie członkowskim przez okres przekraczający trzy miesiące. Poza pracownikami najemnymi bądź osobami pracującymi na własny rachunek w państwie przyjmującym, z pełnej swobody pobytu korzystają:

- obywatele Unii posiadający wystarczające zasoby dla siebie i członków swoich rodzin, by nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa członkowskiego w okresie pobytu, oraz objęci pełnym ubezpieczeniem zdrowotnym w przyjmującym państwie członkowskim, lub
- obywatele Unii zapisani do publicznej lub prywatnej instytucji, uznanej lub finansowanej przez przyjmujące państwo członkowskie na podstawie przepisów prawnych lub praktyki administracyjnej, w celu odbycia studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, którzy są objęci pełnym ubezpieczeniem zdrowotnym w przyjmującym państwie członkowskim i zapewnią odpowiednią władzę krajową, za pomocą oświadczenia lub innego równoważnego środka według własnego wyboru, iż posiadają wystarczające zasoby dla siebie i członków rodziny, aby nie stanowić obciążenia dla systemu pomocy społecznej przyjmującego państwa w okresie ich pobytu.

<sup>59</sup> Dyrektywa 2004/38/WE, Dz.Urz. UE L 158 z 30 kwietnia 2004 r., s. 77–123. Data implementacji dyrektywy w państwach członkowskich przypada na 29 kwietnia 2006 r.

<sup>60</sup> Tłumaczenie dyrektywy zostało zaczerpnięte z bazy [www.europa.eu.int/eur-lex/](http://www.europa.eu.int/eur-lex/). Termin implementacji dyrektywy upływa 29 kwietnia 2006 r.

<sup>61</sup> Dyrektywa Rady 64/221/EWG w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, Dz.Urz. L 56 z 4 kwietnia 1964 r., s. 850, dyrektywa ostatnio zmieniona dyrektywą 75/35/EWG, Dz.Urz. L 14 z 20 stycznia 1975 r., s. 14.

<sup>62</sup> Dyrektywa Rady 68/360 EWG w sprawie zniesienia ograniczeń w przemieszczaniu się i pobyście pracowników Państw Członkowskich i ich rodzin we Wspólnocie, Dz.Urz. L 257 z 19 października 1968 r., s. 13, dyrektywa ostatnio zmieniona Aktem Przystąpienia z 2003 r.

<sup>63</sup> Dyrektywa Rady w sprawie zniesienia ograniczeń w zakresie przemieszczania się i pobytu obywateli Państw Członkowskich wewnątrz Wspólnoty, które dotyczą przedsiębiorczości i świadczenia usług, Dz.Urz. L 172 z 28 czerwca 1973 r., s. 14.

<sup>64</sup> Dyrektywa Rady 75/34/EWG dotycząca prawa obywateli Państwa Członkowskiego do pozostawania na terytorium innego Państwa Członkowskiego po zakończeniu prowadzenia na tym terytorium działalności na własny rachunek, Dz.Urz. L 14 z 20 stycznia 1975 r., s. 10.

<sup>65</sup> Pkt 3 preambuły do dyrektywy 2004/38/WE.

Z prawa pobytu korzystają również członkowie rodziny obywatela Unii, który uzyskał prawo do stałego pobytu. Przez wskazany w dyrektywie okres (art. 7 ust. 3) z prawa pobytu korzystają obywatele Unii, którzy są okresowo niezdolni do pracy bądź pozostają bez pracy w sposób niezamierzony. Dla osób, które stały się niezdolne do pracy w wyniku wypadku lub choroby, oraz osób, które przepracowały ponad rok w danym państwie, po czym w niezamierzony sposób utraciły pracę i zarejestrowały się jako bezrobotne, dyrektywa nie przewiduje żadnego limitu korzystania ze statusu pracownika lub osoby pracującej na własny rachunek. Natomiast osoby, które przepracowały mniej niż dwanaście miesięcy i utraciły pracę w sposób niezamierzony, bądź osoby, które przez dwanaście miesięcy pobytu nie znalazły pracy (a były zarejestrowane jako bezrobotne), zachowują status pracownika nie dłużej niż przez sześć miesięcy (art. 7 ust. 3 lit. c *in fine*).

Dyrektywa wprowadza obok pojęcia „pobytu” również pojęcie „**stałego pobytu**”, do którego prawo można uzyskać po legalnym zamieszkiwaniu w przyjmującym państwie członkowskim przez nieprzerwany okres pięciu lat<sup>66</sup>. Ten stały pobyt nie podlega warunkom wymienionym wcześniej (wyłączony jest cały rozdział III dyrektywy, art. 6–15). Rozwiązanie to ma, jak się wydaje, zapobiegać samodzielnemu definiowaniu przez państwa członkowskie pojęcia stałego pobytu. Jest to zatem rozwiązanie, które umożliwi uniknięcie sytuacji przypominających tę zaistniałą w orzeczeniu *Dany Bidar*. Ust. 4 art. 16 dyrektywy przewiduje, iż po nabyciu prawa stałego pobytu można je utracić jedynie w wyniku nieobecności w przyjmującym państwie członkowskim przez okres przekraczający dwa kolejne lata.

Dyrektywa w art. 24 ust. 1 przewiduje, iż wszyscy obywatele Unii zamieszkujący na terytorium państwa przyjmującego korzystają z równego traktowania na zasadach określonych w Traktacie i w prawie wtórnym. W myśl ust. 2 art. 24 przyjmujące państwo członkowskie nie jest zobowiązane do przyznania uprawnień do pomocy społecznej w ciągu pierwszych trzech miesięcy pobytu lub, w określonych przypadkach, dłuższego okresu przewidzianego w art. 14 ust. 4 lit. b dyrektywy. Nie jest również zobowiązane – przed nabyciem prawa do stałego pobytu – do udzielania pomocy na pokrycie kosztów utrzymania w czasie studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, w postaci stypendiów lub pożyczek studenckich dla osób nie będących pracownikami najemnymi, osób pracujących na własny rachunek, osób, które zachowują ten status i członków ich rodzin.

W odniesieniu do obciążeń dla systemu pomocy społecznej dyrektywa przewiduje już we wstępie<sup>67</sup>, iż osoby korzystające z prawa pobytu nie powinny stanowić „nieracjonalnego obciążenia dla systemu pomocy społecznej w przyjmującym państwie członkowskim”<sup>68</sup>. Z tego powodu korzystanie z prawa pobytu dla obywateli Unii i członków ich rodzin w okresach przekraczających trzy miesiące

<sup>66</sup> Art. 16 dyrektywy 2004/38 WE. Art. 17 dyrektywy wymienia listę przypadków, w których okres potrzebny do nabycia prawa do stałego pobytu jest krótszy.

<sup>67</sup> Pkt 10 dyrektywy 2004/38 WE.

<sup>68</sup> Art. 14 ust. 1 dyrektywy 2004/38 WE przewiduje: „Obywatele Unii i członkowie ich rodziny posiadają prawo pobytu przewidziane w art. 6 tak długo, jak nie staną się nieracjonalnym obciążeniem dla systemu pomocy społecznej w przyjmującym Państwie Członkowskim”.

podlega określonym w dyrektywie warunkom. Jedynie w preambule dyrektywa wskazuje, iż państwo przyjmujące ma swobodę decydowania, czy przyzna świadczenia z zakresu pomocy społecznej obywatelom Unii, którzy nie są pracownikami najemnymi, osobami pracującymi na własny rachunek lub osobami zachowującymi ten status, bądź członkom ich rodzin podczas pierwszych trzech miesięcy pobytu lub dłuższego okresu w przypadku osób poszukujących pracy, albo stypendia pokrywające koszty utrzymania w czasie studiów, włącznie z kształceniem zawodowym, przed nabyciem prawa do stałego pobytu przez te osoby<sup>69</sup>. Jest to jednak – jak się wydaje – wskazówka, iż sytuacja zaistniała w orzeczeniu *Dany Bidar*, czyli próba uzyskania pożyczki przez studenta z innego państwa członkowskiego, który nie ma prawa stałego pobytu, będzie rozstrzygana według uznania państwa przyjmującego.

Również we wstępie dyrektywa określa, że dopóki osoby korzystające z prawa pobytu nie stanowią nieracjonalnego obciążenia dla systemu pomocy społecznej, dopóty nie powinny podlegać wydaleniu, a samo wydalenie nie powinno być automatyczną konsekwencją skorzystania z systemu pomocy społecznej; dopiero „nieracjonalne” korzystanie może uzasadniać podjęcie takiego działania przez państwo przyjmujące<sup>70</sup>. Stopień ochrony przed wydaleniem „powinien być tym większy, im większy jest stopień integracji obywateli Unii i członków ich rodzin w przyjmującym państwie członkowskim”<sup>71</sup>. Wydalenie osoby, która od wielu lat zamieszkiwała w przyjmującym państwie członkowskim, zwłaszcza jeśli się tam urodziła i zamieszkiwała przez całe życie, można stosować jedynie w „wyjątkowych okolicznościach, w których istnieją nadrzędne względy bezpieczeństwa publicznego”<sup>72</sup>. Dyrektywa idzie w tym punkcie dalej niż Trybunał w orzeczeniu *Orfanopoulos i Oliveri*, ściśle określając, co winien uwzględnić organ krajowy podejmujący decyzję o wydaleniu.

Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości prowadzi do wniosku, przedstawianego już przez innych autorów, iż „ekonomiczny kontekst” przepływu osób nie jest obecnie istotny, aby obywatel Unii Europejskiej mógł się powołać na prawo do swobody przepływu i pobytu. Jak wskazuje N. Reich (posługując się jednak czasem przyszłym), będzie można zastąpić pojęcia „pracownika”, „osoby prowadzącej działalność na własny rachunek”, „usługodawcy” pojęciem „obywatela europejskiego”<sup>73</sup>. Wydaje się tym samym, iż automatycznie powinny przestać być powoływane takie koncepcje, jak „klauzula spraw czysto wewnętrznych” czy „odwrotna dyskryminacja”. Trybunał jednak powraca do tych pojęć i uzasadnia korzystanie z art. 17 lub 18 TWE w połączeniu z art. 12 TWE tym, iż istnieje łącznik wspólnotowy. Bardzo wyraźnie widoczne to było w orzeczeniu w sprawach *D’Hoop* czy *Carpenter*, w których Trybunał ogromnie szeroko po-

<sup>69</sup> Pkt 2 i wstępu do dyrektywy 2004/38 WE.

<sup>70</sup> Pkt 16 wstępu do dyrektywy 2004/38 WE i art. 14 ust. 3 dyrektywy.

<sup>71</sup> Pkt 24 wstępu do dyrektywy 2004/38 WE.

<sup>72</sup> Pkt 24 wstępu do dyrektywy 2004/38 WE. Art. 28 dyrektywy doprecyzowuje w ust. 3 lit. a, iż chodzi o okres poprzednich dziesięciu lat.

<sup>73</sup> N. Reich, S. Harbacevica, op. cit., s. 628.

traktował „łącznik wspólnotowy”, ale jednak nie pozwolił na zupełne odrzucenie tego kryterium stosowania prawa wspólnotowego.

Przejściu od pojęcia *market Citizen* do pojęcia *social Citizen* w nieunikniony sposób towarzyszy rozszerzenie zakresu uprawnień obywateli UE i tym samym obowiązków przyjmujących ich państw członkowskich. Niepokojące w tym kontekście jest swoiste lekceważenie przez Trybunał pewnych realiów ekonomicznych państw członkowskich. Przedstawione orzecznictwo wskazuje wyraźnie na to, iż Trybunał Sprawiedliwości szeroko interpretuje uprawnienia wynikające z posiadania obywatelstwa europejskiego oraz zakres sytuacji, w których można się będzie na te uprawnienia powoływać. Ubezpieczenia społeczne, zasiłki dla bezrobotnych, pożyczki dla studentów czy inne formy wsparcia przewidziane przez państwa członkowskie dla własnych obywateli zaczynają być wykorzystywane przez osoby z innych państw członkowskich. Z punktu widzenia jednostek jest to tendencja pozytywna. Wydaje się, iż brak jest sytuacji, w jakich argument oparty na zakazie dyskryminacji by nie zadziałał. Jednak taka interpretacja Trybunału wiąże się nieraz z ogromnymi kosztami nakładanymi na państwa członkowskie oraz może stanowić duże pole do nadużyć. W przypadku spraw związanych z edukacją – również edukacją przeduniwersytecką – można to postrzegać jako rozstrzygnięcia pozytywne, przyczyniające się do realizacji założeń przedstawionych w art. 149 TWE, jednak orzecznictwo dotyczące wsparcia ze strony instytucji zabezpieczenia społecznego może budzić ambiwalentne refleksje. Orzeczenia w sprawach takich jak *Trajani* czy *Orifici* mogą wywoływać uzasadniony niepokój państw członkowskich, ponieważ oznaczają one, że podatnicy w danym państwie będą być może pokrywać zasiłki osób, które nie przyczyniły się do rozwoju gospodarczego danego kraju i nie uczestniczyły w jego życiu gospodarczym, a przedstawiają roszczenia do jego systemu zabezpieczeń. Jest to tym bardziej niepokojące, iż Trybunał Sprawiedliwości przypisuje sobie w ten sposób kompetencje do rozstrzygania o sprawach, co do których tej kompetencji nie posiada.

Być może ta szeroka interpretacja stosowana przez Trybunał zostanie ograniczona przez istniejącą już dyrektywę 2004/38/WE, w której wyraźnie widać dążenie państw członkowskich do doprecyzowania uprawnień wynikających z posiadania obywatelstwa Unii Europejskiej i – w zestawieniu z omówionymi orzeczeniami – jest to doprecyzowanie zawężające te uprawnienia. Jeżeli jednak Trybunał będzie, tak jak dotychczas, opierał się wprost na artykułach Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (art. 17, 18, 12), pomijając przepisy prawa wtórnego, to dyrektywa ta niekoniecznie ograniczy coraz szerszy zakres uprawnień wynikających z faktu bycia obywatelem Unii Europejskiej.

## **THE SCOPE OF RIGHTS STEMMING FROM EUROPEAN UNION CITIZENSHIP IN LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE**

The aim of this paper is to examine the scope of some rights stemming from the possession of European Union citizenship. The rights resulting from this citizenship are commonly known however their exact extent is precised in the ECJ's jurisprudence in a way that often broadens the literal interpretation of Treaty provisions. This generally positive process is sometimes contrary to the Member States' economic interests. In the paper, the analysis of recent jurisprudence of ECJ concerning this problem is divided into two parts. First the relationship between citizenship and the prohibition of discrimination based on nationality (art. 12 TCE) is considered. The ECJ insists on verifying in each case if the situation is a purely intenal situation, refusing in such circumstances the application of Treaty provisions on citizenship. But the definition of 'transnational factor' is so broad that it hardly happens. Thus the general prohibition of discrimination based on nationality is regularly used by the ECJ in cases concerning EU citizens. Second, the limits for applying the right of circulation and stay (art. 18 TCE) are examined. The Treaty imposes an obligation to consider secondary legislation as setting those limits. The Court however generally ignores this indication and interprets the Treaty provisions as if no secondary legislation was in place. Further in the paper, this recent jurisprudence is confronted with the provisions of directive 38/2004 on rights of EU citizens. The directive solves most of the doubts raised by the judicial decisions of the ECJ, limiting the scope of rights set by the Court. The analyzed jurisprudence indicates that the ECJ is determined to grant as broad the rights to the European citizens as possible, sometimes against the will of particular Member States. If the attitude of the Court remains as it is presented in this review of jurisprudence, the clear limits granted by the directive 38/2004 might be overlooked in the further Court's activity.

KAMILA BURY

**PRAWO KARTELI W EUROPIE  
IW STANACH ZJEDNOCZONYCH****I. WPROWADZENIE**

Termin prawo antymonopolowe jest częścią obszerniejszego pojęcia prawnego – prawa konkurencji w szerokim znaczeniu. W Polsce jest to jeszcze słabo znana dziedzina prawa, dlatego też celowe wydaje się przybliżenie podstawowych terminów.

Prawo konkurencji w szerokim znaczeniu obejmuje zarówno prawo antymonopolowe (zwane też prawem karteli), jak i prawo konkurencji w wąskim znaczeniu<sup>1</sup> i reguluje sytuacje na rynkach, na których występują ograniczenia konkurencji<sup>2</sup>. Prawo konkurencji w wąskim znaczeniu ma zapobiec podejmowaniu przeciw sobie nawzajem nielegalnych środków przez przedsiębiorców, będących konkurentami na relewantnych rynkach. Jego celem jest ochrona uczciwej konkurencji między samymi przedsiębiorcami. Prawo antymonopolowe natomiast obejmuje normy prawne, które służą walce z ograniczeniami konkurencji. Ta gałąź prawa zwana jest także prawem karteli (*antitrust law*, *Kartellrecht*), a jej nazwa wywodzi się z prawa amerykańskiego, w którym początkowo służyła zwalczaniu trustów, obecnie zaś odnosi się do karteli. Niemożliwością jest całkowite oddzielenie tych dwóch dziedzin prawa, jako że stale się one ze sobą przeplatają – szczególnie wówczas, gdy konkurujący ze sobą przedsiębiorcy podejmują niedozwolone działania mające na celu samodzielne ograniczenie konkurencji. Doskonałym przykładem jest sprzedaż towaru poniżej ceny jego produkcji – zmierza to nie tylko do upośledzenia konkurentów na relewantnym rynku (konkurencja w wąskim znaczeniu), ale także wypiera konkurencję samą w sobie, co sprawia, iż jest to działanie sprzeczne z normami prawa antymonopolowego.

Kartel to uregulowane przez umowę albo postanowienie połączenie prawnie samodzielnych przedsiębiorstw, które uczestniczą rzeczywiście albo potencjalnie w tym samym, stosownym rynku (tzw. rynek relewantny) i których celem jest

<sup>1</sup> M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht*, München 2004, s. 270.

<sup>2</sup> H.J. Bunte, *Kartellrecht*, Hamburg 2003, s. 10.

ustalanie cen, ograniczanie podaży i konkurencji; sprzedaż w ramach kartelu jest prowadzona samodzielnie<sup>3</sup>.

## II. PRAWO ANTYMONOPOLOWE W STANACH ZJEDNOCZONYCH

Amerykańskie normy prawa karteli należą do jednych z najstarszych na świecie. Ustawodawcę amerykańskiego wyprzedził tylko ustawodawca kanadyjski, uchwalając w 1889 r. pierwszą na świecie ustawę antymonopolową. Ustawa kanadyjska, w przeciwieństwie do prawa amerykańskiego, nie wywarła większego wpływu na kształtowanie się innych ustawodawstw. Amerykańskie prawo konkurencji, zwane *competition law*, zawierające w sobie także prawo karteli (*antitrust law*), jest stanowionym prawem federalnym<sup>4</sup>. Podstawą tych uregulowań jest Międzystanowa Klauzula Handlu umieszczona w Konstytucji, z której wynika, że prawo stanowe nie może osłabiać ani szkodzić wymianie handlowej między stanami oraz z obcymi państwami. Podstawowe akty prawa antymonopolowego ustanowione w Stanach Zjednoczonych to Sherman Antitrust Act uchwalony w 1890 r. oraz dwie ustawy z 1914 r.: Federal Trade Commission Act (powołujący do życia Federalną Komisję ds. Handlu, która w połączeniu z władzą sądowniczą otrzymała uprawnienia regulatora) i Clayton Act. Od tego czasu wydano wiele dodatkowych przepisów oraz rozwinęło się bardzo bogate orzecznictwo, szczególnie Sądu Najwyższego (Supreme Court).

### 1. *Sherman Act*

Dwie pierwsze sekcje Sherman Act zawierają ogólne klauzule. Inicjator tej ustawy – senator Sherman uważał, że niezbędne będzie doprecyzowanie aktu przez jego interpretację w sądach, tak aby rozróżnić zachowania zabronione od dopuszczalnych w poszczególnych indywidualnych sprawach<sup>5</sup>. Paragraf 1 zabrania „zawierania każdego rodzaju kontraktów lub ich łączenia jakiegokolwiek rodzaju (...) albo potajemnych umów, których celem jest ograniczenie handlu między poszczególnymi stanami albo z państwami obcymi”. Sekcja 2 stanowi, iż przestępstwem kryminalnym jest: „monopolizacja albo próba monopolizacji, połączeń lub zawierania potajemnych umów z jakąkolwiek osobą lub osobami w celu monopolizacji jakiegokolwiek części handlu między poszczególnymi stanami albo z państwami obcymi”. Akt ten odnosi się nie tylko do handlu prowadzonego między poszczególnymi stanami, ale także wykraczającego poza granice USA.

Definicja handlu została ujęta przez orzecznictwo bardzo szeroko, np. przewóz towaru statkiem między dwoma obcymi państwami został uznany za część „amerykańskiego handlu zagranicznego”, gdyż ładunek był finansowany wspól-

<sup>3</sup> H. Enke, *Kartelltheorie*, Tübingen 1972, s. 24 i n.

<sup>4</sup> P. Hay, *Law of the United States*, Miinchen 2002, s. 248.

<sup>5</sup> K.N. Hylton, *Antitrust Law. Economic Theory Common Law Evolution*, Cambridge 2003, s. 91 i n.

nie z USA<sup>6</sup>. Ponadto prawo zwyczajowe rozwinęło też bardzo szeroką definicję słowa „ograniczać”. Na przykład w sprawie *Timken Roller*<sup>7</sup> Supreme Court uznał za ograniczanie handlu sytuację, w której jedno z przedsiębiorstw amerykańskich próbowało umocnić swoją pozycję na rynku zagranicznym, ponieważ mogło to wpłynąć na pozycję innych przedsiębiorstw amerykańskich w handlu zagranicznym. Zbyt daleko idąca interpretacja została jednak ograniczona przez zastosowanie tzw. *rule of reason*. Jest to doktryna rozwinięta przez wczesne orzecznictwo Supreme Court, który rozróżnił dwa rodzaje naruszeń prawa antymonopolowego, mianowicie zachowania nielegalne *per se* (*illegal per se*), czyli z mocy samego prawa, oraz takie, które będą poddane sankcji tylko wtedy, gdy są nieracjonalne. Amerykański Sąd Najwyższy i sądy federalne w swoim orzecznictwie wskazały na pewne modele zachowań, które powszechnie uważa się za naruszenia *per se*. Do najważniejszych należy zaliczyć umowy: narzucające ceny (*price fixing*)<sup>8</sup>, ustalające maksymalne ceny<sup>9</sup> (co nie zawsze uważa się za naruszenie w państwach Unii Europejskiej, gdyż np. w Niemczech istnieje obowiązek podawania maksymalnych cen książek), elementy cen<sup>10</sup> czy wreszcie czynniki lub kryteria determinujące ceny<sup>11</sup>. Ponadto podział i alokację rynków<sup>12</sup> oraz porozumienia ustanawiające jedną ze stron za słabszą w negocjacjach (*the lowest bidder*)<sup>13</sup> także uważa się za naruszenia *per se*. Z kolei test racjonalności stosuje się zawsze wtedy, gdy ograniczenie konkurencji nie jest zabronione *per se*. Bierze się w takim przypadku pod uwagę wszystkie okoliczności i aspekty, które naruszają konkurencję w danej sprawie. Odpowiednimi czynnikami będą tu przede wszystkim: pozycja stron na rynku, efekt, jaki porozumienia wywierają na relevantnych rynkach, okoliczności mogące wesprzeć rozwój konkurencji; okazjonalnie rozważa się kwestię, czy pod względem ekonomicznym jest możliwa jakakolwiek alternatywa<sup>14</sup>.

## 2. Clayton Act

W przepisach Clayton Act zabrania się różnych form dyskryminacji. Sekcja 2 dotyczy dyskryminacji cenowej, sekcja 3 zaś zabrania wyłącznych transakcji (*exclusive dealing*). Obydwa przepisy odnoszą się wyłącznie do sprzedaży dóbr „do użytku, konsumpcji albo odsprzedaży na terytorium Stanów Zjednoczonych

<sup>6</sup> *Pacific Seafarers Inc. v. Pacific Far East Line Inc.*, 131 U.S. App. D.C. 226, 404 F.2d 804 (1968), cert. den. 393 U.S. 1093, 89 S.Ct. 872, 21 L.Ed.2d 784 (1969).

<sup>7</sup> *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951); *U.S. v. Minnesota Mining & Mfg. Co.*, 92 F. Supp. 947, 962 (D. Mass. 1950).

<sup>8</sup> *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811, 84 L.Ed. 1129 (1940).

<sup>9</sup> *Ibidem*, nr 109.

<sup>10</sup> *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332, 102 S.Ct. 2466, 73 L.Ed.2d 38 (1982).

<sup>11</sup> *Catalano Inc. v. Target Sales Inc.*, 446 U.S. 332, 100 S.Ct. 1925, 64 L.Ed.2d 580 (1980).

<sup>12</sup> *U.S. v. Topoco Associates Inc.*, 405 U.S. 596, 92 S.Ct. 1126, 31 L.Ed.2d 515 (1972).

<sup>13</sup> *Addyston Pipe & Steel Co. v. U.S.*, 175 U.S. 211, 20 S.Ct. 96, 44 L.Ed. 136 (1899).

<sup>14</sup> *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d 1 (1979).

Ameryki, ich terytoriach przynależnych, Regionu Kolumbii (...), albo jakimkolwiek innym miejscu znajdującym się pod jurysdykcją Stanów Zjednoczonych Ameryki”. Dla handlu międzynarodowego oznacza to, że ustawa ta obejmuje towary importowane, ale nie eksportowane. Nie zawiera już takiego terytorialnego ograniczenia zakaz dotyczący gwarantowania dyskryminujących zniżek lub prowizji<sup>15</sup> oraz sekcja 8 dotycząca *interlocking directorates* (współpracujących zarządów), dotyczy ona bowiem wszelkich korporacji zaangażowanych w handel. Najważniejsze znaczenie wydaje się mieć sekcja 7, która zabrania fuzji albo łączenia przedsiębiorstw oraz bezpośredniego lub pośredniego przejęcia udziałów albo kapitału przedsiębiorstwa, gdy skutkiem takiego przejęcia może być zmniejszenie w jakikolwiek sposób konkurencji w jakiegokolwiek części kraju. Orzecznictwo Supreme Court idzie nawet dalej, wprowadzając „zasadę gdzieś w USA” (*somewhere in the United States of America*)<sup>16</sup>. W związku z tak szerokim ujęciem zakazu przepis ten obejmuje zarówno eksport, jak i import towarów. Do zgłoszenia fuzji stosuje się odpowiednie wymogi formalne w zależności od rodzaju przedsiębiorstwa, które jest objęte przepisem.

### 3. *Federal Trade Commission Act (FTCA) i późniejsze akty*

Ustawa ta w pierwszej kolejności zajmuje się problemami niesprawiedliwej konkurencji (*unfair competition*), stanowiąc w § 5 (a) (1), iż: „(...) niesprawiedliwe metody konkurencji w handlu albo oddziaływające w ten sposób na handel oraz niesprawiedliwe albo oszukańcze akty i praktyki w handlu albo oddziaływające w ten sposób na handel, uważa się niniejszym za sprzeczne z prawem”<sup>17</sup>. Po drugie, ustawa powołuje do życia niezależną agencję federalną, zwaną Federalną Komisją Handlu (*Federal Trade Commission – FTC*), której zadaniem jest nadzorowanie implementacji ww. ustawy. Ponadto w sposób dorozumiany rozciągnięto zakres obowiązywania tego aktu także na handel międzynarodowy. Ustawa zabrania: ustalania cen, fałszywej reklamy, bojkotów produktów innych przedsiębiorstw, nielegalnych porozumień między konkurentami na rynku, a także podejmowania wszelkich innych niesprawiedliwych działań mających na celu ograniczenie konkurencji. Liczne postanowienia innych aktów stanowych, a w ograniczonym zakresie także legislacji stanowych, stały się suplementami do trzech ww. podstawowych aktów chroniących wolną konkurencję na rynku amerykańskim. Przykładowo, sekcja 73 Wilson Tariff Act zabrania takich porozumień między importerami, które ograniczałyby konkurencję albo skutkowałyby wzrostem cen sprowadzanych produktów; jeśli import narusza zasady ustanowione prawem, może on zostać wstrzymany. Z kolei sekcja 301 Trade Act z 1974 r. rozciąga obowiązujące przepisy także na usługi, a ponadto upoważnia prezydenta do limitowania i wycofywania koncesji handlowych przyznanych innym krajom, jeśli tolerują one dyskryminację albo ograniczanie amerykańskiego

<sup>15</sup> 15 U.S.C. § 13 (c).

<sup>16</sup> *U.S. v. Pabst Brewing Co.*, 384 U.S. 546, 86 S.Ct. 1665, 16 L.Ed.2d 765 (1966).

<sup>17</sup> Tłumaczenie własne za FTCA, § 5 (a) (1).

handlu zagranicznego, nawet jeśli dokonywana jest ona przez strony prywatne. Telecommunication Act z 1986 ma na celu wzmocnienie konkurencji w zakresie telekomunikacji i znacznie ogranicza możliwość wydawania aktów stanowych lub takowej interwencji. Wprowadzenie tego aktu doprowadziło do powstania konkurencji także na tym rynku, jako że zagwarantowało operatorom lokalnym, regionalnym i krajowym dostęp do świadczenia usług. Powstała konkurencja między operatorami sieci stacjonarnych i komórkowych (*two-wire strategy*). W przypadku gdy na jednym obszarze to samo przedsiębiorstwo oferuje usługi zarówno w zakresie telefonii komórkowej, jak i sieciowej, można mu odebrać prawo do świadczenia usług na obu obszarach.

#### 4. Konsekwencje naruszenia norm prawa antymonopolowego

Konsekwencją naruszenia zasad prawa konkurencji, w myśl amerykańskiego prawa cywilnego, jest nieważność takiego działania<sup>18</sup>. Ponadto strona, która uciepiała wskutek naruszeń, może żądać odszkodowania w trzykrotnej wysokości wykazanych szkód (tzw. *treble damages*) oraz zwrotu kosztów sądowych i reprezentacji sądowej. Clayton Act reguluje postępowania cywilne, w których mogą być podniesione roszczenia na podstawie naruszenia konkurencji, obejmując swoim zakresem także sprawy wynikające z pogwałcenia Sherman Act. W rezultacie prywatne strony mogą domagać się zmiany przez sąd porozumień między przedsiębiorstwami. Założeniem jest oczywiście, że powód wykaże podstawę roszczenia (*locus standi*), przy czym przysługuje mu to prawo z reguły nawet wtedy, gdy został on tylko w sposób pośredni dotknięty przez niezgodne z prawem porozumienie<sup>19</sup>. Najważniejszą przesłanką jest, aby naruszone prawa znajdowały się w sferze praw chronionych; akt musi kreować naruszenie konkurencji (*antitrust injury*)<sup>20</sup>. Dlatego też jeśli naruszenia kreują rozwój konkurencji – ani konkurencji, ani prywatne osoby nie będą miały podstawy do roszczenia. Sherman Act zakłada też karnoprawne sankcje – zezwala na nakładanie grzywn: w przypadku osób prywatnych do 350 000 USD oraz pozbawienie wolności do trzech lat, w przypadku przedsiębiorstw zaś grzywny do 10 mln USD. Postępowanie karne leży w gestii lokalnego przedstawicielstwa Ministerstwa Sprawiedliwości (*Justice Department*). Clayton Act ustanawia sankcje karne dla wyjątkowych przypadków, głównie dla umawiających się członków zarządu poszczególnych spółek (*interlocking directorates*) lub porozumień dotyczących publicznego transportu. Wreszcie, specjalne agencje federalne mają jurysdykcję do monitorowania przestrzegania i egzekwowania zachowań zgodnych z prawem konkurencji. Zadania te dzielą między siebie Wydział Antymonopolowy Ministerstwa Sprawiedliwości (*Antitrust Division*) oraz FTC (*Federal Trade Commission*). Problemy dotyczące jurysdykcji rozwiązywane są na podstawie

<sup>18</sup> *Ring v. Spina*, 148 F.2d 647 (1945).

<sup>19</sup> *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

<sup>20</sup> *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed.2d 701 (1977).

przydziału kompetencji zgodnie z sektorami ekonomicznymi i rodzajem działalności. Kompetencje FTC nadał § 5 Federal Trade Commission Act, zgodnie z którym jest ona upoważniona do ingerencji w przypadku ukrytych naruszeń albo takich, które dopiero powstają, a także jeśli działania zdają się naruszać „ducha” porządku prawa konkurencji<sup>21</sup>. Po wysłuchaniu stron biorących udział Komisja może zażądać zaprzestania pewnych zachowań (*cease and desist order*). Jej decyzja podlega rewizji przez sąd; jeśli będzie podtrzymana, zostanie wprowadzona przez sądowy nakaz. Niedostosowanie się do takiego nakazu sądowego skutkuje karą za „pogardę dla sądu”.

Sekcja 4 Sherman Act i sekcja 15 Clayton Act stanowią podstawy do działania Wydziału Antymonopolowego. Warto podkreślić, że samo Ministerstwo Sprawiedliwości nie może występować bezpośrednio przeciw prywatnym osobom, może jedynie udzielać pomocy sądowi federalnemu, sprawującemu jurysdykcję nad daną osobą. Zarówno FTC, jak i Wydział Antymonopolowy odgrywają istotną rolę w stosowaniu (lub niestosowaniu) prawa konkurencji. Rozstrzygnięcie sprawy w danym przypadku zależy jednak bardzo często od tego, jakiej szkoły zwolennikiem jest osoba decydująca w danej sprawie (szczególnie uwidacznia się tu bowiem konflikt między szkołą harwardzką a chicagowską).

### III. CHARAKTERYSTYKA EUROPEJSKIEGO PRAWA KARTELI

Punktem wyjścia dla rozwoju Europy w kierunku ponadnarodowej organizacji, a także kamieniem węgielnym dla jej powstania, był przedłożony 9 maja 1950 r. przez francuskiego Ministra Spraw Zagranicznych Roberta Schumana plan utworzenia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (zwany też od nazwiska twórcy planem Schumana)<sup>22</sup>. Projekt ten zakładał podporządkowanie całości niemieckiej i francuskiej produkcji węgla i stali wspólnemu wyższemu urzędowi nadzorczemu, który funkcjonowałby przy organizacji otwartej na wstąpienie do niej innych państw europejskich. Organizacja ta miała być zaczątkiem federacji europejskiej, którą oceniano jako niezbędną do zachowania pokoju<sup>23</sup>. Europejska Wspólnota Węgla i Stali powstała ostatecznie 23 lipca 1952 r. i była pierwszą ponadnarodową organizacją w Europie. Przetrwała aż do 2002 r., gdy zgodnie z art. 65 i 66 Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Węgla i Stali została włączona w struktury Unii Europejskiej. Obecnie wspólna polityka w tym zakresie uregulowana jest przez ogólne przepisy art. 81 i 82 Traktatu o Unii Europejskiej<sup>24</sup>. Ważnym krokiem w budowaniu europejskiego prawa karteli, jako części porządku prawnego jednoczącej się Europy, były tzw. dwa Traktaty Rzymskie, czyli Traktat usta-

<sup>21</sup> *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U.S. 392, 73 S.Ct. 361, 97 L.Ed. 426 (1953) i *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, 86 S.Ct. 1501, 16 L.Ed.2d 587 (1966) oraz *FTC v. Texaco Inc.*, 393 U.S. 223, 89 S.Ct. 429, 21 L.Ed.2d 394 (1968).

<sup>22</sup> R. Gith, *Die Entstehungsgeschichte des europäischen Kartellrechts*, Munster 2003, s. 27.

<sup>23</sup> Cytat za R. Schumanem, przemówienie z 9 maja 1950 r., w: *Fondation Jean Monnet pour l'Europe*, AMG 17/8/61.

<sup>24</sup> A. Weitbrecht, J. Karenfort, A. Peck, *Europaisches Wettbewerbsrecht in Fallen*, Baden-Baden 2003, s. 29.

nawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (EWG) i Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej (EURATOM), które weszły w życie 1 stycznia 1958 r., choć ten ostatni nie odegrał oczywiście żadnej roli w dziedzinie tworzenia prawa karteli<sup>25</sup>. Obok sformułowań programowych zawartych w art. 2 i 3 lit. f, Traktat ustanawiający EWG odnosił się w art. 85–90 (obecnie art. 81 i następne Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską – TWE) do wolnej konkurencji. Warto podkreślić, że w trakcie negocjacji i przygotowywania Traktatu relatywnie mało dyskutowano nad tymi ostatnimi artykułami, gdyż nie zdawano sobie jeszcze wtedy sprawy, jak wielką rolę będą odgrywały te przepisy z upływem czasu. Ponadto w art. 92–94 umieszczono zakaz udzielania państwowej pomocy przedsiębiorstwom (obecnie zakaz ten znajduje się w art. 88–90 TWE). Dopiero po czterech latach wprowadzono odpowiednie przepisy regulujące postępowanie administracyjne w sprawach związanych z konkurencją; i tak w 1962 r. na podstawie rozporządzenia nr 17/6226 kompetencje do egzekwowania ww. przepisów przyznano Komisji Europejskiej. Uregulowania te obowiązywały do 30 kwietnia 2004 r., kiedy to zastąpiono je rozporządzeniem nr 1/2003<sup>27</sup>.

Art. 3 ust. 1 lit. g Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE) stanowi, że ochrona rynku przed nieuczciwą konkurencją jest jednym z podstawowych zadań polityki gospodarczej Wspólnoty<sup>28</sup>. Przepis ten chroni przed zakłóceniami konkurencję na rynku wewnętrznym, odnosząc się zarówno do przedsiębiorstw (w związku z art. 81–86 TWE), jak i do pomocy przyznawanej przez państwa (w związku z art. 87–89 TWE). W art. 157 TWE zobowiązano zarówno państwa członkowskie, jak i Wspólnotę do zapewnienia warunków niezbędnych dla konkurencyjności przemysłu. Nasuwająca się początkowo sprzeczność z art. 3 ust. 1 lit. l TWE, w którym nie wymienia się państw członkowskich, jest pozorna – przedmiot regulacji obejmuje jedynie zadania Wspólnoty, nie służąc interesom pojedynczych państw. Polityka przemysłowa pozostaje w ich gestii, są jednak zobowiązane do porozumiewania się między sobą i pozostawiania w łączności z Komisją Europejską.

### 1. Art 81 TWE

Jednym z najważniejszych przepisów wspólnego ustawodawstwa antymonopolowego jest art. 81 TWE, w którym wyraża się zamiar Wspólnoty do zapewnienia jednolitego systemu chroniącego wspólny rynek przed ograniczeniami konkurencji. Przepis ten zawiera zakaz tworzenia karteli, zabrania wszelkich porozumień między przedsiębiorcami, decyzji grup przedsiębiorstw i uzgodnionych praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi

<sup>25</sup> D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford 1998, s. 342 i n.

<sup>26</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) nr 17, pierwsze rozporządzenie wykonawcze do art. 85 i 86 Traktatu, Dz. Urz. 1962, L 13, s. 204.

<sup>27</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji przewidzianych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. 2003, L 1, s. 1.

<sup>28</sup> Z. Brodecki, *Zasady*, w: Z. Brodecki (red.), *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 139.

i których przedmiotem lub skutkiem jest uniknięcie, ograniczenie lub naruszenie konkurencji w obrębie wspólnego rynku, traktując takie porozumienia jako niezgodne z tymże rynkiem<sup>29</sup>. Ograniczenia konkurencji muszą być celowe i muszą oddziaływać na rynek<sup>30</sup>. Zgodnie z art. 81 ust. 1 TWE dotyczy to w szczególności (katalog otwarty): a) bezpośredniego i pośredniego ustalania cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji, b) ograniczenia lub kształtowania produkcji, rozwoju technicznego lub inwestowania, c) podziału rynków lub źródeł zaopatrzenia, d) stosowania różnych warunków do podobnych transakcji z różnymi kontrahentami i przez to stworzenie dla nich niekorzystnych warunków konkurencji, a także e) uzależniania zawarcia kontraktów z zastrzeżeniem warunków, które partner handlowy zmuszony jest przyjąć, a które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają nic wspólnego z przedmiotem kontraktów. O istnieniu porozumienia decyduje zgodność woli dwóch lub więcej podmiotów gospodarczych. W sprawie *AMP v. Binon*<sup>31</sup> Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) przybliżył granice uznania praktyk za „uzgodnione”, podkreślając, że muszą one zawierać elementy koordynacji i współpracy. Za takie praktyki może zostać uznane np. wzajemne informowanie się o cenach, wielkościach sprzedaży, o klientach i stosowanych przez siebie opłatach.

Ponieważ art. 81 TWE odnosi się bardzo enigmatycznie do jakichkolwiek porozumień między przedsiębiorstwami, oznacza to, że obejmuje on swym zakresem nie tylko horyzontalne, ale i wertykalne ograniczenia konkurencji, co umożliwia jego szerokie zastosowanie. Ponadto, wg stałego orzecznictwa ETS, zakaz karteli odnosi się do handlu rozumianego w bardzo szerokim znaczeniu, a mianowicie obejmującego wszystkie wolności zagwarantowane przez TWE<sup>32</sup>. Niepewne jest natomiast, w jakich przypadkach można mówić o ograniczeniu konkurencji. Aby to stwierdzić, należałoby podać definicję konkurencji, co wcale nie jest zadaniem łatwym, gdyż mimo bogatego orzecznictwa Trybunału i licznych decyzji Komisji nie ma jednej, powszechnie uznanej definicji. ETS<sup>33</sup> i Komisja<sup>34</sup> porównują konkurencję do wolności handlu i swobody podejmowania decyzji przez uczestniczące na rynku przedsiębiorstwa i wynikające stąd możliwości wpływania na zachowania podmiotów trzecich. Art. 81 ust. 1 chroni rzeczywistą i potencjalną konkurencję<sup>35</sup>. Tak więc zakaz karteli obejmuje nie tylko przypadki, w których już nastąpiło ograniczenie konkurencji, ale także takie, w których istnieje wystarczające prawdopodobieństwo, że w przyszłości naruszenie nastąpi.

Duże znaczenie przypisuje się postulatowi samodzielności, co oznacza, że uczestnicy rynku muszą być samodzielni, jeśli ustalają parametry konkurencji

<sup>29</sup> M. Drobyś, *Wspólne przepisy o zasadach konkurencji, podatkowe i o zbliżaniu ustawodawstw*, w: Z. Brodecki (red.), *Traktat o Unii...*, op. cit., s. 246.

<sup>30</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 24.

<sup>31</sup> Sprawa 243/83, *AMP v. Binon*, Zb. Orz. 1985, s. 2015.

<sup>32</sup> Sprawa 172/80 z 14 lipca 1981 r., *Zürchner v. Bayerische Yereinsbank*, Zb. Orz. 1981, s. 2021, Tz. 12.

<sup>33</sup> Sprawa z 14 maja 1975 r., *Kali Chemie*, Zb. Orz. 1975, s. 499.

<sup>34</sup> Decyzja Komisji z 23 marca 1990 r., *Moosehead v. Whitbread*, Dz. Urz. 1990 L 100, s. 32.

<sup>35</sup> Sprawa 6/72 z 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can v. Komisja*, Zb. Orz. 1973, s. 215; sprawa z 27 października 1994 r., *Fiatagri*, Zb. Orz. 1994, s. 905.

(jak np. cenę, jakość, reklamę). Oprócz tego ochrona konkurencji musi obejmować także swobodę dostępu do rynku. Jeśli jakieś przedsiębiorstwo z przyczyn wymienionych w art. 81 ust. 1 TWE musi zaniechać wejścia na rynek, możliwe, że będzie zachodzić wówczas także naruszenie konkurencji. Z drugiej strony jednak kwestia potencjalnego zagrożenia konkurencji nie powinna być rozstrzygana przedwcześnie, tak aby ochrona konkurencji nie poszła za daleko. Dlatego też przedsiębiorstwo, które rezygnuje z wstąpienia na rynek, musi być najpierw zdolne do wejścia na niego. Należałoby przede wszystkim rozpatrzyć takie zagadnienia jak: przedmiotowa i miejscowa bliskość z relevantnym rynkiem oraz czas niezbędny do rozpoczęcia działalności<sup>36</sup>. Traktat nie precyzuje też definicji przedsiębiorstwa, którą stworzył Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Hofler*<sup>37</sup>, uznając, że przedsiębiorstwa to wszelkie jednostki wykonujące działalność gospodarczą bez względu na ich formę prawną oraz sposób finansowania. Za przedsiębiorstwo zostanie uznana każda jednostka gospodarcza, która jest zaangażowana w procesie produkcji, dystrybucji i świadczenia usług, lub osoba fizyczna bądź stowarzyszenie zawodowe. Podsumowując, adresatami norm o konkurencji są przede wszystkim przedsiębiorstwa prowadzące działalność komercyjną, wobec których stosuje się prawo antymonopolowe. Przy czym chodzi tu nie tylko o prywatne przedsiębiorstwa, albowiem adresatem tych norm jest także państwo, jeżeli jego przedsięwzięcia mogą być traktowane jako działanie przedsiębiorcy. Przepisy te dotyczą bowiem także wszystkich instytucji rządowych i samorządowych, które w formie prawnej struktury organizacyjnej świadczą odpłatne usługi gospodarcze. Nie odgrywa żadnej roli to, czy według prawa krajowego istnieje wyraźna granica między państwem a przedsiębiorstwem.

## 2. Art. 82

Drugim zagrożeniem dla wolnej konkurencji, obok łączenia się przedsiębiorstw, jest nadużywanie siły gospodarczej, przeciw czemu wprowadził uregulowania art. 82 TWE. W zd. 1. ustala on zakaz nadużywania dominującej pozycji na rynku wspólnotowym albo na jego znacznej części przez jedno lub kilka przedsiębiorstw, jeśli mogłoby to wpłynąć na handel między państwami członkowskimi. Zd. 2 uzupełnia przedmiot zakazu, wymieniając przykładowe nadużycia. W ramach zakazu dyskryminacji wynikającego z prawa pierwotnego należy przyjrzeć się dwóm różnym aspektom ochrony konkurencji<sup>38</sup>. I tak z jednej strony, art. 82 chroni zarówno partnerów handlowych, jak i konsumentów przed bezpośrednimi szkodami wynikającymi z zastosowania takich praktyk handlowych, którym obce jest osiągnięcie jak największej wydajności, tzn. takimi sposobami postępowania, które odnoszą się tylko do pozycji dominującej na rynku działającego przedsiębiorstwa<sup>39</sup>. Z drugiej zaś strony, ochrania też konkurencję jako

<sup>36</sup> Decyzja Komisji z 13 lipca 1990 r., *Elopak v. Metal Box*, Dz. Urz. 1990, L 209, s. 15, 19.

<sup>37</sup> Sprawa C-41/90, *Hofler*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979.

<sup>38</sup> M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs...*, op. cit., s. 544.

<sup>39</sup> Sprawa 41/73 z 11 grudnia 1973 r., *Generale Sucriere*, Zb. Orz. 1973, s. 1465.

instytucję, co pozostaje w spójności z zadaniem naczelnym art. 3 lit. g TWE. Aby nastąpiło naruszenie zakazu umieszczonego w art. 82 TWE, muszą zostać spełnione dwa warunki: po pierwsze, podmiot naruszający jest przedsiębiorstwem – definicja przedsiębiorcy jest taka sama jak w art. 81 TWE, po drugie, pozostaje on w pozycji dominującej na rynku lub jego znacznej części. TWE nie definiuje pozycji dominującej na rynku; została ona ukształtowana przez bogate orzecznictwo ETS<sup>40</sup>, z którego wynikają dwie cechy charakterystyczne dla stwierdzenia wystąpienia pozycji dominującej na rynku: po pierwsze, zdolność do utrudniania zachowania skutecznej konkurencji istniejącej jeszcze na rynku albo rozwoju konkurencji, oraz po drugie, możliwość tworzenia własnej strategii rynku w stosunku do partnerów na rynku<sup>41</sup>. Bardzo ważnym kryterium dla ustalenia pozycji dominującej na rynku po stronie nabywcy lub sprzedawcy jest ich udział w rynku. Orzecznictwo i praktyka administracyjna wykształciły tu pewne wartości, po których przekroczeniu następuje naruszenie art. 82 TWE; a mianowicie: udział w rynku większy niż 40% (w niektórych przypadkach więcej niż 50%) to znaczący dowód w ustalaniu pozycji dominującej; między 25 a 40% – do stwierdzenia istnienia pozycji dominującej należy dodatkowo sprawdzić dystans (różnicę w udziale w rynku) najbliższego konkurenta; poniżej 25% – uznanie udziału na rynku za dominujący jest wyłączone. Traktat nie definiuje pojęcia nadużycia pozycji dominującej, zostało ono natomiast sprecyzowane przez orzecznictwo ETS, który uznał, że dominująca pozycja występuje w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo może nie przestrzegać na relewantnym rynku reguł konkurencji i jest w stanie do swoich konkurentów, odbiorców lub konsumentów odnosić się w znacznej mierze niezależnie, powodując w związku z tym osłabienie konkurencji. Panuje jednak opinia, że rzeczywisty związek przyczynowy między dominującą pozycją a jej nadużyciem nie jest konieczny<sup>42</sup>. Kolejnym założeniem zastosowania art. 82 ust. 1 TWE jest wpływ ograniczeń konkurencji na handel między państwami członkowskimi. Dla spełnienia tego założenia wystarczy, podobnie jak przy art. 81 TWE, aby powzięte środki – przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności – bezpośrednio albo pośrednio wpływały na handel między państwami członkowskimi w taki sposób, że zrealizowanie zamierzonego przez przedsiębiorstwo celu odbije się na jedności rynku wspólnotowego, w szczególności nastąpi na tym rynku ograniczenie w handlu, doprowadzając do obciążenia rynku lub utrudnienia wymiany handlowej<sup>43</sup>. Środkiem oceny są tu hipotetyczne stosunki, jakie by powstały, gdyby nie zaistniało naruszenie konkurencji. Stosunki te mają bowiem wskazać, czy ograniczenia doprowadziłyby do odczuwalnej zmiany w handlu między państwami członkowskimi. Podstawowym skutkiem naruszenia art. 82 TWE jest wydany przedsiębiorstwu nakaz powstrzymania się od dalszego takie-

<sup>40</sup> Przykładowo: sprawa 78/70 z 8 czerwca 1971 r., *Deutsche Grammophon*, Zb. Orz. 1971, s. 487; sprawa 27/76 z 14 lutego 1978 r., *United Brands*, Zb. Orz. 1978, s. 207 (282 i n.); sprawa 85/76 z 15 lutego 1979 r., *Hoffmann v. LaRoche*, Zb. Orz. 1979, s. 461.

<sup>41</sup> M. Kling, S. Thomas, *Grundkurs...*, op. cit., s. 548.

<sup>42</sup> Sprawa 6/72 z 21 marca 1973 r., *Continental Can*, Zb. Orz. 1973, s. 215.

<sup>43</sup> Sprawa 209/78 do 215/78 i 218/78 z 29 października 1980 r., *van Landewyck v. Komisja*, Zb. Orz. 1980, s. 3125 LS 4.

go postępowania. W przeciwieństwie do uregulowań art. 81 ust. 2 TWE, art. 82 nie określa generalnego skutku cywilnoprawnego, np. w formie skutku nieważności. Nieważność takiej czynności prawnej będzie więc wynikała z przepisów krajowych. Inne skutki naruszenia art. 82 także będą następować na podstawie prawa krajowego. Tak więc skutki administracyjne i grzywny pieniężne od 1 maja 2004 r. następują na podstawie rozporządzenia nr 1/2003 (do tej pory na podstawie rozporządzenia nr 17/62). Komisja ma uprawnienie do stosowania tymczasowych środków, jeśli powstaje niebezpieczeństwo poważnego, niemożliwego do naprawienia zagrożenia dla konkurencji (art. 8 rozporządzenia nr 1/2003). Ponadto w przypadku naruszenia art. 82 TWE może ona w formie decyzji nakładać grzywny i tymczasowe grzywny celem wymuszenia zastosowania się do jej decyzji. Termin przedawnienia wynosi pięć lat. Postępowanie w sprawie nadużycia dominującej pozycji na rynku mogą wszczynać także osoby trzecie i ich związki, jeśli mają w tym uzasadniony interes, a także państwa członkowskie i to na podstawie art. 232 TWE (powództwo z powodu beczynności urzędu).

### 3. Ograniczenia stosowania przepisów prawa antymonopolowego

Ze względu na bardzo szerokie ujęcie zakazu tworzenia karteli ugruntowanego w TWE niezbędne okazało się określenie przypadków, do których nie będą stosowane przepisy traktatu, aby nie doprowadzić do nadmiernej ingerencji państw w działalność przedsiębiorstw i aby wolność konkurencji i podejmowania decyzji nie była ograniczona ponad niezbędną miarę. Dlatego też zarówno ETS, jak i Komisja w niektórych sprawach nie stwierdzają naruszenia wspólnotowych przepisów prawa antymonopolowego mimo spełnienia przez porozumienia przedsiębiorstw większości przesłanek z art. 81 TWE. I tak przede wszystkim art. 81 ust. 1 TWE nie dotyczy zachowań, które zmierzają do udaremnienia nieuczciwej lub niezwiązanej z osiągnięciem wydajności konkurencji. W związku z tym porozumienia zmierzające do zaniechania nieuczciwej lub nie mającej na celu osiągnięcia wydajności konkurencji są powszechnie uważane za zgodne z prawem. Czy dane zachowanie spełnia takie kryteria, stwierdza się nie na podstawie przepisów krajowych, ale za pomocą wspólnotowych środków prawnych, które zmierzają do ustalenia zgodności działania z przepisami, zasadami i celami traktatów unijnych.

Przy sprzedaży przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw wyjątkowo dopuszczalne jest zawarcie umowy ustanawiającej zakaz konkurencji. Jest to konieczne przede wszystkim ze względu na to, aby zagwarantować sprzedawcy możliwość prowadzenia nowego przedsiębiorstwa i przez to utrzymanie przy nim klientów starego przedsiębiorstwa lub użycie *know-how*. Jednakże całkowicie nieograniczone zakazy konkurencji będą sprzeczne z zasadami ochrony konkurencji. Dlatego też dopuszczalne i usprawiedliwione są tylko takie umowy, które ze względu na przedmiot, długość i przestrzenne zastosowanie zakazu nie przekraczają granic niezbędnych do zagwarantowania udanej sprzedaży przed-

siębiorstwa<sup>44</sup>. W ujęciu czasowym dopuszczalne jest zawarcie umów zakazujących konkurencji na okres od 3 do 5 lat<sup>45</sup>. W ramach kontroli fuzji Komisja wydała obwieszczenie o dodatkowych porozumieniach umownych w ramach zakazu konkurencji<sup>46</sup>.

Oprócz dwóch, wymienionych wyżej, grup porozumień traktowanych ze względu na ich specyfikę lub cel, któremu służą, często „z przymrużeniem oka” (mimo spełnienia przesłanek powodujących naruszenie zakazu zawartego w art. 81 TWE), istnieje jeszcze grupa porozumień, które nie są objęte zakazem tworzenia karteli. Dotyczy to, po pierwsze, porozumień mających wyłącznie wewnętrzny charakter i nie wywierających wpływu na wymianę w obrębie Wspólnoty. Zakazane są tylko takie umowy, które wpływają na swobodę handlu między państwami członkowskimi tak, że mogłyby utrudnić realizację celów rynku wewnętrznego bądź dokonać podziału rynku pewnych produktów między państwa członkowskie. Po drugie, zakazem nie jest także objęte porozumienie, jeśli wpływa ono na rynek w sposób mało znaczący. W obwieszczeniu dotyczącym „umów o niewielkim znaczeniu”<sup>47</sup> z 22 grudnia 2001 r. Komisja uznała za bagatelne porozumienia między konkurentami, jeśli prowadzą do opanowania nie więcej niż 10% relewantnego rynku Wspólnoty, w porozumieniach wertykalnych zaś – 15%<sup>48</sup>. Należy jednak podkreślić, iż Komisja, mimo że ww. progi nie zostaną przekroczone, wszczyna czasem postępowanie ze względu na „Jakościowe” kryteria danych porozumień, jak np. treść porozumienia, rodzaj i ilość wytwarzanych produktów etc. Takie podejście zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału<sup>49</sup>.

Zgodnie z art. 81 ust. 3 TWE zakaz porozumienia może zostać uznany za niemający zastosowania do umów lub rodzajów grup przedsiębiorstw, uzgodnionych działań, które służą wzrostowi produkcji lub dystrybucji produktów albo popieraniu postępu technicznego lub gospodarczego, jeżeli przynoszą one słuszny udział w zysku konsumentom i nie nakładają na zainteresowane przedsiębiorstwa restrykcji, które nie są niezbędne do osiągnięcia tych celów i nie pozwalają danym przedsiębiorstwom na wyeliminowanie konkurencji w stosunku do znacznej części danego produktu. Takie zwolnienie może być udzielone w drodze decyzji przez Komisję, zarówno w pojedynczym przypadku – tzw. pojedyncze zwolnienie, jak i dla określonej grupy zawieranych kontraktów – tzw. grupowe zwolnienie<sup>50</sup>. Kompetencje Komisji wynikają z art. 10 rozporządzenia nr 1/2003. Warto jednak podkreślić, że umieszczone w art. 81 ust. 3 TWE wyrażenie „mogą zostać uznane za niemające zastosowania(...)” nie kreuje prawa Komisji do cał-

<sup>44</sup> Decyzja Komisji z 20 grudnia 1974 r., SHVv. *Chevron*, Dz. Urz. 1975, L 38, s. 14.

<sup>45</sup> Sprawa z 11 lipca 1985 r., *Nutricia*, Zb. Orz. 1985, s. 2545, 2571.

<sup>46</sup> Obwieszczenie Komisji z 1990 r., o dodatkowych porozumieniach umownych w ramach zakazu konkurencji, Dz. Urz. 1990, C 203, s. 5.

<sup>47</sup> Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie naruszają w sposób istotny konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 TWE (*de mirtimis*), Dz. Urz. 2001, C 368, s. 13.

<sup>48</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 368.

<sup>49</sup> Przykładowo: sprawa 22/71 z 11 grudnia 1980 r., *Beguelin*, Zb. Orz. 1971, s. 949.

<sup>50</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 25.

kwocie swobodnej oceny<sup>51</sup>. Co więcej, zgodnie z orzeczeniem Trybunału, przy spełnieniu założeń wynikających z tego artykułu przedsiębiorstwu służy roszczenie prawne o udzielenie zwolnienia<sup>52</sup>. Ocena warunków dotyczących zapewnienia konsumentom odpowiedniego udziału w otrzymanym zysku jest uzależniona od sytuacji na rynku i nie może przeszkadzać osobom trzecim w oferowaniu podobnych produktów. Często warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli porozumienie między przedsiębiorstwami doprowadzi m.in. do obniżenia ceny produktu, polepszenia jego jakości lub zwiększenia regularności dostaw. Na tej podstawie Komisja zaakceptowała np. porozumienie między spółką Eurotunnel, SNFC i British Rail w sprawie eksploatacji tunelu pod kanałem La Manche, argumentując, iż mimo wybudowania tunelu nadal będą funkcjonowały inne formy przewozu przez kanał, konsumenci zaś otrzymają szerszą możliwość wyboru środków transportu.

#### 4. Postępowanie przy pojedynczym zwolnieniu

Od 1 maja 2004 r. obowiązuje nowe rozporządzenie nr 1/2003 dotyczące udzielania zwolnień pojedynczych, zastępujące rozporządzenie nr 17/62. Jego głównym założeniem jest odciążenie Komisji, ponieważ poprzednie przepisy doprowadziły do sytuacji, że większość czasu pracownicy Komisji poświęcili na weryfikację składanych przez przedsiębiorstwa zgłoszeń<sup>53</sup>. Spowodowało to, że Komisja ze względu na liczbę spraw nie mogła się skupić na najpoważniejszych naruszeniach. Obowiązujące od 1 maja 2004 r. rozporządzenie stanowi podstawowy akt prawny dotyczący zasad postępowania w sprawach antymonopolowych i stosowania przepisów regulujących praktyki ograniczające konkurencję oraz nadużywanie pozycji dominującej. Dzięki umożliwieniu administracyjnym organom ochrony konkurencji bezpośredniego stosowania systemu wyłączeń akt ten zmierza do decentralizacji systemu stosowania wspólnotowego prawa konkurencji. Chodzi tu mianowicie o przejście na system bezpośredniego wyłączania porozumień spełniających przesłanki zwolnienia z zakazu tworzenia karteli, wynikające z art. 81 ust. 3 w związku z art. 81 ust. 1 TWE, przy jednoczesnym stosowaniu prawa krajowego i wspólnotowego, a także o zniesienie systemu notyfikacji i wprowadzenie na jego miejsce systemu opartego na samodzielnej ocenie sytuacji prawnej przedsiębiorstwa; nowe rozporządzenie wzmacnia także uprawnienia dochodzeniowe i decyzyjne Komisji. Wprowadzone rozporządzenie zmienia jednak system tylko w stosunku do zwolnień indywidualnych, utrzymując wyłączną kompetencję Komisji do wydawania zwolnień grupowych, pod warunkiem że Rada udzieli jej takiego upoważnienia.

<sup>51</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 377.

<sup>52</sup> Sprawy połączone: 56 i 58/64 z 13 lipca 1966 r., *Grundig i Cunslen v. Komisja*, Zb. Orz. 1966, s. 429.

<sup>53</sup> P. Rosiak, *Reguły stosowania art. 81 i 82 TWE od 1 maja 2004 roku*, w: Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 261.

Obowiązuje nadal zasada, iż porozumienia między przedsiębiorstwami, decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie uzgodnione praktyki objęte zakazem określonym w art. 81 ust. 1 (lub art. 82) TWE zakazane są z mocy prawa bez konieczności wydawania wcześniejszej decyzji. Najważniejsza zmiana dotyczy jednak zastosowania art. 81 ust. 3, gdyż obecnie po spełnieniu przesłanek w nim zawartych możliwe jest skorzystanie ze zwolnienia od zakazu przewidzianego w art. 81 bez uprzedniego zgłoszenia i bez uprzedniej decyzji. Wynika z tego wniosek, iż porozumienia spełniające przesłanki art. 81 ust. 3 nie są już *ex lege* zakazane. Ewentualne stwierdzenie niezgodności porozumienia z prawem możliwe jest tylko w związku z wniesioną skargą lub zaistniałym sporem. Art. 3 rozporządzenia upoważnia krajowe sądy i organy ochrony konkurencji do łącznego stosowania prawa wspólnotowego i krajowego. Niesie to za sobą taki skutek, iż właściwe krajowe organy lub sądy są zobowiązane do stosowania wspólnotowego prawa ochrony konkurencji w stosunku do porozumień, decyzji lub uzgodnionych praktyk, które mogą mieć wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi, jeśli jednocześnie zdecydowały się na zastosowanie prawa krajowego. Stosowanie przepisów krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić jednak do naruszenia przepisów wspólnotowych w ten sposób, iż ustawodawstwo państw członkowskich będzie zakazywało porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji grup przedsiębiorstw lub uzgodnionych praktyk, które nie są zabronione na gruncie prawa unijnego. Jednocześnie prawo krajowe nie powinno zezwalać na zawieranie porozumień, które są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa wspólnotowego. Następstwem wprowadzonych zmian jest pozbawienie Komisji monopolu na wydawanie orzeczeń o zgodności z prawem porozumień między przedsiębiorstwami na podstawie art. 81 ust. 3, jako że teraz kompetencje te zostały też przyznane krajowym sądom i organom powołanym do ochrony konkurencji. Przedsiębiorstwa i ich związki natomiast nie będą mogły już dłużej korzystać z systemu zgłoszenia w celu uzyskania wyłączenia, a w razie powstania wątpliwości co do spełnienia przez nie przesłanek wynikających z art. 81 ust. 3 na nich będzie spoczywał ciężar udowodnienia tego faktu. Podsumowując, obecnie stosowanie art. 81 ust. 3 nie różni się niczym od stosowania art. 81 czy 82 TWE, w związku z czym cała kontrola zawartych w tych artykułach postanowień odbywa się wyłącznie *ex post*. Jednakże Komisja nadal ma prawo do decydowania o tym, czy art. 81 (lub 82) nie ma zastosowania w odniesieniu do pewnych porozumień lub praktyk; obecnie decyzje takie wydawane są jednak ze względu na wspólnotowy interes publiczny, nie zaś w odniesieniu do indywidualnych przypadków lub na wniosek danego przedsiębiorcy. W celu dostarczenia Komisji środków do skuteczniejszej walki z przedsiębiorstwami dokonującymi najcięższych nadużyć prawa antymonopolowego rozporządzenie nr 1/2003 rozszerza kompetencje Komisji w zakresie podejmowania czynności wyjaśniających. Na podstawie tych uregulowań jest ona uprawniona do dokonania przeszukania lokali mieszkalnych zajmowanych przez członków kadry kierowniczej przedsiębiorstw oraz do nakładania dotkliwych kar pieniężnych w przypadku utrudniania Komisji prowadzenia postępowania przez uczest-

ników porozumienia, a także do wydawania aktów prawnych i przyjęcia innych środków, dotyczących m.in. postępowania prowadzonego w wyniku skarg wnoszonych na przedsiębiorstwa naruszające reguły konkurencji, sposobu wymiany informacji, przeprowadzania konsultacji między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji, jak również wysłuchania osób zainteresowanych wynikami postępowania.

### 5. Postępowanie przy grupowym zwolnieniu

Art. 81 ust. 3 TWE zezwala Komisji nie tylko na udzielanie zwolnień pojedynczych, ale także i grupowych, a to przede wszystkim ze względu na konieczność uniknięcia takiego natłoku spraw do rozpatrzenia, z którymi Komisja nie mogłaby sobie poradzić<sup>54</sup>. Grupą w znaczeniu ww. artykułu są porozumienia, u których podstaw leżą wspólne lub podobne stany faktyczne, a które w świetle podobnych interesów uczestników, ich partnerów handlowych, konkurentów, jak i konsumentów pozwalają na stypizowane rozpatrzenie. Zwolnienia grupowe regulują zawsze abstrakcyjno-generalny stan faktyczny, dogmatycznie zatem chodzi tu o rozporządzenia w znaczeniu art. 249 ust. 2 TWE; w związku z tym są one bezpośrednio stosowanym prawem<sup>55</sup>. Jako że przepisy te stosowane są w drodze wyjątku, nie należy wyklądać ich rozszerzająco. Na podstawie art. 83 ust. 2 lit. b TWE prawo do wydawania odpowiednich przepisów w tym zakresie ma Rada. Ta ostatnia scedowała jednak – w pięciu rozporządzeniach (nr: 19/65, 2821/71, 3976/87, 1534/91, 492/92) – swoje kompetencje na Komisję. Na podstawie tych upoważnień Komisja wydała bardzo wiele rozporządzeń o zwolnieniach grupowych, których zgodność z prawem potwierdził ETS<sup>56</sup>. Jak do tej pory wszystkie grupowe rozporządzenia zwalniające z zakazu tworzenia karteli wykazują bardzo podobną strukturę, mianowicie początkowo opisywana jest abstrakcyjnie grupa porozumień, która będzie mogła ewentualnie podlegać zwolnieniu. Następnie tworzy się tzw. białą listę – na niej wyliczane są zachowania ograniczające konkurencję, które zostaną zwolnione z zakazu tworzenia karteli; a także czarną listę (*hard-core-restraints*), czyli zbiór zachowań nie podchodzących pod zwolnienie. Ponadto niektóre z grupowych zwolnień zawierają przepis zezwalający na przyspieszone postępowanie w sprawie zwolnienia z zakazu tworzenia karteli w postępowaniu odwoławczym. Dotyczy to porozumień, co do których niemożliwa jest subsumpcja ani pod czarną, ani pod białą listę (tzw. szara klauzula). Jeśli w takim przypadku w ciągu sześciu miesięcy od zgłoszenia porozumienia Komisja nie zgłosi sprzeciwu, to zwolnienie grupowe obejmuje także „szarą klauzulę”. Każde z grupowych zwolnień może być cofnięte, jeśli w pojedynczym przypadku mimo wszystko nie zachodzą założenia z art. 81 ust. 3 TWE.

<sup>54</sup> H.J. Buntc, op. cit., s. 384 i n.

<sup>55</sup> Sprawa C-234/89 z 28 lutego 1991 r., *Stergios Delimitis v. Henninger Brau*, Zb. Orz. 1991, s. I-935.

<sup>56</sup> Sprawa z 13 lipca 1966 r., *Powództwo włoskie*, Zb. Orz. 1966, s. 457, 481.

Warto jednak zauważyć, iż w związku z wydaniem w 1999 r. rozporządzeń o zwolnieniach grupowych do porozumień wertykalnych i w 2000 r. określonych horyzontalnych nastąpiła pewna zmiana ich struktury budowy, a większe znaczenie niż białe listy osiągnęły istniejące kryteria gospodarcze. Jeśli konkretna umowa między przedsiębiorstwami spełnia założenia rozporządzenia o grupowym zwolnieniu, to jest ona automatycznie zwolniona z zakazu tworzenia karteli wynikającego z art. 81 ust. 1 TWE<sup>57</sup>, co musi być przestrzegane także przez krajowe sądy i urzędy. W przypadku odpowiadającym takiemu schematowi przedsiębiorstwa nie muszą zgłaszać swoich umów i jednocześnie nie przeprowadza się postępowania sprawdzającego. Jeśli jednak przedsiębiorstwo błędnie oceniło, iż zaplanowane przez nie porozumienie spełnia warunki upoważniające do skorzystania z grupowego zwolnienia z zakazu tworzenia karteli, nie zwolni go to od obowiązku poniesienia ewentualnych sankcji, które Komisja może w związku z tym nałożyć. Ryzyko subsumpcji ponoszą samodzielnie przedsiębiorstwa. Dzięki temu, że wyżej opisane rozwiązanie zezwala na potraktowanie w sposób indywidualno-abstrakcyjny całej grupy porozumień, można mówić o istnieniu bardzo ważnego aspektu pewności prawa. Przedsiębiorstwa, które chcą zawrzeć odpowiednie porozumienia, mogą mianowicie na podstawie przepisów ocenić, czy zakaz tworzenia karteli będzie także je obejmował. W przypadku oceny pozytywnej, mogą one w taki sposób zmodyfikować swoje porozumienia, że stan faktyczny tych porozumień zostanie objęty przez normy rozporządzenia o zwolnieniu grupowym. Wobec tego to ostatnie kreuje ofertę zachęcającą przedsiębiorstwa, aby tworzyły takie porozumienia, do których ze względu na zwolnienie nie będzie miał zastosowania art. 81 ust. 1 TWE, co jednocześnie pozbawi je cywilnoprawnej bezskuteczności. Rozporządzenie nr 1/2003 nie zmienia zasadniczo kompetencji Komisji w zakresie udzielania zwolnień grupowych, pozostawiając przy niej prawo do przyjęcia przepisów dotyczących takich wyłączeń, pod warunkiem że Rada upoważni Komisję do podjęcia takich działań.

## 6. Skutki naruszenia przepisów antymonopolowych

Porozumienia zawarte sprzecznie z art. 81 ust. 1 TWE są – zgodnie z ust. 2 – z mocy prawa nieważne. Zgodnie z jego brzmieniem: wszelkie umowy lub decyzje zabronione na mocy niniejszego przepisu są z mocy prawa nieważne. Nieważność istnieje od samego początku (*ex tunc*), jest czasowo nieograniczona, nie podlega więc przedawnieniu i wywiera skutek względem każdego. W związku z tym, że skutek następuje *ipso iure*, nie wymaga decyzji Komisji, urzędu antymonopolowego bądź sądu, które to decyzje mają tylko charakter deklaracyjny<sup>58</sup>. Nieważność musi być z urzędu uwzględniana przez sądy lub urzędy krajowe, jeśli orzekają one o umowie lub uchwale sprzecznej z ustalonymi regulami postępowania. Prawo do powołania się na nieważność takiego porozumienia

<sup>57</sup> Sprawa z 3 lutego 1976 r., *Roubaix v. Roux*, Zb. Orz. 1976, s. 111, 118.

<sup>58</sup> Sprawa 48/72 z 6 lutego 1973 r., *Brasseries de Haecht*, Zb. Orz. 1973, s. 77.

nie podlega utracie<sup>59</sup>. Problem, czy naruszenie Traktatu może oprócz nieważności powodować inne sankcje cywilnoprawne (np. roszczenia o odszkodowanie lub o zaniechanie naruszeń), jest sprawą wewnętrzną każdego państwa członkowskiego. Uchybienie zakazowi tworzenia karteli nie prowadzi przymusowo do nieważności całego porozumienia. Nieważne są jedynie jego części zabronione na podstawie art. 81 ust. 1 TWE. Całe porozumienie jest nieważne tylko wtedy, gdy jego części niezgodne z prawem nie dają się oddzielić od reszty porozumienia, tak aby to, co pozostaje, tworzyło spójną całość<sup>60</sup>. Odnosnie zaś do klauzul, które same nie powodują ograniczenia konkurencji, ale zasadniczo przyczyniają się do jej naruszenia, należy przyjąć, że nie da się ich oddzielić od zabronionych, a więc jednocześnie nieważnych postanowień umowy. W tym ostatnim przypadku skuteczność pozostałych uregulowań ocenia się nie na podstawie prawa wspólnotowego, ale krajowego<sup>61</sup>. W ujęciu cywilistycznym prawo wspólnotowe nie zawiera poza art. 81 ust. 2 TWE więcej uregulowań<sup>62</sup>. Dlatego też przy rozpatrywaniu ww. rodzajów spraw stosuje się prawo krajowe poszczególnych państw członkowskich. Niezbędne też wydaje się w tym momencie rozróżnienie między roszczeniami podmiotów uczestniczących w porozumieniu kartelowym oraz między roszczeniami osób trzecich. I tak w przypadku roszczeń przedsiębiorstw uczestniczących w porozumieniu nie wchodzi w grę, w razie nieważnych porozumień, roszczenia o wykonanie zobowiązania. Konsekwencją tego jest brak możliwości żądania odszkodowania wskutek niespełnienia zobowiązania. Roszczenia takie są bowiem skierowane na osiągnięcie pozytywnego interesu, co faktycznie prowadziłoby do spełnienia porozumienia kartelowego, a jednocześnie do obejścia sankcji nieważności wynikającej z art. 81 ust. 2 TWE. Natomiast dopuszczalne jest podnoszenie argumentów opierających się na negatywnym interesie, a więc z tytułu *culpa in contrahendo*, jako że nie prowadzą one do obejścia przepisów, a mają funkcję zmierzającą do wyrównania szkód, które powstały w związku ze stosunkiem zaufania, jaki nawiązał się w fazie przed zawarciem umowy. Wreszcie dopuszczalne są też roszczenia o zwrot świadczeń, jeśli zostały one spełnione między przedsiębiorstwami. Jeśli chodzi natomiast o roszczenia osób trzecich, to ze względu na brak umownych stosunków ze stronami porozumienia nie dopuszcza się roszczeń o odszkodowanie wysuwanych przez osoby trzecie. Mimo to ETS stwierdził w swoim orzecznictwie, że zakaz tworzenia ma nie tylko funkcję ochrony konkurencji między instytucjami, ale że służy także ochronie pojedynczych uczestników rynku<sup>63</sup>. Dlatego też w każdym państwie członkowskim roszczenia osób trzecich będą rozpatrywane na podstawie innych przepisów. Ostatecznie osoby trzecie mogą także wysuwać żądania o zaniechanie działania sprzecznego z prawem. Osobnym problemem jest ewentualna nieważność umów wykonawczych lub skutkowych. Umowy wykonawcze

<sup>59</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 404.

<sup>60</sup> Sprawa C-234/89 z 28 lutego 1991 r., *Stergios...*, op. cit.

<sup>61</sup> Sprawa 319/82 z 14 grudnia 1983 r., *Zementimport*, Zb. Orz. 1983, s. 4173, 4183 i n.

<sup>62</sup> H.J. Bunte, op. cit., s. 407 i n.

<sup>63</sup> Sprawa 41/73 z 11 grudnia 1973 r., *Generale Sucriere*, Zb. Orz. 1973, s. 1465, 1469.

to dodatkowe porozumienia i decyzje między uczestnikami porozumienia kartelowego albo z osobami trzecimi, za pomocą których ograniczenia konkurencji zostają uzupełnione, zabezpieczone, wprowadzone albo pogłębione. Mają one zawsze bez ograniczenia skutek nieważności na podstawie art. 81 ust. 2 TWE, jako że w ich przypadku zawsze albo zachodzi bezpośrednie uchybienie normom art. 81 ust. 1 TWE, albo pozostają one w nierozdzielным związku z umową kartelową, tak że po oddzieleniu ich od trzonu porozumienia nie przedstawiają one żadnej „wartości prawnej”. Za umowy skutku uznaje się indywidualne umowy z osobami trzecimi, które wprowadzają w życie porozumienia sprzeczne z prawem karteli. Skuteczność tych umów zależy od prawa krajowego<sup>64</sup>.

#### Wykaz wykorzystanych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich<sup>65</sup>

- 1) *AMP v. Binon*, sprawa 243/83, Zb. Orz. 1985, s. 2015.
- 2) *Beguelin*, sprawa 22/71 z 11.12.1980, Zb. Orz. 1971, s. 949.
- 3) *Brasseries de Haecht*, sprawa 48/72 z 06.02.1973, Zb. Orz. 1973, s. 77.
- 4) *Continental Can*, sprawa 6/72 z 21.03.1973, Zb. Orz. 1973, s. 215.
- 5) *Deutsche Grammophon*, sprawa 78/70 z 08.06.1971, Zb. Orz. 1971, s. 487.
- 6) *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. v. Komisja*, sprawa 6/72 z 21.02.1973, Zb. Orz. 1973, s. 215.
- 7) *Fiatagri*, sprawa z 27.10.1994, Zb. Orz. 1994, s. 905.
- 8) *Generale Sucriere*, sprawa 41/73 z 11.12.1973, Zb. Orz. 1973, s. 1465, 1469.
- 9) *Grundig i Consten v. Komisja*, sprawy połączone: 56 i 58/64 z 13.07.1966, Zb. Orz. 1966, s. 429.
- 10) *Hoffmann v. La Roche*, sprawa 85/76 z 15.02.1979, Zb. Orz. 1979, s. 461.
- 11) *Hofler*, sprawa C-41/90, Zb. Orz. 1991, s. 1-1979.
- 12) *Kali Chemie*, sprawa z 14.05.1975, Zb. Orz. 1975, s. 499.
- 13) *Nutricia*, sprawa z 11.07.1985, Zb. Orz. 1985, s. 2545, 2571.
- 14) *Powództwo włoskie*, sprawa z 13.07.1966, Zb. Orz. 1966, s. 457, 481.
- 15) *Roubaix v. Roux*, sprawa z 03.02.1976, Zb. Orz. 1976, s. 111, 118.
- 16) *Stergios Delimitis v. Henninger Brau*, sprawa C-234/89 z 28.02.1991, Zb. Orz. 1991, s. 1-935.
- 17) *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Komisja (banany Chiquita)*, sprawa 27/76 z 14.02.1978, Zb. Orz. 1978, s. 207.
- 18) *VAG France v. Magne*, sprawa 10/86 z 18.12.1986, Zb. Orz. 1986, s. 4071.
- 19) *van Landewyck v. Komisja*, sprawa 209/78 do 215/78 i 218/78 z 29.10.1980, Zb. Orz. 1980, s. 3125 LS 4.
- 20) *Zementimport*, sprawa 319/82 z 14.12.1983, Zb. Orz. 1983, s. 4173, 4183.
- 21) *Zurchner v. Bayerische Vereinsbank*, sprawa 172/80 z 14.07.1981, Zb. Orz. 1981, s. 2021 Tz. 12.

<sup>64</sup> Sprawa 319/82 z 14 grudnia 1983 r., *Zementimport*, Zb. Orz. 1983, s. 4173, 4183 i n.; sprawa 10/86 z 18 grudnia 1986 r., *VAG France v. Magne*, Zb. Orz. 1986, s. 4071.

<sup>65</sup> W kolejności alfabetycznej.

**Decyzje**

- 1) Decyzja Komisji z 23.03.1990: *Moosehead v. Whitbread*, Dz. Urz. 1990, L 100, s. 32.
- 2) Decyzja Komisji z 13.07.1990: *Elopak v. Metal Box*, Dz. Urz. 1990, L 209, s. 15, 19.
- 3) Decyzja Komisji z 20.12.1974: *SHV v. Chevron*, Dz. Urz. 1975, L 38, s. 14.

**Wykaz wykorzystanych orzeczeń sądów amerykańskich<sup>66</sup>**

- 1) *Addyston Pipe & Steel Co. v. U.S.*, 175 U.S. 211, 20 S.Ct. 96, 44 L.Ed. 136 (1899).
- 2) *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332, 102 S.Ct. 2466, 73 L.Ed.2d 38 (1982).
- 3) *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1, 99 S.Ct. 1551, 60 L.Ed.2d 1 (1979).
- 4) *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 471, 97 S.Ct. 690, 50 L.Ed.2d 701 (1977).
- 5) *Catalano Inc. v. Target Sales Inc.*, 446 U.S. 332, 100 S.Ct. 1925, 64 L.Ed.2d 580 (1980).
- 6) *FTC v. Brown Shoe Co.*, 384 U.S. 316, 86 S.Ct. 1501, 16 L.Ed.2d 587 (1966).
- 7) *FTC v. Motion Picture Advertising Service Co.*, 344 U.S. 392, 73 S.Ct. 361, 97 L.Ed. 426 (1953).
- 8) *FTC v. Texaco Inc.*, 393 U.S. 223, 89 S.Ct. 429, 21 L.Ed.2d 394 (1968).
- 9) *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).
- 10) *Pacific Seafarers Inc. v. Pacific Far East Line Inc.*, 131 U.S. App. D.C. 226, 404 F.2d 804 (1968), cert. den. 393 U.S. 1093, 89 S.Ct. 872, 21 L.Ed.2d 784 (1969).
- 11) *Ring v. Spina*, 148 F.2d 647 (1945).
- 12) *Timken Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593, 71 S.Ct. 971, 95 L.Ed. 1199 (1951); *U.S. v. Minnesota Mining & Mfg. Co.*, 92 F.Supp. 947, 962 (D.Mass. 1950).
- 13) *U.S. v. Pabst Brewing Co.*, 384 U.S. 546, 86 S.Ct. 1665, 16 L.Ed.2d 765 (1966).
- 14) *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 60 S.Ct. 811, 84 L.Ed. 1129 (1940).
- 15) *U.S. v. Topoco Associates Inc.*, 405 U.S. 596, 92 S.Ct. 1126, 31 L.Ed.2d 515 (1972).

<sup>66</sup> W kolejności alfabetycznej.

---

## **THE POINT OF THIS ARTICLE IS TO PRESENT THE BASIC STRUCTURE OF AMERICAN AND EUROPEAN ANTITRUST LAW**

The first important federal American antitrust. The Sherman Act prohibits any trust, contract or conspiracy in restraint of domestic or foreign trade. The interpretation of this statute has been governed by the use of the "rule of reason". The rule divides violations into two categories: those that are illegal *per se* and those that are to be defined as illegal only if they are unreasonable. The second important antitrust law is Clayton Act, passed in 1914. It prohibits any forms of market discrimination which could be harmful to fair competition. Another important regulation is the Federal Trade Commission Act and some other acts that I briefly described in the article.

As far as European antitrust law is concerned, there are few basic European regulations, whereas some areas are also regulated by the law of each of the member countries, so that both parties cooperate in antitrust cases. The most important regulations in the European Law are article 81 *et seq.* of the European Community Treaty. Their goal is to provide a system ensuring that competition in the internal market is not distorted (Art. 3(g) of the EC Treaty). Article 81 sets a general rule prohibiting any agreements that could affect trade between member States. Article 82 prohibits any abuse of dominant market positions within the common market. One of the most important executive laws is the Council Regulation nr 1/2003, which implements the rules created in the above mentioned articles. Many exemptions from the general rule prohibiting distortion of the fair competition are known in the European Law. Some of them will be described in the article.

MARIA TALIK

## KOMPETENCJE PAŃSTW CZŁONKOWSKICH UNII EUROPEJSKIEJ W OBSZARZE REGULACJI ORGANIZMÓW GENETYCZNIE ZMODYFIKOWANYCH

### I. WPROWADZENIE

Pierwsze horyzontalne wiążące wspólnotowe akty prawne dotyczące organizmów genetycznie zmodyfikowanych (GMO) i ich wykorzystania przyjęte zostały w 1990 r.<sup>1</sup> Od tej pory wspólnotowe unormowania w tym obszarze podlegały ciągłej ewolucji i były przedmiotem ożywionej debaty. Kontrowersje i obawy związane z wykorzystaniem GMO nasiliły się pod koniec lat dziewięćdziesiątych. Skutkiem spadku akceptacji w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej dla wprowadzania do obrotu i stosowania produktów nowoczesnej biotechnologii było kilkuletnie moratorium na GMO<sup>2</sup>. Wspólnotowe<sup>3</sup> procedury aprobowania nowych GMO zostały całkowicie zablokowane. W poszczególnych państwach członkowskich ustanowiono szereg restrykcji i barier będących wyrazem ogólnej polityki braku akceptacji dla GMO<sup>4</sup>. Reperkusją opisanej sytuacji było złożenie na forum Światowej Organizacji Handlu (WTO) przez państwa zainteresowane eksportem produktów biotechnologicznych na rynek wspólnotowy (Stany Zjednoczone, Kanadę oraz Argentynę) skarg skierowanych przeciw-

<sup>1</sup> Dyrektywa nr 90/219 z 23 kwietnia 1990 r. w sprawie zamkniętego użycia zmodyfikowanych genetycznie mikroorganizmów (OJ L 117/1 z 8 maja 1990 r.) oraz dyrektywa nr 90/220 z 23 kwietnia 1990 r. w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska genetycznie zmodyfikowanych organizmów (OJ L 117/15 z 8 maja 1990 r.). Dyrektywa nr 90/220 została uchylona – zob. przyp. 115.

<sup>2</sup> W literaturze jest ono określane mianem *de facto moratorium*. Od października 1998 r. do połowy 2004 r. nie udzielono żadnego zezwolenia na wprowadzanie GMO do obrotu we Wspólnocie. W poszczególnych państwach ustanowiono również zakazy dotyczące GMO, odnośnie do których zezwolenia na wprowadzenie do obrotu zostały już uprzednio wydane. Zob. szerzej E. Brosset, *The prior authorisation procedure adopted for the deliberate release into the environment of genetically modified organisms: the complexities of balancing Community and national competence*, „European Law Journal” 2004, vol. 5, s. 557, 559, 567, 570. Zob. też M. Talik, *Zasada przezorności w prawie i polityce ochrony środowiska naturalnego Wspólnot Europejskich*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3.

<sup>3</sup> Problematyka regulacji GMO jest w całości objęta zakresem działania Wspólnoty Europejskiej (I filar Unii Europejskiej).

<sup>4</sup> Szereg państw złożyło na spotkaniu Rady UE w składzie ministrów środowiska w czerwcu 1999 r. deklaracje w sprawie zawieszenia stosowania przepisów regulujących wprowadzanie GMO na rynek – zob. E. Brosset, op. cit., s. 570.

ko Wspólnocie i jej państwom członkowskim<sup>5</sup> i zapoczątkowanie przewidzianej w systemie WTO procedury rozstrzygania sporów<sup>6</sup>.

Przyjmując w 2001 i 2003 r. szereg nowych aktów prawnych<sup>7</sup>, dokonano gruntownej rewizji wspólnotowego reżimu prawnego dotyczącego GMO. Zaostrzono istniejące oraz wprowadzono dodatkowe wymogi odnośnie do tych organizmów. Pod presją skargi na forum WTO Komisja Europejska podjęła działania zmierzające do przełamania moratorium i wykazania, że wspólnotowy system dopuszczania GMO do obrotu we Wspólnocie jest sprawny<sup>8</sup>.

Jednakże brak pewności prawnej (*legal certainty*) w obszarze wprowadzania GMO do obrotu we Wspólnocie i ich stosowania nadal się utrzymuje. Opór niektórych państw członkowskich lub ich regionów w stosunku do GMO jest silny, a Wspólnota pozostaje podzielona co do postrzegania potencjalnego ryzyka związanego z uwalnianiem GMO do środowiska i ich stosowaniem<sup>9</sup>. W poszczególnych państwach członkowskich lub ich regionach nadal obowiązują liczne restrykcje i zróżnicowane uregulowania odnośnie do GMO (obecnie są opracowywane i przyjmowane krajowe środki dotyczące problematyki koegzystencji upraw modyfikowanych genetycznie z innymi rodzajami upraw)<sup>10</sup>. Państwa członkowskie przywiązują dużą wagę do możliwości przyjmowania środków umożliwiających realizację poziomu ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego, jaki zostanie w danym państwie uznany za odpowiedni i zgodny z oczekiwaniami społeczeństwa. Pomimo rewizji wspólnotowego reżimu dotyczącego GMO podnoszone są nadal wątpliwości, czy rozwiązania przyjęte na poziomie wspólnotowym są wystarczające. Problematyka ta jest przedmiotem intensywnej debaty publicznej (aktywnie uczestniczą w niej liczne organizacje pozarządowe – NGO).

Opisana wyżej sytuacja dowodzi, że regulacja GMO to obszar złożony i szczególnie wrażliwy we Wspólnocie. Problematyka wprowadzania GMO do obrotu i ich stosowania stawia przed prawodawcą wiele wyzwań i wymaga odpowiednie-

<sup>5</sup> WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293, *European Communities – measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Zob. na stronie [www.wto.org](http://www.wto.org). Zob. też Friends of the Earth Europe (FoEE), *Biotech Mailout*, Information from the Biotechnology Programme of Friends of the Earth Europe, październik 2004, s. 16 i grudzień 2003, s. 3–5 (dostępne na stronie [www.foeeurope.org](http://www.foeeurope.org)) oraz informacje prasowe na stronach [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>6</sup> *Settlement of disputes* – zob. Uzgodnienie w sprawie zasad i procedur regulujących rozstrzyganie sporów; tekst w polskiej wersji językowej w: obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 23 lutego 1998 r. w sprawie publikacji załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (Dz.U. z 1998 r. Nr 34, poz. 195); w języku angielskim: na stronie [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>7</sup> Dyrektywę nr 2001/18 (zob. przyp. 27), rozporządzenie nr 1829/2003 (zob. przyp. 31) oraz rozporządzenie nr 1830/2003 (zob. przyp. 30).

<sup>8</sup> Wznowiono proces wydawania decyzji dotyczących wprowadzania GMO do obrotu – zob. np. decyzję Komisji nr 2004/643 z 19 lipca 2004 r. (OJ L 295/35 z 18 września 2004 r.) lub decyzję Komisji nr 2004/657 z 19 maja 2004 r. (OJ L 300/48 z 25 września 2004 r.). Zob. też T. Twardowski, *Koniec moratorium, ale...*, na stronach internetowych Polskiej Federacji Biotechnologii: [www.pfb.edu.pl](http://www.pfb.edu.pl). Komisja podjęła też kroki zmierzające do wycofania zakazów ustanowionych w poszczególnych państwach członkowskich – zob. *EU Commission pushes to end national safeguard measures* w: FoEE, *Biotech Mailout*, październik 2004, s. 5–6.

<sup>9</sup> Co jest widoczne np. podczas głosowań nad propozycjami Komisji w Komitecie Regulacyjnym i w Radzie (zob. przyp. 113 i 114) – zob. np. FoEE, *Biotech Mailout*, grudzień 2004, s. 6–7.

<sup>10</sup> Szerzej w pkt IV.

go wyważenia dwóch wartości, jakimi są: niezakłócone funkcjonowanie wspólnotowego rynku wewnętrznego oraz zapewnienie wysokiego poziomu ochrony środowiska naturalnego i zdrowia ludzkiego. Dyskusję nad znalezieniem adekwatnych rozwiązań w tym zakresie komplikuje dodatkowo znaczna niepewność naukowa (*scientific uncertainty*)<sup>11</sup> odnośnie do potencjalnych zagrożeń związanych z wykorzystaniem produktów nowoczesnej biotechnologii.

Kompetencje Wspólnoty Europejskiej oraz państw członkowskich w obszarze regulacji GMO wzajemnie się przenikają. W celu uporządkowania tego trudnego i kontrowersyjnego obszaru konieczna jest pogłębiona dyskusja dotycząca problematyki wertykalnego podziału kompetencji<sup>12</sup> w tym obszarze oraz możliwości podejmowania środków prawnych na poziomie krajowym przez poszczególne państwa członkowskie na gruncie wspólnotowego prawa pierwotnego oraz wtórnego. Analiza tych zagadnień jest przedmiotem niniejszego opracowania.

## II. WERTYKALNY PODZIAŁ KOMPETENCJI W OBSZARZE REGULACJI GMO

### 1. Istnienie i natura kompetencji wspólnotowych

Wspólnota działa w granicach uprawnień przyznanych jej Traktatem<sup>13</sup> i celów w nim wyznaczonych (zob. art. 5 TWE) oraz ma tylko te uprawnienia, które zostały jej powierzone przez państwa członkowskie<sup>14</sup>. Nie dysponuje natomiast tzw. „kompetencją kompetencji” (*Kompetenz-Kompetenz*)<sup>5</sup>. Każde działanie wspólnotowe musi wynikać z konkretnych postanowień traktatowych, w sposób wyraźny lub dorozumiany, bezpośredni lub pośredni (tzn. musi opierać się bezpośrednio na postanowieniach samego Traktatu bądź na postanowieniach aktu prawa wtórnego, opartego na Traktacie)<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> „Niepewność naukowa i potencjalne zagrożenie powstania poważnej szkody dla środowiska naturalnego lub zdrowia ludzkiego to pojęcia, które usytuowane są w centrum zasady przezorności (*precautionary principle*, *Vorsorgeprinzip*)\ Zob. szerzej M. Talik, *Zasada przezorności a model podejmowania decyzji w obszarze ochrony środowiska*, „Prawo i Środowisko” 2005, nr 3.

<sup>12</sup> Terminem „wertykalny podział kompetencji” (wertykalne kompetencje – *vertical competences*, *Yerbandskompetenzen*) określa się podział kompetencji pomiędzy Wspólnoty Europejskie (Unię Europejską) a państwa członkowskie. Zob. A. von Bogdandy, J. Bast, *The European Union's vertical order of competences: the current law and proposals for its reform*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 235 oraz P. Saganek, *Podział kompetencji pomiędzy Wspólnoty Europejskie a państwa członkowskie*, Warszawa 2002.

<sup>13</sup> Traktat o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej (Traktat Rzymski – dalej: TWE) z 25 marca 1957 (w wersji Traktatu Nicejskiego podpisanego 26 lutego 2001 r. i z uwzględnieniem zmian wprowadzonych na mocy Traktatu Akcesyjnego podpisanego 16 kwietnia 2003 r. w Atenach).

<sup>14</sup> Zob. przyp. 17.

<sup>15</sup> Na ten temat zob. szerzej P. Saganek, op. cit., s. 77; U. di Fabio, *Some remarks on the allocation of competences between the European Union and its Member States*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 1292; A. Dashwood, *The relationship between the Member States and the European Union/European Community*, „Common Market Law Review” 2004, vol. 41, s. 357; G. Beck, *The problem of Kompetenz-Kompetenz: a conflict between right and right in which there is no preator*, „European Law Review” 2005, vol. 30, s. 42–67.

<sup>16</sup> Por. Opinia ETS nr 2/94 z 28 marca 1996 r., ECR 1996, I-1759, pkt 23–25 oraz P. Saganek, op. cit., s. 55–56, 76; K. Kłaczyńska, *Podział kompetencji między Unią Europejską a państwami członkowskimi według Konstytucji Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 55.

Zgodnie z zasadą, że Wspólnota Europejska (WE) ma wyłącznie kompetencje jej powierzone (*has conferred powers only*)<sup>17</sup>, w pierwszym rzędzie konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy WE ma kompetencje w zakresie regulacji nowoczesnej biotechnologii<sup>18</sup>, to znaczy, czy podejmowanie działań w tym obszarze mieści się, zgodnie z unormowaniami art. 5 TWE, „w granicach uprawnień określonych Traktatem”.

W prawie traktatowym nie odnajdziemy postanowień odnoszących się *expressis verbis* do problematyki nowoczesnej biotechnologii. Należy jednak mieć na uwadze, że regulacja biotechnologii ma charakter wieloaspektowy, łączy w sobie różnorodną problematykę i wchodzi w zakres kilku różnych obszarów, które opierają się bezpośrednio na konkretnych postanowieniach traktatowych (należą do nich: ustanowienie i zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania rynku wewnętrznego, ochrona środowiska naturalnego, ochrona zdrowia publicznego, ochrona konsumentów, wspólna polityka rolna, wspólna polityka handlowa, badania naukowe i rozwój technologiczny). Dla dalszych rozważań konieczna jest analiza podstaw prawnych odnośnie do przyjmowania wspólnotowych regulacji dotyczących GMO (zostanie ona szczegółowo przedstawiona w następnym punkcie).

Badając problematykę wertykalnego podziału kompetencji, należy też określić naturę kompetencji wspólnotowych z punktu widzenia ich relacji do kompetencji państw członkowskich. Jedną z podstawowych klasyfikacji kompetencji przyznanych Wspólnocie, dokonywaną z uwagi na ich zakres i wpływ wywierany na kompetencje państw członkowskich, jest ich podział na kompetencje wyłączne oraz niewyłączne. W ramach kompetencji niewyłącznych z kolei wyróżniane są w doktrynie kompetencje konkurencyjne<sup>19</sup>. W obszarze prawnej regulacji organizmów modyfikowanych genetycznie i ich wykorzystania szczególne znaczenie mają uwagi odnoszące się właśnie do kategorii kompetencji konkurencyjnych<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Na temat zasady kompetencji powierzonych (atrybucyjnych), fundamentalnej zasady podziału kompetencji pomiędzy Wspólnotę Europejską a państwa członkowskie, zob. szerzej przede wszystkim w: P. Saganek, op. cit., zwłaszcza s. 22, 71–89, 266, 292–293. Zob. też A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 232–233; A. Dashwood, *The relationship between...*, op. cit., s. 356–362 i C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 126, 271–273.

<sup>18</sup> W tym inżynierii genetycznej i GMO. Na temat definicji nowoczesnej biotechnologii zob. T. Twardowski, A. Michalska, *Dylematy współczesnej biotechnologii z perspektywy biotechnologa i prawnika*, Toruń 2000, s. 13–15, zob. też s. 29 (autorzy podają najczęściej stosowane w literaturze i w praktyce definicje biotechnologii: sformułowaną przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju – OECD oraz przez Europejską Federację Biotechnologii – EFB). Definicja GMO – w art. 2 ust. 2 dyrektywy nr 2001/18. Zob. też na temat terminu „wspólnotowe prawo techniki genetycznej” – B. Iwańska, *Podstawy prawne działania Wspólnoty Europejskiej w prawie techniki genetycznej*, s. 527–528, w: S. Biernat, *Studia z prawa Unii Europejskiej. W piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2002 oraz B. Iwańska, *Prawo techniki genetycznej – koncepcja horyzontalna a koncepcja wertykalna – wybór metody regulacji*, „Prawo i Środowisko” 2000, nr 1, s. 64–65. Zob. też K. Bałon, *Południowoafrykańska ustawa o organizmach genetycznie zmodyfikowanych (GMO)*, „Prawo i Środowisko” 2002, nr 2, s. 101.

<sup>19</sup> Zob. szerzej A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 242–247; P. Saganek, op. cit., s. 24, 285–288; K. Kłaczyńska, op. cit., s. 59.

<sup>20</sup> Zob. odnośnie do kompetencji konkurencyjnych i dyrektywy nr 2001/18 (przyp. 27), zajmującej centralną pozycję w obszarze wspólnotowej regulacji GMO, T. Christoforou, *The regulation of geneti-*

Istotą kompetencji konkurencyjnych jest współlistnienie w danym obszarze kompetencji Wspólnoty z kompetencjami państw członkowskich i możliwość autonomicznego (tzn. z mocy przysługującej państwom członkowskim kompetencji pierwotnej, a nie jedynie na mocy upoważnienia udzielonego im przez WE, jak w przypadku kategorii kompetencji wyłącznych) podejmowania przez te państwa działań, pod warunkiem że nie działa Wspólnota. Państwa członkowskie zachowują swobodę podejmowania działań (jednak pod warunkiem przestrzegania zasad określonych wspólnotowym prawem pierwotnym) tak długo i w takim zakresie, w jakim Wspólnota nie realizuje przysługującej jej kompetencji. Gdy jednak WE podejmie określone działanie, państwa członkowskie w zakresie objętym tym działaniem tracą przysługującą im wcześniej kompetencję<sup>21</sup>. Realizacja kompetencji przez Wspólnotę poprzez wyczerpujące uregulowanie danej kwestii powoduje przekształcenie przysługującej jej kompetencji konkurencyjnej w określonej dziedzinie w kompetencję wyłączną<sup>22</sup>. Gdy zostanie wydany akt wspólnotowego prawa wtórnego, dla określenia kompetencji regulacyjnych przysługujących państwom członkowskim należy dokonać analizy, jaki wpływ realizacja przez Wspólnotę przysługujących jej w danym obszarze kompetencji wywiera na kompetencje państw członkowskich. Szczegółowe rozważania na ten temat kontynuowane będą w punkcie dotyczącym zakresu wspólnotowych regulacji prawnych dotyczących GMO oraz stopnia osiągniętej w tym obszarze harmonizacji (pkt IV).

## 2. Analiza podstaw prawnych aktów prawa wspólnotowego

Podstawa prawna aktu wspólnotowego prawa wtórnego jest zagadnieniem autonomicznym, wykazującym jednak ścisły związek z problematyką podziału kompetencji<sup>23</sup>. Obowiązek oparcia każdego aktu wspólnotowego na odpowiedniej podstawie prawnej stanowi wyraz zasady kompetencji przyznanych<sup>24</sup>. Podstawa prawna jest jednym z czynników, który pozwala na określenie natury kompetencji przysługujących państwom członkowskim oraz zakresu możliwości

*cally modified organisms in the European Union: the interplay of science, law and politics*, „Common Market Law Review” 2004, vol. 41, s. 671. Odnośnie do kompetencji konkurencyjnych i Protokołu Kartageńskiego (zob. przyp. 35), najistotniejszej, odnoszącej się bezpośrednio do GMO umowy międzynarodowej zawartej przez Wspólnotę i jej państwa członkowskie – Opinia ETS nr 2/00 z 6 grudnia 2001 r. (zwłaszcza pkt 4 i 47) omówiona w: A. Dashwood, *Opinion 2/00, Cartagena Protocol on Biosafety, 6 December 2001, not yet reported*, „Common Market Law Review” 2002, vol. 39, s. 353–368 (zwłaszcza 358–360, 366–368).

<sup>21</sup> Por. P. Saganek, op. cit., s. 24, 186, 285–287.

<sup>22</sup> *The power which the Community enjoys under Article 95 EC is a priori not exclusive. The power it has is shared with the Member States but it has the potential to become exclusive when the specific field or activity is completely (or exclusively) harmonized by the Community measure in question* – T. Christoforou, op. cit., s. 671. Taka kompetencja określana jest mianem kompetencji wyłącznej przez wykonanie bądź przejęcie (*pre-emptive exclusivity*). Zob. K. Kłaczyńska, op. cit., s. 61; C. Mik, op. cit., s. 282. Zob. też P. Saganek, op. cit., s. 265.

<sup>23</sup> P. Saganek, op. cit., s. 22, 97. Por. też T. Christoforou, op. cit., s. 670.

<sup>24</sup> Por. Opinia ETS nr 2/00 *Cartagena Protocol*, pkt 5 oraz A. Dashwood, *Opinion 2/00, Cartagena...*, op. cit., s. 358 oraz P. Saganek, op. cit., s. 89, 293.

podejmowania przez te państwa środków na poziomie krajowym w danym obszarze, również wtedy gdy istnieją już w nim regulacje wspólnotowe (np. akty prawne przyjmowane na podstawie normy kompetencyjnej zawartej w art. 175 ust. 1 mają na celu osiągnięcie jedynie harmonizacji minimalnej i pozostawiają państwom członkowskim, zgodnie z postanowieniami art. 176 TWE, możliwość podejmowania środków krajowych, które będą bardziej restrykcyjne i będą zmierzać do osiągnięcia wyższego stopnia ochrony niż przewidziany w danym akcie wspólnotowego prawa wtórnego<sup>25</sup>).

Prawidłowa i efektywna regulacja współczesnej biotechnologii wymaga uwzględniania przez prawodawcę wieloaspektowego, kompleksowego charakteru tej dziedziny i objęcia zakresem przedmiotowym aktów prawnych przyjmowanych w tym obszarze szerokiego spektrum zagadnień. Tworzą one ramy prawne wspólnotowej regulacji dotyczącej wykorzystania nowoczesnej biotechnologii. Unormowania najważniejszych kwestii związanych z GMO i ich bezpiecznym wykorzystaniem zawarte zostały w aktach o charakterze horyzontalnym (tj. przyjmującym podejście oparte na metodzie produkcji – tzw. *process-based approach*). Stanowią one fundament wspólnotowej regulacji biotechnologii. Wiele istotnych postanowień odnaleźć można również w różnorodnych aktach o charakterze wertykalnym, sektorowym, które powiązane są z problematyką GMO, produktów GM (produktów genetycznie zmodyfikowanych) i biobezpieczeństwa (oparte są na podejściu odnoszącym się do rodzaju produktu i dziedziny jego zastosowania – tzw. *product-based approach*)<sup>26</sup>. Po przeprowadzeniu ich analizy można dopiero uzyskać pełny, kompleksowy obraz rozwiązań przyjętych przez Wspólnotę Europejską w omawianym obszarze.

Wspomniane wspólnotowe akty horyzontalne i sektorowe przyjęte zostały na podstawie norm kompetencyjnych zawartych w przepisach wielu różnych artykułów Traktatu. Przedstawione poniżej rozważania będą odnosić się przede wszystkim do dyrektywy nr 2001/1827, która zajmuje centralną pozycję w ramach wspólnotowej regulacji dotyczącej GMO i ich wykorzystania<sup>28</sup>. Wspomniane zostaną również następujące akty prawne: dyrektywa nr 90/21929, rozporządzenie

<sup>25</sup> Szerzej J.H. Jans, *European environmental law*, Groningen 2000, s. 116–121 i M. Kenig-Witkowska, *Prawo ochrony środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2005, s. 132, 172–173, 175. Zob. też P. Dąbrowska, *The division of powers between the EU and the Member States with regard to deliberate release of GMOs (the new Directive 2001/18)*, „German Law Journal” z 1 maja 2002 r., vol. 3, nr 5.

<sup>26</sup> E. Brosset, op. cit., s. 556; B. Iwańska, *Podstawy prawne działania...*, s. 527–528 oraz B. Iwańska, *Prawo techniki genetycznej...*, op. cit., s. 64–71.

<sup>27</sup> Dyrektywa nr 2001/18 z 12 marca 2001 r. w sprawie zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów zmodyfikowanych genetycznie i uchylająca dyrektywę nr 90/220 (OJ L 106/1 z 17 kwietnia 2001 r.).

<sup>28</sup> *EC Directive 2001/18/EC (...) is the backbone of this regulatory area* – E. Brosset, op. cit., s. 556. *It is the central piece of Community legislation in the area of GMOs regulation* – T. Christoforou, op. cit., s. 640.

<sup>29</sup> Dyrektywa nr 90/219 w sprawie zamkniętego użycia zmodyfikowanych genetycznie mikroorganizmów.

nr 1830/200330, akty z zakresu wspólnotowego prawa żywnościowego – rozporządzenie nr 1829/200331, nr 178/200232 i nr 258/199733 (które regulowało kwestie wprowadzania na rynek wspólnotowy modyfikowanej genetycznie żywności do czasu wejścia w życie rozporządzenia nr 1829/2003) oraz rozporządzenie nr 1946/200334 (przyjęte w celu zapewnienia pełnej implementacji postanowień Protokołu Kartageńskiego w sprawie bezpieczeństwa biologicznego<sup>35</sup>, którego stronami są Wspólnota Europejska oraz jej państwa członkowskie). Wymienione akty tworzą zasadnicze zręby wspólnotowej regulacji dotyczącej GMO i ich zastosowań (jednak wprowadzanie na rynek wspólnotowy modyfikowanych genetycznie produktów leczniczych następuje zgodnie z procedurami określonymi postanowieniami niewymienionego wyżej rozporządzenia nr 726/200436).

Dla uregulowania różnych aspektów nowoczesnej biotechnologii i jej wykorzystania możliwe jest przyjęcie jako podstaw prawnych kilku różnych norm kompetencyjnych zawartych w Traktacie. Należy rozważyć przede wszystkim unormowania zawarte w następujących artykułach TWE: 95, 17537, a także 37, 133 i 152. Dyrektywa nr 2001/18 – akt o charakterze horyzontalnym, zawierający postanowienia fundamentalne dla rozwoju wspólnotowego sektora biotechnologicznego (przede wszystkim w części C regulującej wprowadzanie GMO do obrotu we Wspólnocie), jak również dla kontroli potencjalnych zagrożeń związanych z zastosowaniem technik modyfikacji genetycznej – przyjęta została na

<sup>30</sup> Rozporządzenie nr 1830/2003 z 22 września 2003 r. w sprawie możliwości śledzenia i znakowania organizmów zmodyfikowanych genetycznie i możliwości śledzenia produktów żywnościowych i paszowych produkowanych ze zmodyfikowanych genetycznie organizmów (OJ L 268/24 z 18 października 2003 r.).

<sup>31</sup> Rozporządzenie nr 1829/2003 z 22 września 2003 r. w sprawie zmodyfikowanej genetycznie żywności oraz paszy (OJ L 268/1 z 18 października 2003 r.).

<sup>32</sup> Rozporządzenie nr 178/2002 z 28 stycznia 2002 r. ustanawiające ogólne zasady prawa żywnościowego, tworzące Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) i ustanawiające procedury w sprawach bezpieczeństwa żywności (OJ L 31/1 z 1 lutego 2002 r.).

<sup>33</sup> Rozporządzenie nr 258/1997 z 27 stycznia 1997 r. w sprawie nowej żywności i nowych produktów żywnościowych (OJ L 43/1, 1997 r.).

<sup>34</sup> Rozporządzenie nr 1946/2003 z 15 lipca 2003 r. w sprawie transgranicznego przemieszczania organizmów zmodyfikowanych genetycznie (OJ L 287/1 z 5 listopada 2003 r.).

<sup>35</sup> Protokół Kartageński o Bezpieczeństwie Biologicznym, przyjęty 29 stycznia 2000 r. w Montrealu, wszedł w życie 11 września 2003 r. (OJ 2002, L 201, dec. 2002/628), tekst dostępny też na stronie internetowej [www.biodiv.org/biosafety](http://www.biodiv.org/biosafety). Na temat podstawy prawnej zawarcia przez WE Protokołu (za prawidłową podstawę prawną ETS uznał art. 175 ust. 1 TWE) – zob. Opinię ETS nr 2/00 z 6 grudnia 2001 r.

<sup>36</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 726/2004 z dnia 31 marca 2004 r. ustanawiające wspólnotowe procedury wydawania pozwoleń dla produktów leczniczych stosowanych u ludzi i do celów weterynaryjnych i nadzoru nad nimi oraz ustanawiające Europejską Agencję Leków (European Medicines Agency) – (OJ L 136/1-33 z 30 kwietnia 2004 r.). Na mocy rozporządzenia nr 726/2004 uchylone zostało wcześniejsze rozporządzenie nr 2309/1993 z 22 lipca 1993 r. (OJ L 214/1 z 24 sierpnia 1993 r.) – zob. art. 88 rozporządzenia nr 726/2004. Nazwa Agencji z „Europejskiej Agencji ds. Oceny Produktów Leczniczych” (EMEA) została uproszczona i zmieniona na „Europejską Agencję Leków” (EMA).

<sup>37</sup> Kompetencje wspólnotowe w obszarze ochrony środowiska mające za podstawę art. 175 TWE określone są jako kompetencje konkurencyjne. Kompetencje harmonizacyjne mające za podstawę art. 95 TWE również określone są jako konkurencyjne (choć w tym zakresie toczy się dyskusja). Zob. szerzej A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 243–246; P. Saganek, op. cit., s. 287–288; M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 129 oraz T. Christoforou, op. cit., s. 671.

podstawie art. 95 TWE dotyczącego zbliżania ustawodawstw krajowych w celu ustanowienia i zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania rynku wewnętrznego. Podobnie rozporządzenie nr 1830/2003 oparte zostało na art. 95 TWE jako na pojedynczej podstawie prawnej (jak również rozporządzenie nr 258/1997). Natomiast dyrektywa nr 90/219 oraz rozporządzenie nr 1946/2003 oparte zostały na unormowaniach art. 175 ust. 1 TWE, który stanowi podstawę prawną dla aktów przyjmowanych w ramach wspólnotowej polityki ochrony środowiska. Na szerszym katalogu artykułów traktatowych opiera się z kolei rozporządzenie nr 1829/2003, a mianowicie na art. 37 (stanowiącym podstawę dla aktów realizujących cele wspólnej polityki rolnej, określone w art. 33 TWE), art. 95 oraz art. 152 ust. 4 pkt b (umożliwiającym przyjmowanie środków weterynaryjnych i fitosanitarnych, których bezpośrednim celem jest ochrona zdrowia publicznego)<sup>38</sup>. Rozporządzenie nr 178/2002 (na mocy którego ustanowiono Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności – European Food Safety Authority<sup>39</sup>) oparto na tych samych artykułach TWE co rozporządzenie nr 1829/2003 oraz dodatkowo na art. 133 TWE (dotyczącym wspólnej polityki handlowej)<sup>40</sup>. Oprócz wymienionych norm traktatowych podkreślenia wymaga również art. 166 TWE, który stanowi podstawę dla przyjmowania programów ramowych badań naukowych i rozwoju technologicznego oraz realizujących je programów szczegółowych<sup>41</sup>. Dziedzina ta posiada fundamentalne znaczenie dla zapewnienia rozwoju sektora biotechnologicznego w obrębie Wspólnot Europejskich (przedstawiona przez Komisję propozycja nowego, siódmego programu ramowego na lata 2007–2013 wyraźnie odnosi się do dziedziny biotechnologii, m.in. wskazując jako jeden z tematów „żywność, rolnictwo i biotechnologie”<sup>42</sup>).

Przyjmując akt prawny z zakresu biotechnologii, prawodawca musi dokonać wyboru pomiędzy różnymi normami kompetencyjnymi możliwymi do zastosowania w danym wypadku. Wybór ten może rodzić trudności, ponieważ dziedzina biotechnologii wykazuje ścisły związek z większą liczbą obszarów. Jednoznaczna delimitacja poszczególnych zagadnień objętych zakresem danej regulacji może się okazać zadaniem problematycznym, gdyż w obrębie regulacji biotechnologii

<sup>38</sup> Obszar ochrony zdrowia publicznego (art. 152 TWE) uważa się za objęty równoległymi (paralelnymi) kompetencjami państw członkowskich oraz Wspólnoty. Zob. P. Saganek, op. cit., s. 290.

<sup>39</sup> Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności przeprowadza, uwzględniając unormowania dyrektywy nr 2001/18, naukową ocenę ryzyka (*risk assessment*) GMO wprowadzanych do obrotu na podstawie rozporządzenia nr 1829/2003 (zob. ust. 9, 33 i 34 rozporządzenia).

<sup>40</sup> Obszar wspólnej polityki handlowej (realizowanej na podstawie art. 133 TWE) wskazuje się jako objęty przysługującymi Wspólnocie kompetencjami wyłącznymi. Zob. A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 241; P. Saganek, op. cit., s. 218–231; C. Mik, op. cit., s. 282; A. Dashwood, *The relationship between...*, op. cit., s. 369–370. Por. też Opinię ETS nr 2/00 *Cartagena Protocol*, pkt 41.

<sup>41</sup> Obszar badań naukowych i rozwoju technologicznego (art. 163 TWE i n.) objęty jest kompetencjami równoległymi państw oraz WE. Zob. A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 247; P. Saganek, op. cit., s. 290.

<sup>42</sup> The EU Seventh Research Framework Programme 2007–2013 (propozycja przedstawiona przez Komisję Europejską 6 kwietnia 2005 r.). Zob. *EU research – Building Knowledge Europe: The EU's new Research Framework Programme 2007–2013*, Bruksela, Press release, 7 kwietnia 2005 r., MEMO/05/114, [www.euroopa.eu.int](http://www.euroopa.eu.int).

różnorodne zagadnienia są nierozzerwalnie ze sobą powiązane (przede wszystkim dotyczy to następujących kwestii: zapewnienia należytego, wysokiego poziomu ochrony środowiska naturalnego, zdrowia ludzkiego i ochrony konsumenta – z jednej strony oraz zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania wspólnotowego rynku poprzez usunięcie barier w handlu i nierównych warunków konkurencji – z drugiej). Konieczne jest więc dokładne zbadanie relacji pomiędzy unormowaniami danego aktu prawnego a poszczególnymi normami kompetencyjnymi i obszarami, do których normy te się odnoszą. Pomocne w tym zakresie są wskazania wypracowane przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS). W licznych orzeczeniach Trybunał zajmował się problematyką wyboru prawidłowej podstawy prawnej dla różnych aktów realizujących jednocześnie cele ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego oraz cele wspólnotowego rynku wewnętrznego i relacji pomiędzy unormowaniami art. 175 a art. 95 TWE<sup>43</sup>. Analizował również kwestię relacji pomiędzy art. 175 a innymi artykułami Traktatu (m.in. art. 133 i art. 37)<sup>44</sup>.

Oparcie aktu prawnego na art. 95 TWE nie oznacza, że akt ten nie przyczynia się w istotny sposób do realizacji celów ochrony środowiska oraz ochrony zdrowia ludzkiego, jak w przypadku dyrektywy nr 2001/18, która ustanawia szereg instrumentów mających na celu przeciwdziałanie potencjalnym zagrożeniom dla środowiska i zdrowia ludzkiego związanym z wykorzystaniem technik inżynierii genetycznej oraz kontrolą w tej dziedzinie. Zgodnie z zasadą integracji (art. 6 TWE), fundamentalną ogólną zasadą wspólnotowej polityki ochrony środowiska, wymogi ochrony środowiska muszą być brane pod uwagę przy ustalaniu poszczególnych polityk i działań Wspólnoty, w tym przy podejmowaniu działań na podstawie art. 95 TWE. Przy realizacji wszystkich polityk i działań Wspólnoty powinien być zapewniony wysoki poziom ochrony zdrowia ludzkiego (art. 152 ust. 1 TWE). Ponadto obowiązek uwzględniania celów ochrony środowiska, zdrowia oraz ochrony konsumenta przy podejmowaniu działań zmierzających do ustanowienia i zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania rynku wewnętrznego został sformułowany *expressis verbis* w postanowieniach art. 95 ust. 3 TWE.

### III. MOŻLIWOŚĆ PRZYJMOWANIA NA MOCY POSTANOWIEŃ PRAWA PIERWOTNEGO ŚRODKÓW KRAJOWYCH W OBSZARACH OBJĘTYCH REGULACJĄ WSPÓLNOTOWĄ

Wspólnotowy reżim prawny dotyczący GMO został ustanowiony dla realizacji podwójnego celu – zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony środowiska i zdrowia

<sup>43</sup> M.in. orzeczenie ETS w sprawie C-300/89 *Komisja v. Rada (dwutlenek tytanu)*, ECR 1991, I-2867. Zob. szerzej na ten temat P. Saganek, op. cit., s. 95–96; M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 136–139; J.H. Jans, op. cit., s. 50–55 oraz B. Iwańska, *Podstawy prawne działania...*, op. cit., s. 533–536.

<sup>44</sup> Zob. m.in. Opinię ETS nr 2/00 *Cartagena Protocol*; M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 140–141, 145–146 oraz J.H. Jans, op. cit., s. 57–59.

ludzkiego (*appropriate level of emironmental and Health protection*<sup>45</sup>). Przy realizacji celów rynku wewnętrznego Traktat nakłada na prawodawcę wspólnotowego obowiązek dążenia do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia ludzkiego<sup>46</sup>. Wysoki poziom ochrony nie oznacza jednak najwyższego, jaki jest możliwy<sup>47</sup>. Państwo członkowskie, podejmując decyzję w ramach zarządzania ryzykiem (*risk management*), może uznać za konieczne przyjęcie wyższego poziomu ochrony niż przewidziany w aktach wspólnotowych. Zachowanie jednak przez państwa członkowskie możliwości jednostronnego przyjmowania wyższego poziomu ochrony pociągałoby za sobą poważne trudności, wręcz uniemożliwiałoby realizację zasad jednolitego stosowania prawa wspólnotowego i jednolitości rynku wewnętrznego. Wprowadzenie środków krajowych zakładających wyższy poziom ochrony niż przewidziany we wspólnotowych aktach odnoszących się do GMO może nastąpić wyłącznie w sytuacjach i w zakresie, w jakim zezwala na to prawo wspólnotowe. Swoboda państw członkowskich jest ściśle określona i ograniczona.

Zarówno prawo traktatowe, jak również prawo wtórne zawiera klauzule, na podstawie których możliwe jest uzyskanie przez państwo członkowskie wyłączenia spod obowiązku stosowania się do rozwiązań wspólnotowych środków harmonizujących dotyczących GMO. W prawie traktatowym szczególnie istotne jest unormowanie zawarte w ust. 5 art. 95 TWE<sup>48</sup>. Na jego mocy wprowadzenie środków krajowych w celu realizacji poziomu ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego wyższego niż wspólnotowy możliwe jest wyłącznie po spełnieniu rygorystycznych, określonych w Traktacie, materialnych przesłanek. Wszystkie muszą być spełnione kumulatywnie (każda stanowi warunek *sine qua non*)<sup>49</sup>. Wypełnienie wszystkich przesłanek weryfikuje Komisja Europejska jako „strażniczka Traktatów”, a ciężar wykazania ich wypełnienia spoczywa na państwie członkowskim. Wprowadzenie środków krajowych zakładających wyższy poziom ochrony w obszarze GMO i ich wykorzystania uwarunkowane jest uzyskaniem uprzedniego ich zatwierdzenia przez Komisję<sup>50</sup>. Zatwierdzenie to ma

<sup>45</sup> *The level of risk a society considers acceptable for a specific product, substance, process or activity at a given moment in time is frequently called appropriate level of (Health and environmental) protection* – T. Christoforou, op. cit., s. 644.

<sup>46</sup> Art. 95 ust. 3 TWE.

<sup>47</sup> Sprawa C-284/95 *Safety High-Tech*, ECR 1998, I-4301, pkt 49; sprawa T-13/99 *Pfizer*, ECR 2002, II-3305, pkt 152.

<sup>48</sup> Wprowadzone do TWE na mocy Traktatu Amsterdamskiego, podpisanego 2 października 1997 r. (OJ C 340/1, 1997 r.). Traktat wszedł w życie 1 maja 1999 r.

Unormowania ust. 5 art. 95 TWE określa się mianem klauzuli wzmocnionej ochrony (*Schutzverstärkungsklausel* lub *Schutzergänzungsklausel*). Zob. F. Kerschner, E. Wagner, *Mögliche legislative Maßnahmen zum Schutz der biologischen und gentechnikfreien konventionellen Landwirtschaft in Österreich vor Kontaminationen und Verunreinigungen mit GVO unter Berücksichtigung des EU-Rechts und der WTO-Verträge*, Rechtstudie im Auftrag von Global 2000, 2002 r., s. 15 i 64.

<sup>49</sup> Sprawa C-512/99 *Germany v. Commission*, orzeczenie z 21 stycznia 2003, pkt 81 i 88. N. De Sadeleer, *Procedures for derogations from the principle of approximation of laws under article 95 EC*, „Common Market Law Review” 2003, vol. 40, s. 900.

<sup>50</sup> Lub bezczynnością Komisji przez okres sześciu miesięcy od daty notyfikowania jej przez państwo członkowskie środka krajowego – zob. art. 95 ust. 6 zd. 2.

charakter konstytutywny (przepisy wspólnotowych aktów prawnych stosuje się dopóty, dopóki możliwość odstępstwa od nich nie zostanie przyznana na poziomie wspólnotowym, zgodnie z procedurą określoną w art. 95 ust. 6 TWE)<sup>51</sup>.

W postanowieniach art. 95 próbowano w poszczególnych państwach członkowskich znaleźć prawne uzasadnienie dla krajowych restrykcji i zakazów dotyczących komercjalizacji GMO<sup>52</sup>. Projektowane środki krajowe zakładały ustanowienie tzw. „stref wolnych od GMO” (*genetically modified-free areas*)<sup>53</sup> i wprowadzenie zakazów o charakterze generalnym, blankietowym, realizujących ogólną politykę wyeliminowania GMO z danego regionu. Krajowe restrykcje i zakazy miały swoim zakresem obejmować wszystkie GMO, również te, co do których zostały już uprzednio wydane zgodnie ze wspólnotową procedurą (tzw. procedurą uprzedniej zgody – *prior authorisation procedure*) zezwolenia na zamierzone uwalnianie do środowiska i wprowadzenie na rynek wspólnotowy (zob. część C dyrektywy nr 2001/18). Wspólnotowy reżim prawny dotyczący GMO oparty jest na zasadzie indywidualnej oceny potencjalnego ryzyka (*case-by-case risk assessment*) stwarzanego przez dany organizm<sup>54</sup>. Krajowe zakazy wprowadzania i uprawy GMO miałyby być natomiast stosowane *a priori*, niezależnie od rezultatów oceny ryzyka w danym przypadku. Poziom ochrony zakładany przez te środki bliski jest poziomowi „zero ryzyka”<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> S. Bar, S. Albin, *The „Environmental Guarantee” on the rise? The amended article 95 after the revision through the Treaty of Amsterdam*, „European Journal of Law Reform” 2000, vol. 2, nr 1, s. 130.

<sup>52</sup> Austria wystąpiła do KE z wnioskiem o zatwierdzenie projektu aktu prawnego ustanawiającego ogólny zakaz wprowadzania i stosowania GMO obowiązujący na całym obszarze jednego z jej regionów – Górnej Austrii (*der Entwurf des oberösterreichisches Gentechnikverbotgesetzes*, 06. GTVG 2002; dalej jako: 06. GTVG). Komisja uznała, że przesłanki określone w art. 95 ust. 5 nie zostały spełnione i odmówiła zatwierdzenia projektowanych środków krajowych (zob. *Commission Decision no. 2003/653/EC of 2 September 2003 relating to national provisions on banning the use of genetically modified organisms in the region of Upper Austria notified by the Republic of Austria pursuant to Article 95(5) of the EC Treaty*, OJ L 230/34 z 16 września 2003 r.). W odpowiedzi Austria skierowała do Trybunału Sprawiedliwości w listopadzie 2003 r. skargę przeciwko KE (sprawa C-492/03 – 8 czerwca 2004 r. ETS skierował sprawę do rozpatrzenia przez Sąd Pierwszej Instancji (SPI) i została ona zarejestrowana pod numerem T-235/04), domagając się unieważnienia decyzji Komisji. Skargę złożył również do Sądu Pierwszej Instancji Region Górnej Austrii (Land Oberösterreich, sprawa T-366/03). Orzeczenie w połączonych sprawach T-366/03 i T-235/04 zostało wydane przez SPI dnia 5 października 2005 r. Wszystkie zarzuty strony powodowej zostały oddalone. Sąd uznał, że decyzja podjęta przez Komisję była uzasadniona i prawidłowa.

Również w Wielkiej Brytanii organizacje ekologiczne apelowały do władz państwowych o wprowadzenie pięcioletniego moratorium na komercyjną uprawę GMO, powołując się m.in. na unormowania art. 95 TWE jako na potencjalną podstawę prawną dla takiego moratorium. Zob. Philippe Sands, Friends of the Earth (FoE), *In the matter of the right to impose a moratorium on commercial growing of genetically modified crops in the United Kingdom and in the matter of Council directive 90/220/EEC and in the matter of WTO law. Opinion*, 1999 r., strona [www.foe.co.uk](http://www.foe.co.uk).

<sup>53</sup> M.in. region Górnej Austrii zamierzano ustanowić „obszarem wolnym od GMO”. Szerzej *Commission Decision no. 2003/365*.

<sup>54</sup> Zob. ust. 18 i 19 preambuły dyrektywy nr 2001/18.

<sup>55</sup> *Zero level of risk, zero risk policy* – taki poziom ochrony nie jest uzasadniony *a priori* w świetle zasady przezorności, na którą powoływała się Austria, uzasadniając 06. GTVG (zob. np. orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji (dalej: SPI) z 11 września 2002 r. w sprawie T-13/99 *Pfizer*, pkt 130). Zasada ta powinna być stosowana z uwzględnieniem wyników przeprowadzonej oceny ryzyka i zidentyfikowanych w ramach tej oceny obszarów „niepewności naukowej”, jak również z uwzględnieniem zasady

Zgodnie z ust. 5 art. 95 TWE uzasadnieniem dla krajowych środków odbiegających od postanowień wspólnotowego środka harmonizującego może być wyłącznie problem dotyczący ochrony środowiska naturalnego lub środowiska pracy. Pojęcie ochrony środowiska naturalnego powinno być interpretowane szeroko, w świetle celów określonych w art. 174 ust. 1 TWE (obejmuje również ochronę zdrowia człowieka)<sup>56</sup>. Według stanowiska Austrii zajmowanego w sprawie C-492/03 pojęcie to obejmuje również ochronę bioróżnorodności i zasobów genetycznych oraz problematykę współistnienia (koegzystencji) upraw GMO z uprawami rolniczymi tradycyjnymi i ekologicznymi, wolnymi od GMO (*co-existence of genetically modified crops with conventional and organic farming*) i z naturalnymi, nie zmodyfikowanymi genetycznie gatunkami flory i fauny. Komisja Europejska nie akceptuje tej argumentacji. Według Komisji problem koegzystencji obejmuje jedynie aspekty ekonomiczne, ponieważ odnośnie do potencjalnych zagrożeń dla środowiska i zdrowia ludzkiego w wystarczającym stopniu zastosowanie znajdują mechanizmy, instrumenty i procedury ustanowione dyrektywą nr 2001/18/EC. Skoro problem koegzystencji obejmuje wyłącznie aspekty ekonomiczne<sup>58</sup>, według stanowiska Komisji Europejskiej nie stanowi on uzasadnienia dla odstępstw od unormowań wspólnotowego prawa wtórnego na podstawie art. 95 ust. 5 TWE.

Trudna do spełnienia jest przesłanka dotycząca nowych dowodów naukowych (*new scientific evidence*) z uwagi na znaczną niepewność naukową (*scientific uncertainty*) odnośnie do potencjalnych negatywnych oddziaływań GMO. Pojęcie nowych dowodów naukowych należy interpretować w świetle zasady przezorności (*precautionary principle*, *Vorsorgeprinzip*). Oznacza to, że dowody naukowe przedkładane przez państwo członkowskie dla uzasadnienia planowanych środków krajowych nie muszą być jednoznacznie rozstrzygające<sup>59</sup>. Wystarczy wskazanie potencjalnego związku pomiędzy danym czynnikiem (GMO) oraz szkodą

proporcjonalności; zob. szerzej *Communication from the Commission on the precautionary principle*, Comm 2000/1 (dalej jako: *Communication from the Commission...*). Zob. też T. Christoforou, op. cit., s. 703.

<sup>56</sup> S. Bar, S. Albin, op. cit., s. 128–129.

<sup>57</sup> *Since only authorised GMOs can be cultivated in the European Union, and the environmental and health aspects are already covered by Directive 2001/18/EC, the pending issues still to be addressed in context of coexistence concern the economic aspects associated with the admixture of genetically modified and non-genetically modified crops; zob. Commission Decision no. 2003/653/EC. It is important to make clear distinction between the economic aspects of co-existence and the environmental and health aspects dealt with under Directive 2001/18 on the deliberate release of GMOs into the environment, specific co-existence measures to protect the environment and the human health, if needed, are included in the final consent of the authorisation procedure in accordance with Directive 2001/18/EC, with a legal obligation for their implementation – zob. Commission Recommendation of 23 July 2003 on guidelines for the development of national strategies and best practices to ensure co-existence of genetically modified crops with conventional and organic farming (dalej jako: *Co-existence Recommendation*).*

<sup>58</sup> Stanowisko KE w sprawie koegzystencji jest przedmiotem krytyki; zob. K.P.E. Lasok, R. Haynes, *In the matter of co-existence, traceability and labelling of GMOs*, 21 stycznia 2005 r., Londyn (dostępne na stronie: [www.genewatch.org](http://www.genewatch.org)).

<sup>59</sup> Potwierdzają to m.in. różnice pomiędzy sformułowaniami ust. 5 oraz ust. 3 art. 95 TWE, szczególnie widoczne w angielskiej wersji językowej (w ust. 5 użyto terminu: *evidence*, a nie *proof*).

(an indication of a possible link between the factor in question and the environmental damage<sup>60</sup>). Jednakże potencjalne ryzyko musi być zidentyfikowane i wsparte naukowo w wystarczającym stopniu (choć dane naukowe mogą być „niewystarczające, nierozstrzygające, niepewne”<sup>61</sup> i możliwe jest oparcie się na mniejszościowej, ale pochodzącej z wiarygodnego źródła, opinii naukowej<sup>62</sup>). Czysto hipotetyczne podejście do potencjalnego ryzyka jest niedopuszczalne<sup>63</sup>.

Ponadto kolejną przesłanką, której spełnienie bada Komisja, jest konieczność wykazania, że problem dotyczący ochrony środowiska jest specyficzny dla danego państwa (lub regionu)<sup>64</sup>. Mechanizm derogacyjny ustanowiony w ust. 5 art. 95 TWE nie może służyć do rozwiązywania problemów o charakterze generalnym, wspólnych dla całej Wspólnoty<sup>65</sup>.

Po zweryfikowaniu spełnienia przesłanek pozytywnych Komisja przystępuje do analizy wypełnienia przesłanek negatywnych określonych w art. 95 ust. 6 (bada, czy notyfikowane jej regulacje krajowe nie są środkiem samowolnej dyskryminacji, ukrytymi restrykcjami w handlu pomiędzy państwami członkowskimi oraz przeszkodą dla funkcjonowania rynku wewnętrznego<sup>66</sup>).

Wobec konieczności spełnienia szeregu rygorystycznych przesłanek oraz konieczności uzyskania konstytutywnego zatwierdzenia ze strony Komisji Europejskiej dla regulacji krajowych należy stwierdzić, że unormowania art. 95 ust. 5 TWE raczej nie będą mogły stanowić w świetle prawa wspólnotowego uzasadnienia dla wprowadzenia rozważanych przez państwa szerokich, generalnych odstępstw od rozwiązań i zasad przyjętych we wspólnotowych aktach prawnych dotyczących GMO<sup>67</sup>. Nie uzasadniają one ustanowienia na poziomie państw członkowskich ogólnych zakazów odnoszących się *a priori* do całej klasy organizmów zmodyfikowanych genetycznie (tych, które zostały już zatwierdzone na poziomie wspólnotowym, oraz tych, które mogłyby zostać zatwierdzone w przyszłości). Większa jest natomiast możliwość wprowadzenia krajowych środków

<sup>60</sup> N. De Sadeleer, op. cit., s. 902.

<sup>61</sup> *Insufficient, inconclusive or uncertain* – zob. *Communication from the Commission...*

<sup>62</sup> *Communication from the Commission...*, pkt 6.

<sup>63</sup> *Commission Decision no. 2003/365*.

<sup>64</sup> Konieczne jest wykazanie konkretnych uwarunkowań środowiskowych lub zdrowotnych charakterystycznych dla danego państwa członkowskiego lub jego regionu (nie oznacza to jednak, że dany problem musi występować wyłącznie w danym państwie lub regionie) – zob. S. Bar, S. Albin, op. cit., s. 126–127; N. De Sadeleer, op. cit., s. 900–901. Uzasadnienie mogłoby stanowić np. wsparte naukowo podejrzenie odnośnie do wywierania przez GMO negatywnego wpływu na istniejące w danym państwie wrażliwe, unikalne ekosystemy – zob. orzeczenie w połączonych sprawach T-366/03 i T-235/04, pkt 67.

<sup>65</sup> N. De Sadeleer, op. cit., s. 900.

<sup>66</sup> Przy analizie tej przesłanki konieczne jest oparcie się na zasadzie proporcjonalności i odpowiednie wyważenie celów rynku wewnętrznego oraz celów ochrony środowiska. Należy zbadać, czy nie istnieją środki alternatywne, równoważne, a mniej restryktywne i w mniejszym stopniu zakłócające funkcjonowanie wspólnotowego rynku wewnętrznego – S. Bar, S. Albin, op. cit., s. 131; N. De Sadeleer, op. cit., s. 905–906.

<sup>67</sup> Podobne stanowisko wyrażone w: B. Sheridan, *EU biotechnology law and practice. Regulating genetically modified and novel food products*, Palladian Law Publishers 2001, s. 9 (*In the field of GMOs or novel foods, it must be considered extremely unlikely that any Member State measure of this nature will ever be approved by the European Commission*).

dotyczących konkretnego GMO i odnoszących się do jego konkretnego zastosowania i konkretnych potencjalnych zagrożeń z nim związanych. Wówczas jednak zastosowanie znajdują przede wszystkim odpowiednie mechanizmy przewidziane w aktach prawa wtórnego (klauzule bezpieczeństwa – zob. dalej).

Analizując klauzule wzmocnionej ochrony zawarte w prawie pierwotnym, należy wspomnieć unormowania art. 176 TWE. W omawianym zakresie mają one jednak znaczenie jedynie marginalne, ponieważ znajdują zastosowanie wyłącznie do wspólnotowych aktów prawa wtórnego, przyjętych na podstawie art. 175 TWE. Spośród aktów odnoszących się do problematyki GMO na podstawie tego artykułu przyjęto tylko dyrektywę nr 90/219 oraz rozporządzenie nr 2003/1946. Realizacja przez państwa członkowskie wyższego poziomu ochrony niż przewidziany w wymienionych aktach rodzi mniej dylematów, ponieważ nie występuje tu problem potencjalnej kolizji ze wspólnotową zasadą swobodnego przepływu towarów i funkcjonowaniem wspólnotowego rynku wewnętrznego (zakres dyrektywy obejmuje jedynie zamknięte użycie<sup>68</sup>, a rozporządzenia – przede wszystkim przemieszczanie GMO z obszaru Wspólnoty do państw trzecich<sup>69</sup>).

Ograniczona jest również możliwość zastosowania art. 30 TWE. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS<sup>70</sup> państwo członkowskie nie może powołać się na unormowania art. 30 i wymienione tam względy (należą do nich m.in. ochrona zdrowia i życia ludzi i zwierząt oraz ochrona roślin) dla uzasadnienia krajowych zakazów lub ograniczeń zmierzających do realizacji określonego celu (*„specific objective”*), gdy istnieje prawodawstwo wspólnotowe harmonizujące środki niezbędne dla realizacji tego celu<sup>71</sup>. Krajowe regulacje wprowadzające restrykcje w zakresie swobodnego przepływu produktów składających się z GMO lub zawierających go w swoim składzie<sup>72</sup> nie mogą być uzasadnione przepisami art. 30 TWE. Wspólnotowe akty prawne dotyczące GMO zostały ustanowione w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego. Regulują one w sposób wyczerpujący problematykę wprowadzania GMO i produktów GM na rynek wspólnotowy i ustanawiają w tym zakresie odpowiednie procedury i mechanizmy. Odnośnie do produktów, które zostały zatwierdzone na

<sup>68</sup> Zamknięte użycie oznacza działanie polegające na modyfikacji genetycznej organizmów (dyrektywa odnosi się bezpośrednio tylko do mikroorganizmów) lub ich wykorzystywaniu, podczas którego stosowane są zabezpieczenia, w szczególności w postaci zamkniętej instalacji, pomieszczenia lub innej fizycznej bariery, w celu efektywnego ograniczenia kontaktu organizmu z ludźmi i środowiskiem – por. art. 2 pkt c dyrektywy 90/219.

<sup>69</sup> Zob. art. 3 pkt 14 oraz ust. 5, 13 i 14 preambuły rozporządzenia.

<sup>70</sup> Zob. orzeczenia w sprawach: C-241/01 *National Farmers' Union II* [2002] ECR I-9097, pkt 48; C-350/97 *Wilfried Monsees* [1999] ECR I-2921, pkt 24; C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553, pkt 18.

<sup>71</sup> *It is settled case-law that a Member State can no longer invoke Article 30 EC and the major needs recognised therein to justify such a restriction when a Community harmonisation measure has been adopted in order to implement a specific objective which is to be achieved through recourse to Article 30.* Opinia Adwokata Generalnego z 13 marca 2003 r. w sprawie C-236/01 *Monsanto*, pkt 107. Zob. też T. Christoforou, op. cit., s. 676: *where a Community legal act harmonised the measures necessary to achieve the specific objective, which would be furthered by the Member States' reliance upon Article 30.* Zob. też J.H. Jans, op. cit., s. 102.

<sup>72</sup> Por. z ust. 56 preambuły oraz art. 22 dyrektywy 2001/18.

poziomie wspólnotowym, zastosowanie znajduje zasada swobodnego przepływu (unormowania prawa wtórnego dotyczące GMO wyraźnie to podkreślają poprzez zawartą w nich tzw. klauzulę swobodnego przepływu)<sup>73</sup>. Odstępstwa od tej zasady na poziomie krajowym możliwe są w sytuacjach i z zastosowaniem mechanizmów uregulowanych w prawie wtórnym w sposób wyczerpujący (klauzule bezpieczeństwa – *safeguard clauses*).

#### IV. ZAKRES HARMONIZACJI OSIĄGNIĘTEJ NA POZIOMIE WSPÓLNOTOWYM

W obszarach objętych kompetencją konkurencyjną państwa członkowskie mogą podejmować działania tak długo i w takim zakresie, w jakim nie działa Wspólnota Europejska<sup>74</sup>. W wyniku podjęcia działań przez Wspólnotę dochodzi do ograniczenia zakresu kompetencji państw członkowskich<sup>75</sup>. Gdy w danym obszarze zostanie przyjęty wspólnotowy akt prawny, możliwość podejmowania działań przez państwa członkowskie zależy od treści tego aktu (*content*). Dla określenia zakresu swobody działania przysługującej państwom członkowskim w obszarze, w którym obowiązują unormowania prawa wtórnego, należy ustalić dokładny zakres przedmiotowy (*substantive scope*) wspólnotowego aktu prawnego, cele, których realizacji on służy, oraz zakres i stopień harmonizacji osiągniętej na podstawie tego aktu (dyrektywy)<sup>76</sup>. Im bardziej rozległa i wyczerpująca regulacja na poziomie wspólnotowym, tym mniejsza swoboda przysługująca państwom w zakresie podejmowania środków prawnych na poziomie krajowym<sup>77</sup>. Obowiązki w obszarze regulacji GMO wspólnotowych aktów prawnych wywiera wpływ na zakres kompetencji pozostających w gestii państw członkowskich. Dyskusja dotycząca możliwości podejmowania przez państwa członkowskie działań w zakresie regulacji GMO wymaga rozważenia zakresu oraz rodzaju (stopnia) wspólnotowej harmonizacji osiągniętej w tym obszarze. Należy zbadać, czy mamy do czynienia z harmonizacją zupełną (*Yollharmonisierung*), czy też

<sup>73</sup> *A free movement clause* – zawarta jest w art. 22 dyrektywy 2001/18. Zob. J.H. Jans, op. cit., s. 109. Zob. też A. Jurcewicz, *Ograniczenia w handlu produktami rolnymi w aspekcie ochrony zdrowia*, „Studia Prawnicze” 2004, nr 4, s. 6: „państwo członkowskie nie może powoływać się na swoje ustawodawstwo, gdy dyrektywy WE wyraźnie wymagają, aby zezwoliło ono na wprowadzenie na rynek towarów odpowiadających postanowieniom tych dyrektyw”.

<sup>74</sup> A. von Bogdandy, J. Bast, op. cit., s. 242; P. Saganek, op. cit., s. 286–287.

<sup>75</sup> P. Saganek, op. cit., s. 186, 208.

<sup>76</sup> Zob. szerzej H. Kalimo, *Reflections on the scope and pre-emptive effects of Community legislation – A case study on Directive 2002/95/EC restrictions on Hazardous Substances (RoHS)*, Jean Monnet Working Paper 2003, nr 6, s. 4–5, 66; J.H. Jans, op. cit., s. 101–108; M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 132, 168–170.

<sup>77</sup> Jeśli dany obszar zostanie uregulowany na poziomie wspólnotowym w sposób kompletny, wyczerpujący i niepozostawiający pola dla podejmowania działań przez państwa członkowskie, mamy wówczas do czynienia ze zjawiskiem określanym mianem przejęcia (*pre-emption*), a ściślej z tzw. przejęciem przez zajęcie pola (*occupation of the field*). Wskutek przyjęcia wyczerpującej regulacji wspólnotowej kompetencja konkurencyjna może ulec przekształceniu w przysługującą Wspólnocie tzw. kompetencję wyłączną przez przejęcie (wykonanie) – zob. T. Christoforou, op. cit., s. 671; C. Mik, op. cit., s. 282–284; H. Kalimo, op. cit., s. 6, 64 oraz P. Saganek, op. cit., s. 28.

z harmonizacją częściową, pozostawiającą państwom członkowskim pole do podejmowania działań (*Teilharmonisierung*)<sup>78</sup>.

Na poziomie wspólnotowym w sposób wyczerpujący unormowano zagadnienia zamierzonego uwalniania GMO do środowiska oraz ich wprowadzania do obrotu w obrębie Wspólnoty<sup>79</sup> (zakres pojęcia „wprowadzenie do obrotu” obejmuje również import na obszar Wspólnoty<sup>80</sup>). Wspólnotowe akty prawne ustanawiają szczegółowy system składania zgłoszeń (*notification*) i zatwierdzania (*authorisation*) wprowadzania GMO na rynek wspólnotowy. Określają wymogi, jakie muszą być wypełnione na etapie przed wprowadzeniem GMO do obrotu (przede wszystkim odnośnie do prawidłowej oceny ryzyka) oraz na etapie po ich wprowadzeniu na rynek (m.in. odpowiedni monitoring, znakowanie produktów GM). Wprowadzenie konkretnego GMO na rynek któregośkolwiek państwa członkowskiego możliwe jest wyłącznie po uzyskaniu zatwierdzenia tego GMO zgodnie z procedurą określoną w prawie wspólnotowym. Niedopuszczalny jest obrót jakimikolwiek organizmami, które nie uzyskały zatwierdzenia (*not authorised*). W procesie podejmowania decyzji w przedmiocie zatwierdzenia wprowadzenia do obrotu mogą uczestniczyć wszystkie państwa członkowskie. Każdemu państwu przysługuje prawo przedstawiania uwag (*comments*) i zgłaszania uzasadnionych zastrzeżeń (*reasoned objections*). Gdy zgodnie ze wspólnotową procedurą podjęta zostanie decyzja zatwierdzająca dany organizm, władze państwa członkowskiego, w którym złożone zostało zgłoszenie, obowiązane są do wydania pisemnego zezwolenia (*consent*) w przedmiocie dopuszczenia tego GMO do obrotu<sup>82</sup>. Skutkiem wydania zezwolenia jest uzyskanie dostępu przez dany organizm do rynków wszystkich państw członkowskich<sup>83</sup> (zgodnie z zawartą w prawie wspólnotowym klauzulą swobodnego przepływu<sup>84</sup>).

W aktach prawa wspólnotowego wyczerpująco uregulowano również procedury i mechanizmy zabezpieczające (*safeguards*) na wypadek zagrożenia środowiska naturalnego lub zdrowia ludzkiego<sup>85</sup>. Powołując się na potencjalne ry-

<sup>78</sup> F. Kerschner, E. Wagner, op. cit., s. 15.

<sup>79</sup> T. Christoforou, op. cit., s. 671–672 (*can be considered to have achieved a level of harmonization that is nearly complete (or exhaustive); the intention of the Community legislator to regulate exclusively or exhaustively that field*).

<sup>80</sup> Zob. ust. 9 preambuły dyrektywy nr 2001/18.

<sup>81</sup> Zob. ust. 32, 34 i 61 preambuły, art. 4 ust. 1, 19 i ust. 2 dyrektywy nr 2001/18 oraz art. 4 ust. 2, 16 i ust. 2 rozporządzenia nr 1829/2003.

<sup>82</sup> Zob. orzeczenie ETS z 21 marca 2000 r. w sprawie C-6/99 *Association Greenpeace France and Others v. Ministere de l'Agriculture et de la Pêche* [1998] ECR I-1651, pkt 24–30, 47, 49, 55–56 (dalej jako: sprawa *Greenpeace*) oraz opinię Adwokata Generalnego w tej sprawie z 25 listopada 1999 r., pkt 26–29, 46, 56, 58.

<sup>83</sup> „Jeżeli produkt składający się z lub zawierający w swoim składzie GMO zostanie wprowadzony do obrotu na podstawie odpowiedniego zezwolenia wydanego na mocy niniejszej dyrektywy, państwo członkowskie nie może zakazać, ograniczyć ani utrudniać wprowadzenia do obrotu GMO w charakterze lub w składzie produktów, jeżeli są one zgodne z wymaganiami niniejszej dyrektywy. Na wypadek zagrożenia zdrowia ludzkiego lub środowiska naturalnego powinna być przewidziana procedura zabezpieczająca”. Ust. 56 preambuły dyrektywy nr 2001/18. Zob. też art. 22 tej dyrektywy.

<sup>84</sup> Art. 22 dyrektywy nr 2001/18.

<sup>85</sup> Art. 23 dyrektywy nr 2001/18 (por. T. Christoforou, op. cit., s. 672: *The preliminary conclusion therefore is that the Directive 2001/18 has achieved complete harmonization and its provisions do not*

zyko wystąpienia takiego zagrożenia, państwa członkowskie mogą podejmować środki krajowe tylko w sytuacjach i po spełnieniu przesłanek ściśle określonych w prawie wspólnotowym oraz zgodnie z określoną tam zharmonizowaną procedurą. Pozostawienie państwom członkowskim możliwości ustanawiania takich środków na poziomie krajowym nie świadczy o tym, że harmonizacja nie ma charakteru zupełnego. Podejmując wspomniane środki, państwa działają w ramach ściśle wyznaczonych przez prawo wspólnotowe i pod kontrolą instytucji wspólnotowych<sup>86</sup> (postanowienia te będą przedmiotem szczegółowej analizy w następnym punkcie).

Zamierzeniem aktów prawa wspólnotowego z zakresu regulacji GMO jest zapewnienie odpowiedniej równowagi pomiędzy celami rynku wewnętrznego a celami ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego. Jeżeli poszczególne państwa członkowskie zachowałyby swobodę wprowadzania na poziomie krajowym środków bardziej restryktywnych, zmierzających do osiągnięcia poziomu ochrony wyższego niż wspólnotowy, pociągałoby to za sobą negatywne konsekwencje dla funkcjonowania wspólnotowego rynku wewnętrznego i obowiązującej w jego ramach zasady swobodnego przepływu towarów. Możliwość swobodnego przyjmowania niższych standardów byłaby niezgodna z dążeniem do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska, życia i zdrowia ludzkiego na obszarze całej Wspólnoty.

Państwa członkowskie obowiązane są do przestrzegania wspólnotowych unormowań, procedur i mechanizmów ustanowionych w zakresie wprowadzania GMO do obrotu we Wspólnocie. Nie mogą wprowadzać dodatkowych barier w zakresie dopuszczania na rynek produktów zatwierdzonych na poziomie wspólnotowym (por. art. 22 dyrektywy nr 2001/18). Powstaje pytanie, czy ozna-

---

*allow Member States to take national action on grounds other than those laid down and under the conditions specified therein).*

Podobne unormowania zawarte zostały w art. 12 rozporządzenia nr 258/97. Postanowienia tego rozporządzenia normowały wprowadzanie do obrotu zmodyfikowanej genetycznie żywności aż do czasu wejścia w życie nowego rozporządzenia nr 1829/2003. Odnosnie do mechanizmu bezpieczeństwa ustanowionego w tym artykule i jego zastosowania do wprowadzania na rynek żywności zmodyfikowanej genetycznie zob. orzeczenie ETS z 9 września 2003 r. w sprawie C-236/01 *Monsanto Agricoltura Italia SpA and Others v. Presidenza del Consiglio dei ministri and Others* [2003] ECR I-08105 (dalej jako: sprawa *Monsanto*) oraz opinię Adwokata Generalnego z 13 marca 2003 r. (pkt 109 i 110: *Regulation No 258/97 constitutes a uniform rule for the approval of novel foods, so that the Member States no longer have any margin to adopt more restrictive national rules. The power of Member States to adopt protective measures is regulated definitively in Article 12 of Regulation No 258/97*).

<sup>86</sup> Zob. M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 171 („Całkowita lub pełna harmonizacja ma miejsce wtedy, gdy akt prawny ma na celu wprowadzenie standardów wspólnotowych w danej dziedzinie, od stosowania których generalnie nie przewiduje się wyjątków. Dyrektywa taka może jednak zawierać przepisy wyczerpująco określające wyłączenia”; „Dyrektywy, które mają na celu całkowitą harmonizację, zawierają często tzw. klauzulę dotyczącą swobodnego przepływu”) i J.H. Jans, op. cit., s. 108–109. Zob. też T. Christoforou, op. cit., s. 672 (*The existence of a safeguard provision in the Directive does not, however, signify that the degree of harmonization is incomplete. In principle the Member States, when acting on the basis of the safeguard provision, will be acting within the harmonized confines of that provision*).

cza to, że dopuszczone do obrotu GMO mogą być stosowane bez ograniczeń<sup>87</sup> na całym obszarze Wspólnoty, czy też państwa członkowskie mają możliwość ustanawiania na poziomie krajowym restrykcji dotyczących stosowania GMO (ich komercyjnej uprawy)<sup>88</sup>. Należy zbadać, jaki jest zakres ewentualnej swobody państw w tym obszarze oraz jakie są prawne podstawy do wprowadzania przez państwa członkowskie takich środków.

Podkreśla się, że analizując unormowania wspólnotowych aktów prawnych dotyczących GMO, należy mieć na uwadze konieczność zachowania spójności całego systemu prawa wspólnotowego oraz uwzględniać cele i założenia określone również w innych aktach prawa wspólnotowego. Wskazuje się, że w tym kontekście konieczna jest możliwość wprowadzania odpowiednich ograniczeń w stosowaniu GMO, w szczególności w komercyjnej uprawie. Wnioski te opierają się przede wszystkim na analizie wspólnotowych unormowań dotyczących ekologicznej produkcji rolniczej<sup>89</sup>.

Wiele kontrowersji i dyskusji rodzi wspomniana już problematyka koegzystencji. W 2003 r. do dyrektywy w sprawie zamierzonego uwalniania wprowadzony został artykuł 26a<sup>90</sup>. Zawarte tam unormowania powierzają państwom członkowskim zadanie wypracowania odpowiednich regulacji dotyczących koegzystencji. Poprzez wprowadzenie tego artykułu pojawiła się w prawie wspólnotowym wyraźna podstawa umożliwiająca państwom członkowskim ustanawianie krajowych środków dotyczących GMO i ich stosowania<sup>91</sup>. Należy rozważyć, jaki jest zakres swobody przysługującej w tym zakresie państwom członkowskim<sup>92</sup>.

Kompetencje państw członkowskich w tym obszarze są szerokie. Odnosnie do problematyki koegzystencji na poziomie wspólnotowym przyjęty został jedynie akt o niewiążącym charakterze (zalecenie Komisji), więc harmonizacja w tym

<sup>87</sup> Z wyjątkiem warunków określonych w samym zezwoleniu na wprowadzenie do obrotu, wydanym na podstawie unormowania wspólnotowego (zob. art. 19 dyrektywy nr 2001/18).

<sup>88</sup> Por. F. Kerschner, E. Wagner, op. cit., s. 46–47, 136–137, 141 (*Inkraftsetzen nationaler raumlicher Verwendungsbeschränkungen bzw. Anbaubedingungen, konkrete Verwendung des GVO, also der Anbau*).

<sup>89</sup> Ekologiczna produkcja rolnicza (*organie production*) wyklucza stosowanie GMO – zob. art. 4, art. 5 ust. 3 i art. 6 ust. 1 lit. d rozporządzenia Rady nr 2092/91 z 24 czerwca 1991 r. w sprawie produkcji ekologicznej produktów rolnych oraz znakowania produktów rolnych i środków spożywczych (OJ L 198 z 22 lipca 1991 r. z późn. zm.). Zob. szerzej na ten temat K.P.E. Lasok, R. Haynes, op. cit., pkt 47–52 oraz F. Kerschner, E. Wagner, op. cit., s. 54–56, 140. Kerschner i Wagner odwołują się również do celów dyrektywy nr 92/43 („siedliskowej”) z 21 maja 1992 r. w sprawie ochrony siedlisk naturalnych oraz dzikiej fauny i flory (OJ L 206, 1992 r.) i ochrony obszarów NATURA 2000 – zob. s. 56–57, 137, 140. Wprowadzanie GMO na teren obszarów chronionych na mocy dyrektywy jest zakazane (zob. art. 22 b dyrektywy).

<sup>90</sup> Artykuł 26a został wprowadzony do dyrektywy nr 2001/18 na mocy art. 43 ust. 2 rozporządzenia nr 1829/2003. W ust. 1 stanowi on, że państwa członkowskie mogą podejmować odpowiednie środki w celu uniknięcia obecności GMO w innych produktach. Ust. 2 określa zadania Komisji odnośnie do problematyki koegzystencji (zbieranie informacji i obserwowanie rozwoju rozwiązań przyjmowanych w poszczególnych państwach członkowskich, opracowanie wytycznych).

<sup>91</sup> *EU Member States responsible for co-existence*, FoEE, *Biotech Mailout*, wrzesień 2003, s. 2.

<sup>92</sup> Szersze rozważania na ten temat w K.P.E. Lasok, R. Haynes, op. cit.

obszarze ma postać tylko tzw. harmonizacji miękkiej<sup>93</sup>. Zalecenie Komisji zawiera wytyczne, które mają ułatwić poszczególnym państwom wypracowanie własnych rozwiązań. Ustanawiając środki krajowe, państwa powinny jednak mieć na uwadze zgodność z zasadą proporcjonalności oraz z podstawowymi zasadami, na których opiera się wspólnotowy reżim prawny dotyczący GMO (m.in. zasadą podejścia indywidualnego – *case-by-case approach*<sup>94</sup>). Spośród dostępnych, skutecznych środków powinny być przyjęte rozwiązania możliwie jak najmniej restryktywne<sup>95</sup>. Niedopuszczalne jest nakładanie restrykcji o charakterze ogólnym, generalnym (stosowanych *a priori* do wszystkich GMO – w tym do tych, które zostały już zatwierdzone). Należy uzasadnić każde zastosowanie jakiegoś środka do konkretnych upraw (do GMO określonego rodzaju). Wyraźnie przewidziana jest możliwość podejmowania środków o zasięgu regionalnym, jednak Komisja podkreśla, że środki takie powinny być podejmowane w ostateczności, gdy inne rozwiązania są niedostępne lub niemożliwe do zastosowania<sup>96</sup>. Całkowity zakaz uprawy można wprowadzić w stosunku do tych GMO, co do których istnieją naukowo wsparte obawy, że nie da się obecnie zapewnić ich współistnienia z uprawami nie zmodyfikowanymi genetycznie<sup>97</sup>.

W poszczególnych państwach członkowskich trwa obecnie proces opracowywania unormowań prawnych dotyczących koegzystencji (w niektórych państwach akty prawne w tym obszarze zostały już przyjęte<sup>98</sup>). Rozwiązania, które obowiąz-

<sup>93</sup> Ze względu na typ zastosowanego instrumentu harmonizacji rozróżnia się tzw. harmonizację twardą i harmonizację miękką. Zob. szerzej C. Mik, op. cit., s. 595 oraz M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 167.

<sup>94</sup> *The governing principle of Directive 2001/18/EC is a case-by-case risk analysis – Commission Decision no. 2003/365*, pkt 29, 44, 52, 54 oraz *Co-existence Recommendation...*, op. cit., pkt 2.1.4 i 2.1.5. Zob. ust. 18 i 19 preambuły dyrektywy nr 2001/18, Aneks II do dyrektywy, pkt A, Aneks VII do dyrektywy, pkt C. Zob. też B. Sheridan, *EU biotechnology law...*, op. cit., s. 65 oraz S. Francescon, *The new directive 2001/18/EC on the deliberate release of genetically modified organisms into the environment: changes and perspectives*, „Review of European Community and International Environmental Law” 2001, nr 10, s. 313 (*the Directives and Article 95 of the EC Treaty follow a case-by-case approach*). Akceptacja możliwości swobodnego podejmowania środków o charakterze generalnym, odnoszących się *a priori* do wszystkich GMO – w miejsce podejścia indywidualnego – byłaby równoznaczna z całkowitym pozbawieniem skuteczności wspólnotowych unormowań w obszarze wprowadzania GMO na rynek i ich stosowania.

<sup>95</sup> *Measures for co-existence should be (...) proportionate. They shall not go beyond what is necessary (...). They should avoid unnecessary burden for farmers, seedproducers and other actors associated with any production type – Co-existence Recommendation...*, pkt 2.1.4 (Proportionality). Również podejmowanie środków opartych na zasadzie przezorności wymaga uwzględniania zasady proporcjonalności – zob. *Communication from the Commission on the precautionary principle*, COM (2000) 1, pkt 6.3.1.

<sup>96</sup> Zob. *Co-existence Recommendation...*, pkt 2.1.5 oraz FoEE, *Biotech Mailout*, wrzesień 2003, s. 10.

<sup>97</sup> Niektóre państwa wprowadziły już takie zakazy odnośnie do określonych GMO (m.in. Dania, również w Niemczech przyjęto regulacje dające taką możliwość) – zob. szerzej FoEE, *Biotech Mailout*, wrzesień 2003, s. 12 i lipiec 2004, s. 7–8, 10.

<sup>98</sup> Np. w Niemczech, Danii oraz we Włoszech – FoEE, *Biotech Mailout*, grudzień 2004, s. 8. W Polsce opracowany został w tym zakresie projekt nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o genetycznie zmodyfikowanych organizmach (tekst dostępny na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi: [www.bip.minrol.gov.pl](http://www.bip.minrol.gov.pl)). Zakłada on wprowadzenie do ustawy z 2001 r. nowego rozdziału 6a – „Współistnienie upraw roślin GMO z uprawami konwencjonalnymi i ekologicznymi”. Odpowiednio znowelizowane zostaną również unormowania do-

zywać będą w poszczególnych państwach (często również w poszczególnych regionach<sup>99</sup>), będą bardzo zróżnicowane. Taka dywersyfikacja może pociągać za sobą negatywne skutki zarówno z uwagi na potrzebę zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego w obrębie całej Wspólnoty (jeśli w niektórych państwach przyjęty zostanie niższy poziom ochrony i mniej restryktywne rozwiązania niż w pozostałych), jak również z uwagi na ryzyko fragmentaryzacji wspólnotowego rynku<sup>100</sup> i paraliżu w zakresie dalszego rozwoju sektora biotechnologicznego na obszarze Wspólnoty<sup>101</sup>. Wysuwane są postulaty, by na poziomie wspólnotowym wypracować odpowiednie wiążące standardy dotyczące problematyki koegzystencji<sup>102</sup>.

Wiele regionów<sup>103</sup> wysuwa żądania, by Wspólnota uznała ich prawo do samostanowienia w tej sprawie, tj. możliwości ustanowienia na swoim obszarze (całym lub części) tzw. obszarów „wolnych od GMO”, bez ryzyka narażania się na zarzuty naruszania zasady swobodnego przepływu towarów<sup>104</sup>. Możliwość przyjmowania w ramach regulacji problematyki koegzystencji środków o zasięgu regionalnym jest postrzegana jako podstawa do ustanawiania takich właśnie regionów lub stref „wolnych od GMO” (wiele regionów zadeklarowało już ustanowienie takich obszarów). We Włoszech na mocy ustawodawstwa odnoszącego się do koegzystencji wprowadzono moratorium o bliżej nieokreślonych ramach czasowych (całkowity zakaz komercyjnej uprawy GMO obowiązujący na obsza-

tyczące opłat sankcyjnych (rozdział 6b ustawy) i odpowiedzialności za szkodę (rozdział 7). Ponadto opracowano projekt rozporządzenia Ministra Rolnictwa określającego warunki uprawy roślin GMO.

<sup>99</sup> Np. w regionie Toskanii (Włochy) przyjęto specjalne unormowania zakazujące stosowania wszystkich GMO. Przykłady krajowych i regionalnych (Toskanii, Karyntii, Salzburga, Górnej Austrii) uregulowań prawnych na stronie [www.gmofree-europe.org/Coexistence.htm](http://www.gmofree-europe.org/Coexistence.htm)

<sup>100</sup> FoEE, *Biotech Mailout*, wrzesień 2003, s. 2.

<sup>101</sup> Celem wspólnotowych unormowań dotyczących GMO jest nie tylko zapewnienie bezpieczeństwa, lecz również „zapewnienie rozwoju produktów przemysłowych wykorzystujących GMO” – zob. ust. 7 preambuły dyrektywy nr 2001/18. Z kolei w preambule dyrektywy nr 90/219 czytamy: „rozwój biotechnologii może przyczynić się do ekonomicznej ekspansji państw członkowskich”. Zob. też B. Iwańska, *Podstawy prawne działania...*, op. cit., s. 530–532, 537.

<sup>102</sup> Postulat taki zawarty został w deklaracji *Safeguarding Sustainable European Agriculture* opracowanej przez Zgromadzenie Regionów Europejskich (The Assembly of European Regions), we współpracy z organizacją Friends of the Earth Europe, i przyjętej podczas konferencji w Brukseli 17 maja 2005 r. (zob. FoEE, *Biotech Mailout*, lipiec 2005, s. 15–16 lub strona [www.gmofree-conference.org](http://www.gmofree-conference.org)). Zob. też T. Christoforou, op. cit., s. 709.

<sup>103</sup> Dwanaście europejskich regionów utworzyło tzw. Europejską Sieć Regionów Wolnych od GMO. Zamierzają one rozszerzyć swą koalicję również na pozostałe regiony europejskie. Szerzej w: *Europa bez GMO. Podręcznik prowadzenia kampanii na rzecz utworzenia europejskich stref wolnych od GMO*, s. 4, zamieszczony na stronie [www.icppc.pl](http://www.icppc.pl) (ICPPC – International Coalition to Protect the Polish Countryside) oraz [www.gmofree-europe.org](http://www.gmofree-europe.org). Również wiele polskich regionów zadeklarowało wolę ustanowienia stref wolnych od GMO, m.in. województwo śląskie (Uchwała Nr 11/34/16/2005 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 kwietnia 2005 roku), mazowieckie, małopolskie, wielkopolskie oraz jeszcze dziewięć innych województw – zob. [www.icppc.pl](http://www.icppc.pl).

<sup>104</sup> *Contribution of the regions and local authorities Aquitaine, Basque Country, Limousin, Salzburg, Schleswig-Holstein, Thrace-Rodopi, Tuscany, Upper-Austria, Wales to the European debate on the co-existence of genetically modified crops with traditional and organic farming*, dokument podpisany w Brukseli 4 listopada 2003 r., dostępny na stronie [www.saveourseeds.org](http://www.saveourseeds.org). Zob. też na temat regionów bez GMO w Europie: J. Jendroška, K. Bajer, *Wyrok w sprawie Percy'ego Schmeisera i sytuacja w Europie*, „Prawo i Środowisko” 2005, nr 2, s. 133.

rze całego kraju aż do momentu, gdy na poziomach regionalnym i lokalnym zostaną wypracowane odpowiednie regulacje)<sup>105</sup>. W tej sytuacji pojawia się niebezpieczeństwo wysuwania na forum WTO kolejnych skarg przeciwko Wspólnotom przez państwa zainteresowane importem produktów biotechnologicznych na rynek wspólnotowy.

Podsumowując, akty prawa wspólnotowego wyczerpująco normują zagadnienia wprowadzania GMO do obrotu w obrębie Wspólnoty (uzyskiwania przez GMO dostępu do rynków państw członkowskich) oraz kontroli związanych z tym potencjalnych zagrożeń dla środowiska i zdrowia ludzkiego<sup>106</sup>. Stopień harmonizacji osiągniętej w tym obszarze jest bliski harmonizacji zupełnej<sup>107</sup> (harmonizacja zupełna występuje często w tych obszarach, w których potrzeba ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego krzyżuje się z zasadą swobodnego przepływu towarów i potrzebą zapewnienia sprawnego funkcjonowania rynku wewnętrznego<sup>108</sup>). Poprzez wprowadzenie do dyrektywy nr 2001/18 art. 26a przyznane natomiast zostały państwom członkowskim daleko idące możliwości odnośnie do ustanawiania krajowych restrykcji co do stosowania (uprawy) GMO.

Pomimo niedawnej rewizji całego wspólnotowego reżimu prawnego dotyczącego GMO obszar ten nadal rodzi wiele kontrowersji i wymaga rozważenia i dopracowania wielu kwestii. Reżim ten z pewnością będzie podlegał dalszej ewolucji. Obecnie istnieje potrzeba wypracowania wiążących standardów na poziomie wspólnotowym odnośnie do koegzystencji, jak również szczególnego reżimu odpowiedzialności prawnej za szkodę związaną z wprowadzaniem do obrotu i stosowaniem GMO<sup>109</sup>. Akty wspólnotowe ustanawiają zharmonizowane procedury

<sup>105</sup> Za złamanie tego zakazu grozi kara do dwóch lat więzienia lub grzywny w wysokości do 50 tys. euro – zob. *Italy bans GM crops*, FoEE, *Biotech Mailout*, marzec 2005, s. 1–2.

<sup>106</sup> Należy jednak przypomnieć wspomnianą wcześniej rozbieżność zdań odnośnie do kwestii, czy problematyka koegzystencji obejmuje względy natury ekonomicznej, czy również względy ochrony środowiska naturalnego i zdrowia ludzkiego.

<sup>107</sup> *Directive 2001/18 (...) Regulation 258/97 and Regulation 1830/2003 (...) have similar structure and achieve a degree of harmonization that is equivalent to have achieved a level of harmonization that is nearly complete (or exhaustive) with regard to its specific objectives* – T. Christoforou, op. cit., s. 670–671. Zob. też B. Sheridan, op. cit., s. 88 (*Given the nature of the Community biotechnology regime which establishes complete harmonisation of rules relating to the placing on the market of GMOs*).

<sup>108</sup> J.H. Jans, op. cit., s. 108 oraz M. Kenig-Witkowska, op. cit., s. 171.

<sup>109</sup> T. Christoforou, op. cit., s. 709. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/35 w sprawie odpowiedzialności za środowisko w odniesieniu do zapobiegania i zaradzania szkodom wyrządzonym środowisku naturalnemu (*on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage*, OJ L 143/56, 2004 r.) w Aneksie I, wśród rodzajów działalności zawodowej, co do której zastosowanie znajduje reżim odpowiedzialności oparty na zasadzie ryzyka (*strict liability*), wymienia zamknięte użycie i zamierzone uwalnianie GMO do środowiska. Jednakże unormowania te są często określane jako niewystarczające i mające ograniczone zastosowanie. Na poziomie wspólnotowym postulowano opracowanie szczególnego reżimu odpowiedzialności prawnej za szkodę w środowisku odnośnie do GMO (postulat taki zgłosił Parlament Europejski). Ostatecznie jednak koncepcję tę zarzucono na rzecz unormowań przyjętych w dyrektywie nr 2004/35. Zob. szerzej S. Francescon, op. cit., s. 317. W niektórych państwach opracowano unormowania odnoszące się do koegzystencji i ustanawiające szczególny reżim odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku ze stosowaniem (uprawą) GMO, np. w Niemczech (zob. FoEE, *Biotech Mailout*, lipiec 2004, s. 8). Zob. także ust. 16 preambuły dyrektywy nr 2001/18.

i kryteria indywidualnej oceny potencjalnych zagrożeń dla środowiska naturalnego i zdrowia ludzkiego wynikających z zamierzonego uwalniania GMO<sup>110</sup>. Bez uszczerbku pozostają natomiast kompetencje państw członkowskich w odniesieniu do etycznych zagadnień rozwoju nowoczesnej biotechnologii<sup>111</sup>. W obecnym stanie prawnym, wobec braku wiążących wspólnotowych rozwiązań prawnych, państwa członkowskie korzystają ze swobody przyjmowania środków krajowych w tym zakresie (obowiązane są przy tym jednak do poszanowania zasad prawa pierwotnego)<sup>112</sup>.

#### V. MECHANIZMY BEZPIECZEŃSTWA PRZEWIDZIANE W PRAWIE WTÓRNYM

Podjęcie na poziomie wspólnotowym decyzji zatwierdzającej GMO oznacza jego wprowadzenie do obrotu we wszystkich państwach członkowskich, również tych, które były temu wprowadzeniu przeciwne (w Komitecie ustanowionym na mocy art. 30 dyrektywy nr 2001/18 lub w Radzie<sup>113</sup>). W określonych sytuacjach decyzja zatwierdzająca wprowadzenie do obrotu może zostać podjęta przez Komisję Europejską (niekiedy nawet wówczas, gdy wiele państw członkowskich sprzeciwia się wprowadzeniu danego GMO do obrotu)<sup>114</sup>. Decyzja taka rodzi skutki we wszystkich państwach członkowskich.

Jednakże unormowania ust. 10 art. 95 TWE wyraźnie stanowią, że wspólnotowe środki harmonizujące mogą we właściwych przypadkach zawierać klauzule bezpieczeństwa upoważniające państwa członkowskie do podejmowania z powodów pozaekonomicznych środków tymczasowych, podlegających procedurze kontrolnej Wspólnoty. Klauzule takie zawarte zostały w aktach prawa wspólnotowego znajdujących zastosowanie odnośnie do GMO (w art. 23 dyrektywy nr 2001/18; również w art. 16 dyrektywy nr 90/220 oraz w art. 12 rozporządzenia nr 258/97 zawarte były klauzule bezpieczeństwa, na które powoływały się państwa

<sup>110</sup> Ust. 18 dyrektywy nr 2001/18.

<sup>111</sup> Zob. odniesienia do aspektów etycznych w ust. 9, 57 i 58 preambuły oraz art. 29 dyrektywy nr 2001/18. Także T. Christoforou, op. cit., s. 684.

<sup>112</sup> T. Christoforou, op. cit., s. 684.

<sup>113</sup> Art. 18 (Procedura wspólnotowa w przypadku zastrzeżeń), jak również art. 23 dyrektywy odsyłają do procedury przewidzianej w art. 30 ust. 2. Z kolei art. 30 ust. 2 dyrektywy odsyła do art. 5 decyzji Rady nr 1999/468 z 28 czerwca 1999 r. ustanawiającej warunki wykonywania uprawnień wykonawczych przyznanych Komisji (OJ L 184 z 17 lipca 1987 r.). Decyzja normuje procedury tzw. komitologii. Art. 5 dotyczy procedury z udziałem tzw. komitetu regulacyjnego. Komitet składa się z przedstawicieli wszystkich państw członkowskich. Jeżeli komitet nie wyda opinii w przedmiocie propozycji Komisji lub wyda opinię niezgodną z tą propozycją, wówczas Komisja niezwłocznie przedstawia propozycję Radzie.

<sup>114</sup> W przypadku bezczynności Rady (tzn. jeśli Rada nie przyjmie propozycji większością kwalifikowaną ani się jej taką samą większością nie sprzeciwi) przez okres trzech miesięcy od daty przekazania jej propozycji Komisji, Komisja przyjmuje proponowane przez siebie środki – zob. art. 5 ust. 6 decyzji nr 1999/468. Sytuacja taka miała miejsce np. w przypadku decyzji Komisji nr 97/98 dotyczącej zmodyfikowanej genetycznie kukurydzy (*Zea mays* L. linii Bt 176) – zob. szerzej T. Hervey, *Regulation of genetically modified products in a multi-level system of governance: science or citizens?*, „Review of European Community and International Environmental Law” 2001, nr 10, s. 323 oraz S. Francescon, op. cit., s. 313.

członkowskie<sup>115</sup>). Jest to podstawowy instrument, z którego państwa członkowskie mogą skorzystać dla ustanowienia środków krajowych w celu ochrony przed potencjalnym zagrożeniem dla środowiska lub zdrowia ludzkiego związanym ze stosowaniem tych GMO, których wprowadzenie do obrotu we Wspólnocie zostało już zatwierdzone. Zgodnie z unormowaniem art. 22 dyrektywy nr 2001/18 klauzula swobodnego przepływu znajduje zastosowanie bez uszczerbku dla uprawnień państw w zakresie przyjmowania środków ochronnych na podstawie istniejącej we wspólnotowym prawie wtórnym klauzuli bezpieczeństwa.

Prawidłowe powołanie się na klauzulę wymaga wypełnienia ściśle określonych przesłanek i podlega kontroli przeprowadzanej przez instytucje wspólnotowe, zgodnie z określoną wspólnotową procedurą (procedura komitologii<sup>116</sup>). Na państwie członkowskim przyjmującym krajowe środki ochronne oparte na mechanizmie klauzuli bezpieczeństwa spoczywa szereg obowiązków. O przyjętych środkach należy niezwłocznie powiadomić Komisję oraz pozostałe państwa członkowskie<sup>117</sup>. Powiadomienie wszczyna procedurę kontrolną na poziomie wspólnotowym. W odróżnieniu jednak od mechanizmu ustanowionego na mocy art. 95 ust. 5 TWE (zob. wyżej – w pkt. 3) środki krajowe obowiązują od razu, tzn. od momentu ich przyjęcia na poziomie krajowym i co najmniej do momentu podjęcia co do nich decyzji na poziomie wspólnotowym<sup>118</sup>. Ich kontrolę przeprowadza się *ex post*. Jeżeli na poziomie wspólnotowym podjęta zostanie odnośnie do notyfikowanych środków krajowych decyzja pozytywna, środki te będą mogły zostać utrzymane (tak długo, jak będą konieczne dla zapobieżenia potencjalnemu, związanemu z obrotem i stosowaniem GMO, zagrożeniu dla środowiska i zdrowia ludzkiego). Jeżeli natomiast środki te nie zostaną uznane za uzasadnione i nie uzyskają wspólnotowego zatwierdzenia, wówczas państwo członkowskie będzie musiało uchylić przyjęte uprzednio środki krajowe i w pełni respektować swobodę obrotu organizmami modyfikowanymi genetycznie<sup>119</sup>. Możliwość zaskarżenia decyzji odmawiającej zatwierdzenia środków krajowych jest ograniczona, ponieważ zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunał Sprawiedliwości nie zajmuje się badaniem prawidłowości naukowej oceny ryzyka i nie może zastępować własną oceną oceny ryzyka przeprowadzonej przez uprawnione do tego podmioty<sup>120</sup>. Z tego powodu niezwykle istotne jest, by powołując się na klauzulę bezpieczeństwa, wskazać

<sup>115</sup> Dyrektywa nr 90/220 została uchylona na mocy dyrektywy nr 2001/18 (zob. art. 36 dyrektywy nr 2001/18). Najistotniejsze postanowienia rozporządzenia nr 258/97 dotyczące zmodyfikowanej genetycznie żywności zostały uchylone na mocy rozporządzenia nr 1829/2003 (zob. art. 38 rozporządzenia nr 1829/2003).

<sup>116</sup> Zob. przyp. 114 i 115.

<sup>117</sup> Art. 23 ust. 1 zd. 3.

<sup>118</sup> F. Kerschner, E. Wagner, op. cit., s. 45.

<sup>119</sup> E. Brosset, op. cit., s. 567.

<sup>120</sup> Sądy wspólnotowe, co zostało podkreślone w wielu orzeczeniach, ograniczają się w tym zakresie jedynie do badania, czy nie zostały przekroczone granice swobodnego uznania, czy nie doszło do nadużycia władzy lub popełnienia rażącego błędu (*a manifest error or a misuse of powers or whether the legislature has manifestly exceeded the limits of its discretion*) oraz czy nie została naruszona zasada proporcjonalności. Zob. orzeczenie ETS w sprawie C-236/01 *Monsanto*, pkt 116 i 135 oraz opinię Adwokata Generalnego w tej sprawie, pkt 146. Zob. też orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji w sprawie T-13/99 *Pfizer Animal Health S.A. v. Council* [2002] ECR II-3305, pkt 166.

odpowiednie uzasadnienie podjętych środków krajowych. Ciężar uzasadnienia tych środków spoczywa na państwie członkowskim. Szczegółowe wymogi, jakim powinno odpowiadać przedstawiane przez państwo członkowskie uzasadnienie, określa art. 23 dyrektywy nr 2001/18 (sformułowania zawarte w art. 16 uchylonej dyrektywy nr 90/220 były w tym zakresie mało precyzyjne i przyznawały państwu członkowskim większą niż obecnie swobodę uznania, w toku jednak rewizji wspólnotowego reżimu prawnego dotyczącego GMO postanowiono doprecyzować wspomniane sformułowania i w nowej dyrektywie nr 2001/18 zawrzeć ściślejsze określenia i bardziej rygorystyczne wymogi<sup>121</sup>).

Klauzula bezpieczeństwa może zostać przywołana tylko wtedy, gdy państwo członkowskie uzyskało nowe lub dodatkowe informacje, które nie zostały uwzględnione podczas pierwotnej oceny ryzyka (ponieważ wyszły na jaw dopiero po wydaniu zezwolenia na wprowadzenie do obrotu)<sup>122</sup>, a mają istotny wpływ na rezultat tej oceny<sup>123</sup>. Informacje te muszą wskazywać na istnienie potencjalnego ryzyka dla środowiska naturalnego lub zdrowia ludzkiego (wyłącznie te względy mogą stanowić uzasadnienie dla krajowych środków ochronnych)<sup>124</sup>. Państwo członkowskie obowiązane jest do przedstawienia szczegółowych powodów (*detailed grounds*) przyjęcia środków krajowych, a nie jedynie ogólnych względów. Powinno oprzeć się w tym zakresie na wynikach indywidualnej, przeprowadzonej w konkretnym przypadku oceny ryzyka (dotyczącej danego GMO i uwzględniającej panujące w danym państwie warunki). Klauzula z pewnością nie uzasadnia ustanawiania ogólnych zakazów i restrykcji. W każdym wypadku musi to być podejście indywidualne i może dotyczyć tylko wyraźnie określonych GMO i ich konkretnych zastosowań<sup>125</sup>.

Klauzula bezpieczeństwa uznawana jest za specyficzny wyraz zasady przezorności (*as giving specific expression to the precautionary principle*)<sup>126</sup>. Zasada przezorności odnosi się do działań podejmowanych w celu ochrony środowiska naturalnego lub zdrowia ludzkiego przed potencjalnym poważnym zagrożeniem pomimo naukowej niepewności dotyczącej istnienia i rozmiarów tego zagrożenia. Stanowi ona podstawę wspólnotowego reżimu dotyczącego GMO oraz integralny element procesu podejmowania decyzji w tym obszarze<sup>127</sup>. Państwa

<sup>121</sup> Według sformułowań dyrektywy nr 90/220 wystarczyło wskazanie dających się uzasadnić powodów (*justifiable grounds*). Zob. D. Lawrence, J. Kennedy, E. Hattan, *New Controls on the deliberate release of GMOs*, „European Environmental Law Review”, luty 2002, s. 52.

<sup>122</sup> *New or additional Information made available since the date of the consent*. Takiego sformułowania nie było w art. 16 dyrektywy nr 90/220. Zob. E. Brosset, op. cit., s. 572 i 575.

<sup>123</sup> Zob. B. Sheridan, op. cit., s. 82 lub przygotowany przez Komisję Europejską wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie tymczasowego ograniczenia stosowania i sprzedaży w Austrii zmodyfikowanej genetycznie kukurydzy (*Zea mays* L. linii Bt 176) zgodnie z dyrektywą 2001/18/WE z 26 kwietnia 2005 r., COM (2005) 169 final.

<sup>124</sup> Art. 23 ust. 1 zd. 1.

<sup>125</sup> Zob. Philippe Sands, Friends of the Earth (FoE), *In the matter of the right to impose...*, op. cit., pkt 20; B. Sheridan, op. cit., s. 89; E. Brosset, op. cit., s. 573 i S. Francescon, op. cit., s. 313.

<sup>126</sup> Orzeczenie ETS w sprawie *Monsanto*, pkt 133 oraz opinia Adwokata Generalnego, pkt 106.

<sup>127</sup> Zob. ust. 8 preambuły, art. 1 i 4 ust. 1 dyrektywy nr 2001/18 oraz orzeczenie w sprawie *Monsanto*, pkt 1 i i 133. Zob. szerzej M. Talik, *Zasada przezorności w prawie i polityce...*, op. cit. oraz M. Talik, *Zasada przezorności a model podejmowania decyzji...*, op. cit.

członkowskie powoływały się na nią, uzasadniając wprowadzenie ogólnego moratorium odnośnie do GMO<sup>128</sup>. Zasada nie może jednak stanowić samoistnej podstawy dla takich środków (stwierdzenie to jest aktualne również w kontekście zobowiązań wynikających z członkostwa w WTO)<sup>129</sup>, pełni natomiast ważną rolę w procesie wykładni postanowień wspólnotowych aktów z zakresu regulacji GMO. Przesłanki powołania się na klauzulę należy interpretować opierając się na tej zasadzie. Nie jest wymagane przedstawienie pełnego dowodu negatywnych oddziaływań GMO, lecz jedynie uzasadnionego przypuszczenia opartego na najpełniejszej, jaką można przeprowadzić w konkretnych okolicznościach danego przypadku, ocenie ryzyka (*a risk assessment as complete as possible given the particular circumstances of an individual case*) oraz na wiarygodnych informacjach wskazujących na konieczność przyjęcia konkretnych środków ochronnych (*the most reliable scientific evidence available (...) from which it is apparent that the implementation of such measures is necessary*)<sup>130</sup>.

Państwo członkowskie może powołać się na klauzulę bezpieczeństwa, gdy wydane zostało zezwolenie na wprowadzenie danego GMO do obrotu<sup>131</sup>. Cechą charakterystyczną omawianego mechanizmu jest jego krajowy charakter (*national character*)<sup>132</sup>. Umożliwia on poszczególnym państwom członkowskim zawieszenie na ich terytorium skutków podjętej na poziomie wspólnotowym decyzji o wprowadzeniu danego GMO do obrotu poprzez tymczasowe ograniczenie lub zakazanie stosowania lub sprzedaży tego GMO. Restrykcje i zakazy ustanawiane zgodnie z klauzulą dotyczą wprowadzania GMO jedynie na rynek konkretnego państwa członkowskiego i mają charakter jedynie tymczasowy (ostateczna decyzja w tym zakresie podejmowana jest bowiem na poziomie wspólnotowym). Mechanizm ten zapewnia elastyczność w procesie zarządzania ryzykiem w obliczu naukowej niepewności oraz potencjalnego niebezpieczeństwa wystąpienia w danym państwie nagłych, nieprzewidzianych uprzednio, negatywnych skutków<sup>133</sup>. Umożliwia szybkie i zgodne z zasadą przezorności reagowanie na zmiany oraz nowe informacje dotyczące potencjalnych oddziaływań GMO<sup>134</sup>.

Na podstawie klauzuli bezpieczeństwa środki może podjąć zarówno państwo, które udzieliło pisemnego zezwolenia na wprowadzenie GMO do obrotu, jak

<sup>128</sup> Zob. szerzej E. Brosset, op. cit., s. 570.

<sup>129</sup> Zob. raport Panelu oraz raport Organu Apelacyjnego WTO w sprawie *EC measures concerning meat and meatproducts (hormones)*, tekst w: C. Robb, *Trade and environment, International environmental law reports*, vol. 2, Cambridge 2001, s. 355–395 (zwłaszcza 380–381), tekst dostępny też na stronie internetowej [www.wto.org](http://www.wto.org). W sprawie tej Wspólnota Europejska, uzasadniając ustanowienie barier w zakresie wprowadzania mięsa zawierającego hormony wzrostu na rynek wspólnotowy, powoływała się na zasadę przezorności. Stanowisko WE zostało uznane za nieuzasadnione. Zob. szerzej M. Talić, *Zasada przezorności w prawie i polityce...*, op. cit.

<sup>130</sup> Zob. orzeczenie ETS w sprawie *Monsanto*, pkt 107–114 i tezę nr 2 tego orzeczenia.

<sup>131</sup> Art. 23 zd. 1 dyrektywy nr 2001/18.

<sup>132</sup> E. Brosset, op. cit., s. 572–573.

<sup>133</sup> E. Brosset, op. cit., s. 579 oraz opinia Adwokata Generalnego w sprawie *Monsanto*, pkt 133 i 132 zd. 2.

<sup>134</sup> Również w innych postanowieniach prawa wspólnotowego przewidziane zostały odpowiednie mechanizmy reagowania na zmiany oraz nowe informacje (zob. m.in. art. 13 ust. 6, art. 20 dyrektywy nr 2001/18 i art. 9 ust. 3<sup>4</sup>, art. 21 ust. 3–4).

również każde z pozostałych państw członkowskich. Państwo, w którym złożono zgłoszenie w celu uzyskania dopuszczenia GMO do obrotu, na początkowym etapie procesu podejmowania decyzji dysponuje szerokim zakresem swobody. Jeżeli właściwy organ tego państwa zadecyduje, że GMO nie należy wprowadzić do obrotu, zgłoszenie zostanie odrzucone<sup>135</sup>. Pozytywne zaopiniowanie zgłoszenia powoduje natomiast przejście do etapu, w którym decyzja podejmowana jest na poziomie wspólnotowym<sup>136</sup> i w którym kompetencje państwa są ściśle określone i ograniczone. Jeśli zostanie podjęta decyzja o dopuszczeniu GMO do obrotu, władze państwa członkowskiego, w którym złożono zgłoszenie, obowiązane są do wydania pisemnego zezwolenia odpowiadającego podjętej na poziomie wspólnotowym decyzji<sup>137</sup>.

Jednakże w orzecznictwie ETS (sprawa C-6/99 *Greenpeace*<sup>138</sup>) wskazana została jedna wyjątkowa sytuacja, w której państwo członkowskie nie było zobowiązane do wydania zezwolenia, lecz jedynie do niezwłocznego powiadomienia Komisji i państw członkowskich o odmowie jego udzielenia i powodach takiego posunięcia (powiadomienie to powodowało wszczęcie wspólnotowej procedury kontrolnej znajdującej zastosowanie odnośnie do klauzuli bezpieczeństwa). W omawianej sprawie przesłanki umożliwiające powołanie się na klauzulę bezpieczeństwa (art. 16 dyrektywy nr 90/220) wypełnione zostały po podjęciu na poziomie wspólnotowym decyzji o wprowadzeniu GMO do obrotu, a przed wydaniem pisemnego zezwolenia przez właściwe władze danego państwa członkowskiego. Przyjęcie przez ETS wykładni rozszerzającej dopuszczenie możliwości zastosowania mechanizmu klauzuli bezpieczeństwa przed wydaniem pisemnego zezwolenia na wprowadzenie danego GMO do obrotu i uznanie kompetencji państw członkowskich w tym zakresie rodziło istotne skutki. Warunkiem *sine qua non* wprowadzenia GMO do obrotu we Wspólnocie jest wydanie pisemnego zezwolenia na jego wprowadzenie do obrotu przez państwo, w którym zostało złożone zgłoszenie. Odmowa wydania zezwolenia oznacza brak dostępu nie tylko do rynku tego państwa, lecz również do rynków innych państw członkowskich i pociąga za sobą skutki na obszarze całej Wspólnoty. W ten sposób mechanizm bezpieczeństwa traci swój krajowy charakter. Państwo członkowskie może jednostronnie spowodować zablokowanie na obszarze całej Wspólnoty wprowadzenia do obrotu danego GMO, co do którego została już podjęta decyzja o zatwier-

<sup>135</sup> Art. 15 ust. 2 dyrektywy nr 2001/18. Zob. też orzeczenie w sprawie *Greenpeace*, pkt 35 oraz E. Brosset, op. cit., s. 565 (*In the initial stage, the initially notified national authority has a genuine power since it acts as a 'filter' for the notification of applications*).

<sup>136</sup> Art. 15 ust. 3 i art. 18 ust. 1 dyrektywy nr 2001/18. Zob. też orzeczenie w sprawie *Greenpeace*, pkt 50.

<sup>137</sup> Art. 15 ust. 3 i art. 18 ust. 2 dyrektywy. Na mocy rozporządzenia nr 1829/2003 ustanowiona została natomiast scentralizowana procedura, w ramach której wyeliminowano końcowy, krajowy etap przyznawania pisemnego zezwolenia przez władze państwa członkowskiego i w której swoboda uznania i kompetencje państw członkowskich zostały znacznie ograniczone.

<sup>138</sup> Orzeczenie ETS z 21 marca 2000 r. w sprawie C-6/99 *Association Greenpeace France and Others v. Ministere de l'Agriculture et de la Peche* [1998] ECR I-1651, zwłaszcza pkt 45–46, 49 i teza nr 1 zd. 2.

dzeniu<sup>139</sup>. ETS podkreślił, że sytuacja taka może mieć jednak charakter jedynie tymczasowy (aż do momentu podjęcia odpowiedniej decyzji na poziomie wspólnotowym). Różnice pomiędzy opisaną wyżej sytuacją a tradycyjnym mechanizmem klauzuli bezpieczeństwa są znaczące. Orzeczenie w sprawie *Greenpeace* zostało w literaturze poddane krytyce jako niezgodne z krajowym charakterem klauzuli bezpieczeństwa<sup>140</sup>. Orzeczenie wydane zostało pod rządami dyrektywy nr 90/220, dlatego podaje się w wątpliwość, czy może ono znaleźć zastosowanie również odnośnie do unormowań dyrektywy nr 2001/18 (zwłaszcza w kontekście zawartego w art. 23 wyraźnego wymogu, by nowe lub dodatkowe informacje uzyskane zostały po wydaniu zezwolenia)<sup>141</sup>.

Państwa członkowskie wielokrotnie korzystały z możliwości, jakie zapewnia im mechanizm klauzuli bezpieczeństwa, zarówno pod rządami dyrektywy nr 90/220, rozporządzenia nr 258/97, jak i dyrektywy nr 2001/18<sup>142</sup>. Długotrwały proces poprzedzający podjęcie ostatecznej wspólnotowej decyzji odnośnie do krajowych środków ochronnych skutkuje dużą niepewnością, zarówno dla państwa członkowskiego, jak i dla operatorów (podmiotów sektora biotechnologicznego)<sup>143</sup>, szczególnie że prawo wspólnotowe nie określa wyraźnie skutków przekroczenia terminu przewidzianego na podjęcie decyzji w tym zakresie<sup>144</sup> (inaczej niż w przypadku środków podejmowanych na podstawie unormowań art. 95 TWE). Pod presją skargi złożonej przeciwko WE na forum WTO Komisja postanowiła podjąć bardziej zdecydowane działania zmierzające do uchylenia

<sup>139</sup> *That Member State, and that Member State alone, would be able to prevent the GMO from being marketed simply by refusing its consent* – opinia Adwokata Generalnego w sprawie *Greenpeace* z 25 listopada 1999 r., pkt 56. Zob. też E. Brosset, op. cit., s. 572 (*the authorisation process would have come to a close here for all the other Member States, and the safeguard clause would thus have had Community-wide effect*).

<sup>140</sup> E. Brosset, op. cit., s. 572–573.

<sup>141</sup> E. Brosset, op. cit., s. 572, 575.

<sup>142</sup> Poszczególne państwa członkowskie odwoływały się do artykułu 16 dyrektywy nr 90/220 dziewięć razy (trzykrotnie Austria, dwukrotnie Francja, jednokrotnie Niemcy, Luksemburg, Grecja i Wielka Brytania). Od wejścia w życie dyrektywy nr 2001/18 środki są rozpatrywane na podstawie art. 23 tej dyrektywy. Do art. 12 rozporządzenia nr 257/98 odwołano się w kontekście zmodyfikowanej genetycznie żywności jeden raz (Włochy – zob. sprawa *Monsanto*). Ostatnio na art. 23 dyrektywy nr 2001/18 powołały się Węgry. Zob. European Commission, *Questions and answers on the regulation of GMOs in the European Union*, Bruksela, Press release, 22 marca 2005 r., MEMO/05/104, strona [www.europa.eu.int/comm](http://www.europa.eu.int/comm). Zob. też na stronie: [www.europa.eu.int/comm/envIRONMENt/biotechnology/safeguard\\_clauses.htm](http://www.europa.eu.int/comm/envIRONMENt/biotechnology/safeguard_clauses.htm).

<sup>143</sup> Zob. opinię Adwokata Generalnego w sprawie *Monsanto*, pkt 143. Decyzja powinna zostać podjęta w ciągu 60 dni, jednakże przy obliczaniu tego terminu nie wlicza się okresu oczekiwania przez Komisję na dodatkowe informacje oraz na opinie komitetów naukowych (okres oczekiwania na opinie właściwych komitetów naukowych nie powinien przekraczać 60 dni) ani przysługującego Radzie trzymiesięcznego okresu na podjęcie decyzji (art. 23 ust. 2 dyrektywy nr 2001/18). Dotychczas okresy od notyfikowania Komisji przez państwo członkowskie środków krajowych do przygotowania przez Komisję propozycji decyzji odnoszących się do tych środków były w praktyce znacznie dłuższe (np. Austria dokonała notyfikacji – odnośnie do kukurydzy (*Zea mays* L. linii Bt 176) – w lutym 1997 r., a propozycja Komisji została przedstawiona w kwietniu 2005 r., podobnie było odnośnie do środków notyfikowanych przez inne państwa – Niemcy, Francję, Luksemburg czy Grecję).

<sup>144</sup> E. Brosset, op. cit., s. 575.

przyjętych w poszczególnych państwach środków krajowych<sup>145</sup>, opierając się na opiniach stosownych komitetów naukowych oraz Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA). Komisja przygotowała projekty odpowiednich decyzji nakładających na poszczególne państwa członkowskie obowiązek uchYLENIA wprowadzonych uprzednio środków krajowych<sup>146</sup>. Rada sprzeciwiła się im jednak kwalifikowaną większością głosów<sup>147</sup>, co oznacza, że Komisja jest zobowiązana do ich ponownego zbadania<sup>148</sup>. Z mechanizmu klauzuli bezpieczeństwa korzystają także państwa członkowskie, które przystąpiły do UE 1 maja 2004 r. Skorzystały z niego Węgry, które argumentowały to m.in. faktem, że nie mogły uczestniczyć w procesie podejmowania decyzji odnośnie do zatwierdzania GMO, który miał miejsce przed dniem 1 maja 2004 r., i w związku z tym panujące w tym państwie uwarunkowania środowiskowe nie mogły zostać w tym procesie wzięte pod uwagę<sup>149</sup>.

Oprócz klauzuli bezpieczeństwa jeszcze inne unormowania prawa wtórnego rozpatrywane są w kontekście możliwości ustanawiania ograniczeń dotyczących stosowania GMO (np. art. 19 ust. 3 lit. c dyrektywy nr 2001/18/WE oraz art. 16 ust. 2 i art. 18 dyrektywy nr 2002/53/WE, znajdującej zastosowanie do tych zmodyfikowanych genetycznie odmian, które zostały wpisane do Wspólnego Katalogu Odmian Gatunków Roślin Rolniczych<sup>152</sup>).

## VI. KONKLUZJE

Kompetencje państw członkowskich i Wspólnoty Europejskiej w obszarze regulacji organizmów genetycznie zmodyfikowanych wzajemnie się przenikają.

<sup>145</sup> *EU Commission pushes to end national safeguard measures*, FoEE, *Biotech Mailout*, marzec 2005, s. 5–6.

<sup>146</sup> Zob. przygotowane przez Komisję Europejską dziewięć propozycji co do decyzji Rady dotyczących tymczasowych ograniczeń stosowania i sprzedaży w poszczególnych państwach członkowskich poszczególnych genetycznie zmodyfikowanych organizmów zgodnie z dyrektywą 2001/18/WE, przedstawione 26 kwietnia 2005 r. Propozycja dotycząca Niemiec – COM (2005) 167 finał („Środki podjęte przez Niemcy [...] są nieuzasadnione. Niemcy podejmą niezbędne kroki w celu spełnienia wymogów niniejszej decyzji najpóźniej w ciągu 20 dni po przedłożeniu zgłoszenia”), podobnie odnośnie do Francji – COM (2005) 162 finał, Luksemburga – COM (2005) 165 finał, Grecji – COM (2005) 164 finał, Austrii – COM (2005) 168 i 169 finał.

<sup>147</sup> Podczas spotkania 24 czerwca 2005 r. w Luksemburgu Rada ds. Środowiska sprzeciwiła się wszystkim ośmiu przedłożonym przez Komisję propozycjom decyzji. Zob. Press release, Luksemburg, 10074/05 (Presse 147), na stronie Rady UE: [www.ue.eu.int](http://www.ue.eu.int). Oznacza to, że krajowe środki będą mogły zostać nadal utrzymane.

<sup>148</sup> Zgodnie z art. 5 ust. 6 decyzji nr 1999/468 Komisja, po ponownym zbadaniu swojej propozycji, może przedłożyć Radzie zmienioną propozycję, przedłożyć ponownie tę samą propozycję lub przedstawić propozycję legislacyjną na podstawie Traktatu.

<sup>149</sup> R. Fidrich, *Hungary bans Monsanto's GM seeds*, FoEE, *Biotech Mailout*, marzec 2005, s. 3–5.

<sup>150</sup> Przepis ten dotyczy określania w zezwoleniu na wprowadzenie GMO do obrotu specyficznych warunków dotyczących ochrony poszczególnych ekosystemów, środowisk lub regionów geograficznych. Zob. szerzej *Europa bez GMO. Podręcznik prowadzenia kampanii* op. cit., s. 6–7.

<sup>151</sup> Dyrektywa Rady nr 2002/53 z 13 czerwca 2002 r. w sprawie Wspólnego Katalogu Odmian Gatunków Roślin Uprawnych (OJ L 193 z 20 lipca 2002 r.).

<sup>152</sup> *Common Catalogue of Varieties of Agricultural Plant Species*. Zob. F. Kerschner, E. Wagner, op. cit., s. 30–34 oraz FoEE, *Biotech Mailout*, październik 2004, s. 3.

Państwa mogą podejmować działania na poziomie krajowym tak długo i w takim zakresie, w jakim Wspólnota nie wykonała przysługujących jej w tym obszarze kompetencji. Na poziomie wspólnotowym przyjęto szereg istotnych aktów prawnych odnoszących się do GMO i ich wykorzystania, pośród których centralną pozycję zajmuje horyzontalna dyrektywa nr 2001/18. Unormowania wspólnotowe wywierają wpływ na zakres kompetencji przysługujących państwom członkowskim. Dla określenia tego wpływu konieczna była analiza podstaw prawnych aktów wspólnotowych oraz zakresu i stopnia osiągniętej w badanym obszarze harmonizacji. Konieczna była również szczegółowa analiza postanowień prawa pierwotnego oraz wtórnego, które zapewniają poszczególnym państwom członkowskim w określonych sytuacjach i po spełnieniu określonych przesłanek możliwość przyjmowania środków krajowych w obszarach objętych zakresem wspólnotowych aktów prawnych odnoszących się do GMO.

Podstawę prawną unormowań dotyczących wprowadzania GMO do obrotu we Wspólnocie stanowi art. 95 TWE. Państwa członkowskie mogą skorzystać z mechanizmu derogacyjnego przewidzianego w ust. 5 tego artykułu. Na państwie członkowskim spoczywa jednakże obowiązek wykazania wypełnienia wszystkich określonych w Traktacie, rygorystycznych przesłanek oraz uzyskania uprzedniego zatwierdzenia<sup>153</sup> krajowych regulacji przez Komisję Europejską.

Akty prawa wspólnotowego w sposób wyczerpujący normują problematykę wprowadzania GMO do obrotu we Wspólnocie i kontrolę związanych z tym potencjalnych zagrożeń dla środowiska i zdrowia ludzkiego. Uzyskując dostęp do rynku jednego państwa członkowskiego, określony GMO uzyskuje dostęp do rynków wszystkich państw członkowskich. Krajowe ograniczenia i restrykcje w tym zakresie mogą być ustanawiane przez poszczególne państwa członkowskie tylko na podstawie mechanizmu klauzuli bezpieczeństwa.

Wobec naukowej niepewności (*scientific uncertainty*) odnoszącej się do GMO i ich potencjalnych oddziaływań na środowisko oraz zdrowie ludzkie wszystkie wspólnotowe unormowania określające przesłanki wprowadzania krajowych środków ochronnych w tym obszarze należy postrzegać w świetle zasady przezorności.

Na poziomie wspólnotowym nie wypracowano dotychczas wiążących rozwiązań odnośnie do współlistnienia upraw genetycznie zmodyfikowanych z innymi rodzajami upraw. Brak wspólnotowej harmonizacji w tym obszarze (oprócz harmonizacji miękkiej w postaci niewiążącego zalecenia Komisji) powoduje, że zadanie wypracowania odpowiednich standardów oraz ustanowienia środków krajowych regulujących problematykę koegzystencji spoczywa na państwach członkowskich. Zakres swobody przysługującej im w tym obszarze jest szeroki. Problematyka ta jest przedmiotem intensywnej debaty toczącej się na różnych szczeblach (regionalnym, krajowym, wspólnotowym).

Pomimo niedawnej rewizji i rozbudowy wspólnotowego reżimu prawnego dotyczącego GMO ich regulacja budzi nadal wiele kontrowersji. Dalsza, pogłębiona

<sup>153</sup> Wyrażnego albo „milczącego” – w przypadku bezczynności Komisji i upływu określonego Traktatem terminu (zob. art. 95 ust. 6 TWE).

dyskusja jest niezbędna, by uporządkować ten trudny obszar prawnej regulacji, zapewnić jego przejrzystość i umożliwić realizację założonego przez wspólnotowego prawodawcę podwójnego celu, tj. osiągnięcie wysokiego poziomu ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego oraz niezakłóconego funkcjonowania wspólnotowego rynku wewnętrznego i dalszego bezpiecznego rozwoju nowoczesnej biotechnologii.

### **THE POWERS OF THE EU MEMBER STATES IN THE FIELD OF GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS' (GMO) REGULATION**

Division of powers between the European Community and its Member States in the field of genetically modified organisms' regulation is a complex issue, requiring a thorough, detailed analysis of primary as well as of secondary law provisions. At the Community level a number of important legal acts referring to GMO and their use have been adopted, among which the central place takes a horizontal directive no. 2001/18. To determine the impact which the Community legal acts referring to GMO have on Member States' powers in this area of regulation it is essential to analyse the legal basis of the mentioned acts, their objective and content, and finally – the degree and scope of harmonization achieved at the EC level under these acts. Despite the recent revision of Community legal regime on GMO and the adoption of several new legal acts in this field the controversies and lack of certainty with regard to placing of GMO on the Community market persist. Individual Member States (as well as their regions) are exploring the possibilities under the EC law to pursue a level of environmental and human health protection that is higher than the level deemed appropriate at the EC level and to prohibit or restrict the free circulation and use of GMO and GM products within their territory. Under the primary law the most important provisions which ought to be analysed in this context are contained in article 95 of the EC Treaty. In order to provisionally derogate from the Community provisions individual Member States may invoke the safeguard mechanism established under EC secondary law. In this study a thorough analysis of these provisions and conditions which must be fulfilled to invoke them in order to introduce national protective measures has been conducted. Co-existence of genetically modified crops with conventional and organic farming, appropriate regulation of the issue and Member States' powers in this field are also worth analysis. The revision of Community legal regime on GMO has been pointed out by the Member States as the prerequisite for pulling an end to the so-called "de facto moratorium" and for overcoming the decision-making impasse with regard to placing GMO and GM products on the EC market and their use within the Community. However, many issues have not been resolved yet and they are a subject of intense debate at various levels (regional, State and Community), especially in context of the complaints

filed by the United States, Canada and Argentine and the dispute settlement proceedings initiated against the European Community and its Member States in the World Trade Organisation (WTO) in the matter of EC biotechnology measures. Consequently, further comprehensive and detailed discussion is essential to ensure effectiveness, transparency and coherence of this sensitive field of regulation and to provide the balance between the double objective pursued at the EC level: establishment of high level of environmental and human health protection as well as providing smooth, undistorted functioning of the EC internal market and safe development of modern biotechnology.



MARLENA WACH

**PODMIOTY NIEPOSIADAJĄCE OSOBOWOŚCI PRAWNEJ  
W PRAWIE NIEMIECKIM. UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE**

W doktrynie niemieckiej w zasadzie nigdy nie ustała dyskusja nad pojęciem osoby prawnej, które było i jest analizowane nie tylko z punktu widzenia nauk prawnych, ale też socjologii, teorii organizacji czy filozofii. Badania te stopniowo prowadzą do coraz szerszego uznania organizacji za podmioty posiadające osobowość prawną. Poniżej zostaną przykładowo wskazane podmioty nieposiadające osobowości prawnej występujące w prawie niemieckim.

**I. PRZEDSTOWARZYSZENIE (*VORVEREINE*)**

Przedstowarzyszenie (*Vorvereine*)<sup>1</sup> jest podmiotem, który przez wpisanie do rejestru stowarzyszeń nabywa osobowość prawną; staje się wtedy stowarzyszeniem, na które przechodzą nabyte przed rejestracją prawa i obowiązki. Przed rejestracją podmiot ten, jako przedstowarzyszenie („*Vor-*” *Verein*), nie jest zdolny do działań prawnych (nie posiada osobowości prawnej) i dopóki nie zostanie wpisany do rejestru stowarzyszeń, reprezentowany jest przez członków założycieli. Stowarzyszenie jest tworzone głównie dla osiągnięcia celów społecznych. Takimi *Idealvereine* są dla przykładu stowarzyszenia sportowe, młodzieżowe, związane z pomocą dla inwalidów, z ogródkami działkowymi albo też środowiskowe stowarzyszenia artystyczne, literackie i wiele innych. Przedstowarzyszenie posiada wszystkie cechy właściwe dla stowarzyszenia, ale nie jest jeszcze wpisane do rejestru. Mimo że wpis ten jest konieczny, niektóre stowarzyszenia świadomie nie wpisują się do rejestru stowarzyszeń. Można tu wskazać stowarzyszenia, które zdolne były do działań prawnych zgodnie z prawem NRD, jednak ani po wejściu w życie, od 21 lutego 1990 r., ustawy o stowarzyszeniach, ani po 3 października 1990 r., kiedy zaczął obowiązywać kodeks cywilny, nie wpisały się do rejestru stowarzyszeń. Za zobowiązania stowarzyszenia przed rejestracją (przedstowarzyszenia) odpowiada każdy jego członek majątkiem osobistym, chyba że wierzyciel działał w uzasadnionym przekonaniu, że stowarzyszenie jest zarejestrowane.

<sup>1</sup> Por. B. Danckelmann, w: B. Danckelmann, U. Diederichsen, H. Heinrichs, T. Keidel, H. Thomas (red.), *Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, München 1977, s. 27, uw. 2 (§ 21).

## II. STOWARZYSZENIA NIEZAREJESTROWANE

Istnieją także stowarzyszenia niezarejestrowane, nieposiadające osobowości prawnej, uregulowane w § 54 BGB<sup>2</sup>, do których należy stosować przepisy dotyczące spółki cywilnej<sup>3</sup> (§ 705 i n. kodeksu cywilnego). Ponadto uregulowana została także osobista i solidarna odpowiedzialność osób działających w imieniu takiego stowarzyszenia niemającego osobowości prawnej. Rezultatem ewolucji wykładni § 54 BGB jest przyjęcie, że członkowie stowarzyszenia niemającego osobowości prawnej nie odpowiadają za jego zobowiązania<sup>4</sup>. Opierając się na wykładni funkcjonalnej zaczęto stosować do tego podmiotu wiele przepisów dotyczących zarejestrowanych stowarzyszeń posiadających osobowość prawną. Ponadto przez długi czas w dawniejszym piśmiennictwie niemieckim występowało przekonanie, iż do osoby prawnej w organizacji powinno stosować się regulacje o stowarzyszeniach niemających osobowości prawnej<sup>5</sup>.

Wskazać należy, iż § 50 niemieckiej procedury cywilnej<sup>6</sup>, określający zdolność sądową strony, stanowi, iż zdolność sądową posiada ten, kto jest zdolny do działań prawnych (ma osobowość prawną). Podmiot niezdolny do działań prawnych nie może być pozwany, ale stowarzyszenie może w sporze zajmować stanowisko, co oznacza, iż ma ono zdolność do niektórych działań prawnych<sup>7</sup>. Tego rodzaju zdolność związków zawodowych<sup>8</sup> i partii politycznych<sup>9</sup> wynika także z orzecznictwa. Ponadto § 2 ust. 1 zd. 2 ustawy o gastronomii<sup>10</sup> stanowi, że na prowadzenie działalności gastronomicznej konieczne jest uzyskanie pozwolenia, które może być także udzielone niezdolnemu do działań prawnych stowarzyszeniu. W § 10 ustawy o sądach pracy<sup>11</sup> (ArbGG) określono, iż zdolność sądową w postępowaniu przed sądem pracy mają także związki zawodowe i związki pra-

<sup>2</sup> Por. MiinchKomm, BGB/Reuter, wyd. 4, 2001, § 54 akapit 5; streszczone w H. Schopflin, *Der nicht rechtsfähige Verein*, s. 468 i n.

<sup>3</sup> Zob. Boehmer, *Grundlagen der burgerlichen Rechtsordnung*, t. II/2, s. 168 i n.; Erman/Westermann, BGB, wyd. 8, § 54 akapit 2 i n.; W. Flume, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 148, 1984, s. 503 i n., 507 i n.; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Burgerlichen Rechts*, wyd. 7, München 1989, § 10 VI, s. 180 i n.; MiinchKomm-Reuter, wyd. 2, § 54 akapit 1; Palandt/Heinrichs, BGB, wyd. 48, § 54 uw. 1; Staudinger/Coing, BGB, wyd. 12, § 54 akapit 2; H. Stoli, *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, t. II, Berlin/Leipzig 1929, s. 49.

<sup>4</sup> Por. B. Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, wyd. 4, 2000, s. 223; K. Larenz, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 174–176; K. Larenz, *Zur Struktur „subjektiver Rechte“* 1977, s. 129 i n.; L. Raiser, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, „Juristenzeitung” 1961, s. 465 i n.; H. Brox, *Allgemeiner Teil des BGB* 2002.

<sup>5</sup> Tak W. Wąsowicz, *Powstawanie osoby prawnej. Praktyka uzyskiwania osobowości prawnej*, Warszawa 2002, s. 21.

<sup>6</sup> Zivilprozessordnung (ZPO).

<sup>7</sup> ZPO § 50 Parteifähigkeit: (1) Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. (2) Ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden; in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins.

<sup>8</sup> BGHZ 42, 210, 215; BGHZ 50, 325, 329 i n., 333; BGH Urteil vom 18. Mai 1971 – VI ZR 220/69 – NJW 1971, 1655; vom 21. März 1972 – VI ZR 157/70 – (ZZP 86–1973, 212, 214).

<sup>9</sup> BGH 6.10.1964, BGHZ 42, 210 (GdP).

<sup>10</sup> Gaststättengesetz (GastG).

<sup>11</sup> Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG).

codawców, jak również połączenia takich związków<sup>12</sup>. Z kolei ustawa o partiach<sup>13</sup> w § 3 (bierna i czynna legitymacja) wskazuje, że partia może w swoim imieniu być powodem i pozwany (posiada zdolność sądową). To samo dotyczy jej terytorialnych związków<sup>14</sup>. Pozbawienie możliwości obrony swoich praw (zdolności sądowej) można by było uznać za naruszenie art. 9 ust. 1 Konstytucji<sup>15</sup> (GG), mówiącego, że wszyscy Niemcy mają prawo tworzyć stowarzyszenia i spółki (wolność zrzeszania się). Ponadto § 1 ustawy o stowarzyszeniach<sup>16</sup> (VereinsG) także stanowi o wolności zrzeszania się.

### III. SPÓŁKI OSOBOWE

Spółka jest to połączenie kilku osób dla realizacji określonego celu. Podstawowym typem spółki jest spółka prawa cywilnego – *Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* BGB-G (§ 705–740 BGB). Z kolei kodeks handlowy z 10 maja 1897 r. (HGB)<sup>17</sup> zawiera regulacje dotyczące spółki jawnej – *Offene Handelsgesellschaft* OHG (§ 105) i spółki komandytowej – *Kommanditgesellschaft* KG (§ 161). Spółki osobowe nie posiadają osobowości prawnej. Są to *quasi-osoby* prawne (*Quasi-juristische Personen*), ponieważ na podstawie § 124 ust. 1 HGB spółka jawna może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Z kolei do spółki komandytowej, w sprawach nieuregulowanych, stosuje się przepisy dotyczące spółki jawnej (§ 161 ust. 2 HGB). Analogiczną treść odnośnie do spółek osobowych ma art. 8 § 1 obowiązującego polskiego kodeksu spółek handlowych. Zatem spółki osobowe uregulowane HGB mają w pewnym zakresie m.in. zdolność prawną, zdolność do czynności prawnych, zdolność sądową, ale nie posiadają osobowości prawnej.

W doktrynie niemieckiej istnieje spór dotyczący zasadności wyróżnienia trzeciego rodzaju podmiotów stosunków cywilnoprawnych. Doktryna podzieliła się na zwolenników wyłącznej podmiotowości wspólników w spółce i tych, którzy podmiotowość prawną przyznają samej spółce. Do pierwszych zalicza się m.in. H. Klaussa i R. Mittelbacha, którzy uważają, iż nosicielami praw i obowiązków są zawsze tylko wspólnicy łącznie<sup>18</sup>. Drugi pogląd reprezentuje m.in. K. Schmidt, który twierdzi, że spółka komandytowa i jawna są różnymi od wspólników nosi-

<sup>12</sup> Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, wyd. 2, s. 248.

<sup>13</sup> Parteiengesetz. In der Fassung vom 31.1.1994, zuletzt geändert durch Neuntes Gesetz zur Änderung des Parteiengesetzes vom 22.12.2004.

<sup>14</sup> § 3 Die Partei kann unter ihrem Namen klagen und verklagt werden. Das gleiche gilt für ihre Gebietsverbände der jeweils höchsten Stufe, sofern die Satzung der Partei nichts anderes bestimmt.

<sup>15</sup> Grundgesetz (GG), Bundesgesetzblatt (Dziennik Ustaw, dalej BGBI) III Nr 100–1; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) z dnia 23.05.49 z późn. zm. (BGBI49,1).

<sup>16</sup> Vereinsgesetz (VereinsG).

<sup>17</sup> Deutsches Handelsgesetzbuch 10.05.1897 z późn. zm.; <http://dejure.org/gesetze/HGB>.

<sup>18</sup> H. Klauss, R. Mittelbach, *Die Kommanditgesellschaft, Gesellschaftsrecht. Steuerrecht*, Ludwigshafen 1984, s. 33.

cielami praw<sup>19</sup>. Wskazane handlowe spółki osobowe prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą w celach zarobkowych. Istnienie i funkcjonowanie spółki jawnej zależne jest od posiadania członków (czynnika osobowego), którzy ponoszą osobistą odpowiedzialność za zobowiązania tego podmiotu wraz z tą spółką. Do spółki jawnej można w sprawach nieuregulowanych stosować przepisy kodeksu cywilnego odnoszące się do spółki cywilnej (§ 105 ust. 3 HGB). Majątek handlowych spółek osobowych pozostaje we współwłasności łącznej wszystkich członków. Jeden albo kilku wspólników spółki komandytowej odpowiada za zobowiązania spółki do wysokości wkładów (komandytariusze), a pozostali wspólnicy (komplementariusze) ponoszą osobistą odpowiedzialność za te zobowiązania wraz ze spółką (§ 161 HGB).

Ustawą z dnia 25 lipca 1994 r. została wprowadzona do niemieckiego systemu prawnego spółka partnerska (PartG)<sup>20</sup> jako organizacja zrzeszająca przedstawicieli wolnych zawodów. Ustawa PartGG reguluje najbardziej podstawowe aspekty funkcjonowania tych spółek, w wielu miejscach odwołuje się do zasad działania spółek jawnych OHG, w sprawach nieuregulowanych wprost należy natomiast stosować przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego (BGB). Utworzenie spółki partnerskiej wymaga spisania umowy założycielskiej przez osoby fizyczne wykonujące wolny zawód<sup>21</sup>. Spółka taka wpisywana jest do rejestru spółek partnerskich. W następstwie wpisu spółka partnerska może być samodzielnym podmiotem praw i obowiązków. Ma zdolność do nabywania praw i zaciągania zobowiązań, nabywania własności i innych praw rzeczowych, może pozywać i być pozywana. A zatem spółce partnerskiej w niemieckim systemie prawnym przyznana została podmiotowość prawna. Nie wynika to wprost z ustawy PartGG, gdyż jej § 7 ust. 2 nakazuje odpowiednie stosowanie do spółki partnerskiej § 124 HGB. Każdemu z partnerów przysługuje prawo zarządzania spółką partnerską w zakresie czynności zwyczajnych, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Czynności nadzwyczajne wymagają zgody wszystkich partnerów. W § 8 ustawy PartGG w ust. 1 wprowadzono zasadę solidarnej odpowiedzialności partnerów za zobowiązania spółki z pozostałymi partnerami oraz ze spółką. Jednak zgodnie z ust. 2 § 8 tej ustawy, jeżeli wykonywaniem danego zlecenia w imieniu spółki zajmowali się jedynie poszczególni partnerzy, za popełnione błędy zawodowe ponosić będą oni odpowiedzialność solidarną tylko ze spółką, chyba że ich wkład w wykonanie zlecenia miał charakter podrzędny<sup>22</sup>. Istnieje ponadto możliwość wprowadzenia ustawowego ograniczenia kwotowego odpowiedzialności partnerów z tytułu po-

<sup>19</sup> K. Schmidt, w: *Schlegelberger, Handelsgesetzbuch. Kommentar*, t. III/1 Halbband, Mlinchen 1992, s. 428.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 25 lipca 1994 r. o spółkach partnerskich przedstawicieli wolnych zawodów – Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe – PartGG (BGB1.1, s. 1744).

<sup>21</sup> Por. A. Kidyba, *Spółka partnerska w prawie niemieckim i projekcie prawa spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 1999, nr 9, s. 7 i n.; M. Aślanowicz, *Instytucja spółki partnerskiej w wybranych europejskich systemach prawnych a prawo polskie*, „Prawo Spółek” 1999, nr 10, s. 40-42 oraz L.J. Smith, C. de Cussy, Ch. Taylor, T. Włudyka, *Prawo spółek w Republice Federalnej Niemiec, Wielkiej Brytanii, Francji i Włoszech*, Kraków 2000, s. 56-59.

<sup>22</sup> Por. M. Ulmer, A. Kidyba, *Formy spółek prawa niemieckiego (z odniesieniem do prawa polskiego)*, „Prawo Spółek” 1996, nr 1, s. 104-105.

pełnionych błędów zawodowych, co połączone jest z zawarciem przez partnerów obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności zawodowej.

#### IV. PRZEDSPÓŁKA (*YORGESELLSCHAFT; IN GRÜNDUNG*)

W niemieckim systemie prawnym można zauważyć negatywny stosunek ustawodawcy do normatywnego uznania istnienia struktur podmiotowych przed rejestracją osoby prawnej. Potwierdza to fakt, iż w ustawie o spółkach akcyjnych (§ 41 ust. 1 AktG) oraz w ustawie regulującej działalność spółki z o.o. (§ 11 GmbHG<sup>23</sup>) znajduje się stwierdzenie, że przed wpisem do rejestru handlowego spółka akcyjna (spółka z o.o.), jako taka, nie istnieje<sup>24</sup>. Instytucja przedspółki, od dawna funkcjonująca w niemieckim obrocie gospodarczym, jest szeroko omawiana w literaturze, doktrynie i orzecznictwie<sup>25</sup>. Doktryna niemiecka wyróżnia trzy stadia powstawania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością: 1) spółkę przedwstępną (przedorganizacyjną) przed zawarciem umowy spółki z o.o. (*Vor-Grundungsgesellschaft*), 2) przedspółkę po zawarciu umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Yorgesellschaft*) oraz 3) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością po zarejestrowaniu (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). Pomiędzy spółką przedwstępną i przedspółką brak jest stosunku tożsamości. W tym stadium, jak podkreśla M. Lutter, wspólnicy przygotowują się do podpisania aktu notarialnego i nie podejmują jakiejkolwiek działalności gospodarczej<sup>26</sup>. Spółki kapitałowe powstają dopiero po wpisaniu do rejestru handlowego. W czasie, kiedy została zawarta przez przyszłych wspólników umowa spółki, ale nie nastąpił jeszcze wpis do rejestru, mamy do czynienia z przedspółką (*Yorgesellschaft*) lub inaczej spółką akcyjną lub z o.o. w organizacji (*AktG, GmbH in Grundung, Vor-GmbH*).

Koncepcja spółki przedwstępnej zakłada, że w tym okresie istnieje pomiędzy stronami umowy przedwstępnej stosunek prawny, kwalifikowany jako spółka prawa cywilnego (*Gesellschaft des burgerlichen Rechts* – GbR) lub, w zależności od rozwijanej działalności, spółka jawna (*Offene Handelsgesellschaft* – OHG)<sup>27</sup>. Interpretacja ta doprowadziła do wypracowania zakazu dokonywania czynności obciążających spółkę przed kontrolą i rejestracją sądową. Na tej podstawie twierdzono, iż nie ma możliwości prowadzenia działalności przez niezarejestrowaną

<sup>23</sup> Deutsches Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung z 20.04.1892 z późn. zm.; <http://www.gmbh-gesetz.de>.

<sup>24</sup> Por. V. Beuthien, *Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem*, cz. I, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis” 1996, z. 8, s. 354. Przepis ten przez ponad 100 lat nie został zmieniony, a w związku ze zmianą i rozwinięciem koncepcji spółki z o.o. przed rejestracją i zgłaszanych propozycji jego modyfikacji, w zakresie problematyki spółki z o.o. w organizacji, ważną rolę odgrywa doktryna.

<sup>25</sup> Por. E. Gralla, *Die Yorgesellschaft im deutschen und im polnischen Recht bezogen auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Księga pamiątkowa ku czci Profesora Stanisława Włodyki, „Studia z prawa gospodarczego i handlowego”, Kraków 1996.

<sup>26</sup> M. Lutter, *Niemieckie ustawy o spółce z o.o. i spółce akcyjnej. Wprowadzenie*, Warszawa 1999, s. 5; por. też idem, *Ryzyko z tytułu odpowiedzialności powstającej w stadium tworzenia spółki z o.o. na gruncie prawa niemieckiego*, PPH 1999, nr 1.

<sup>27</sup> M. Lutter, *Niemieckie ustawy...*, op. cit., s. 5.

spółkę z o.o. Uważano, iż przedspółka jest zrzeszeniem prawnym utworzonym na podstawie umowy i z tego powodu należy ją przyporządkować do jednej z umownych form organizacyjnych, występujących w prawie<sup>28</sup>. Przełomowe w tym zakresie było orzeczenie Federalnego Sądu Najwyższego z 9 marca 1981 r.<sup>29</sup>, zrywające z zakazem dokonywania czynności obciążających spółkę przed kontrolą i rejestracją sądową. Sąd ten orzekł, że wszystkie zobowiązania spółki w organizacji stają się z chwilą wpisu do rejestru automatycznie zobowiązaniami powstałej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>30</sup>. Wskazywano nawet czasami, iż zawarcie umowy spółki i pojawienie się z tą chwilą przedspółki stanowi datę określającą początek istnienia spółki z o.o. Następnie uznano, że przedspółka z o.o. jest wspólnotą prawną swoistego rodzaju i podlega prawu właściwemu dla spółki z o.o. jako osoby prawnej, o ile nie znajdują zastosowania przepisy szczególne. Zrzeszenie wspólników utworzone przez zawarcie umowy spółki z o.o. regulowane jest przez przepisy dotyczące innej formy organizacyjnej tylko w sytuacji, gdy podjęta wcześniej, w ramach przedspółki, działalność gospodarcza jest prowadzona nadal pomimo prawomocnego postanowienia sądowego o odmowie rejestracji lub wyrażonej przez wspólników rezygnacji z zamiaru rejestracji spółki w ogóle lub w najbliższym czasie. Przystaje wówczas istnieć przedspółka z o.o., która przekształca się albo w spółkę cywilną, albo w spółkę jawną i jest z tego powodu nazywana niewłaściwą przedspółką z o.o. (*unechte Vor-GmbH*). Tego rodzaju niewłaściwa przedspółka może także powstać w sposób pierwotny, z chwilą zawarcia umowy spółki z o.o., gdy założyciele nie mają zamiaru dokonać rejestracji tej spółki. Status prawny przedspółki jest sporny. Przedspółka może występować w obrocie gospodarczym pod własną firmą, ma czynną i bierną zdolność procesową, zdolność sądową, upadłościową i wieczystoksięgową, jest zdolna do działań prawnych (może otworzyć i posiadać konto bankowe), a przepisy o spółce akcyjnej i spółce z o.o. stosuje się do niej odpowiednio. Dla odróżnienia w obrocie gospodarczym spółka kapitałowa w organizacji zobowiązana jest używać w swojej nazwie dodatku „i. G.” lub *in Grundung*. Majątek przedspółki, na który składają się wniesione wkłady oraz nabyte w trakcie jej działalności rzeczy i prawa, należy do tworzącego przedspółkę zrzeszenia wspólników na podstawie konstrukcji wspólności do niepodzielnej ręki (*Gesamthandsvermögen*). Pomimo objęcia majątku przedspółki z o.o. wspólnością wspólników majątek ten jest samodzielny dzięki szczególnej podmiotowości przedspółki w obrocie prawnym,

<sup>28</sup> Tak M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji w Europie Zachodniej*, Warszawa 2001, s. 24–25.

<sup>29</sup> Tzw. orzeczenie zasadnicze Federalnego Sądu Najwyższego z 9 marca 1981 r. (II ZR 54/80), GmbHR 1981, z. 2, s. 114–118. Por. także orzeczenie BGH z 9 marca 1998 r., (II ZR 366/96), „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis” 1998, z. 15, s. 646–648, „Der Betriebsberater” 1998, z. 16, s. 813–814 i „Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht” 1998, z. 9, s. 417–418. W orzeczeniu tym BGH potwierdził, że stosunki prawne istniejącej przed zawarciem umowy spółki z o.o. spółki przedwstępnej najczęściej są oceniane jako OHG, wcześniej jako GbR, mogą przejść na przedspółkę tylko w drodze przejścia długu za zgodą wierzyciela.

<sup>30</sup> Por. A. Gawrysiak-Zabłocka, *Pojęcie spółki w prawie europejskim*, „Studia Prawnicze” 2003, z. 4, s. 30.

która nabywa prawa i zaciąga zobowiązania w imieniu własnym, a nie we wspólnym imieniu wspólników.

Początkowo zakładano, że za wszelkie czynności dokonane w imieniu spółki przed jej zarejestrowaniem odpowiedzialność osobistą i solidarną ponoszą osoby działające<sup>31</sup>. Takie rozwiązanie uzasadniano charakterem § 11 ust. 2 GmbHG<sup>32</sup>. Zgodnie z obecnymi poglądami odpowiedzialność za czynności przedrejestracyjne ponosi przedspółka swoim majątkiem<sup>33</sup>. Ponadto część doktryny stoi na stanowisku, iż wspólnicy ponoszą nieograniczoną odpowiedzialność osobistą (zewnętrzną) na takich samych zasadach jak w spółkach osobowych. Inni przedstawiciele doktryny uważają natomiast, iż wspólników obciąża osobista odpowiedzialność za zobowiązania przedspółki, ale jest ona ograniczona do wysokości objętych udziałów i istnieje w granicach nie wniesionych jeszcze wkładów, gdyż częściowo znajdują tu zastosowanie reguły obowiązujące w spółce z o.o. jako takiej. Natomiast kolejna grupa autorów wyraża opinię, iż wspólnicy zwolnieni są od jakiejkolwiek odpowiedzialności osobistej. Wierzyciel może zatem kierować swoje roszczenia do przedspółki, a dopiero poprzez nią do wspólników, lecz tylko w granicach ich obowiązków wobec spółki. Jedynie w przypadku niezarejestrowania spółki wspólnicy ponoszą wówczas nieograniczoną odpowiedzialność, która jest według jednych autorów osobista, a według innych ponoszona wobec spółki proporcjonalnie do wysokości udziałów. Możliwość zamiany tej odpowiedzialności na osobistą zakładają oni dopiero w sytuacji dalszego prowadzenia działalności przez przedspółkę, w związku ze zmianą jej charakteru na przedspółkę niewłaściwą<sup>34</sup>. Stosunek prawny, który powstaje między stronami pomimo niezawarcia umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jest zbliżony do tego, który łączy wspólników – na przykład poprzez obowiązek dążenia do wspólnego celu<sup>35</sup>. Głoszony jest pogląd, iż zarządcy na etapie przedspółki uprawnieni są do podejmowania tylko czynności niezbędnych do powstania (zarejestrowania) spółki, gdyż celem przedspółki jest nabycie osobowości prawnej przez rejestrację. W prawie niemieckim przedspółka i spółka kapitałowa po zarejestrowaniu nie są różnymi od siebie jednostkami. Przedspółka uważana jest za *sui generis nasciturus* spółki kapitałowej, tj. jednostkę nieposiadającą oso-

<sup>31</sup> Por. M. Marucha, *Przedspółka w niemieckim obrocie gospodarczym w odniesieniu do prawa polskiego*, Mon. Polski 2001, nr 7, s. 386 i n.

<sup>32</sup> Osoby działające w imieniu przyszłej spółki przed jej rejestracją odpowiadają osobiście i solidarnie ze spółką za zaciągnięte w tym czasie zobowiązania; § 11 GmbHG, (1) *Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht*, (2) *Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch*. Odpowiedzialność osobista założycieli spółki z o.o. za zaciągnięte zobowiązania potwierdzona została także: 7 maja 2003 BGH, wyrok z 4 listopada 2002, II ZR 204/00.

<sup>33</sup> Por. M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji...*, op. cit., s. 55–73.

<sup>34</sup> W doktrynie zaczyna się wyprowadzać z instytucji przedspółki niewłaściwej (*unechte Vorgesellschaft*) jej kwalifikowaną postać – tzw. przedspółkę nieudaną czy nieprawidłową (*fehlgeschlagene Vorgesellschaft*). Przez pojęcie pierwszej rozumie się sytuację, w której od początku nie istniał zamiar zarejestrowania spółki, a przez pojęcie drugiej – sytuację, w której pomimo późniejszego porzucenia zamiaru zarejestrowania spółki nadal prowadzona jest jej działalność.

<sup>35</sup> Tak R. Zdzieborski, *Spółki kapitałowe przed rejestracją*, Warszawa 2000, s. 20.

bowości prawnej, ale będącą „stającą się osobą prawną” (*werdende juristische Person*)<sup>36</sup>. Istnieje zatem ścisły związek między przedspółką a zarejestrowaną spółką. Z chwilą rejestracji spółki kapitałowej przechodzą na tę spółkę wszelkie uprawnienia i zobowiązania zaciągnięte przez przedspółkę (spółkę w organizacji)<sup>37</sup>. Niewątpliwie jednak instytucja przedspółki wywołuje wiele kontrowersji, związanych między innymi z jej usytuowaniem w niemieckim systemie prawnym oraz odpowiedzialnością za zobowiązania podjęte przez założycieli lub zarządców przedspółki. W doktrynie niemieckiej podkreśla się, że przedspółką nie ma prawnej możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w sposób identyczny z zarejestrowaną spółką kapitałową, ponieważ *de lege lata* nie posiada osobowości prawnej. Przyczyny rozwiązania i warunki podjęcia uchwały o rozwiązaniu spółki z o.o. znajdują do przedspółki w pełni zastosowanie. Część doktryny wskazuje, iż do likwidacji przedspółki należy stosować zasady właściwe dla spółek osobowych.

## V. SPÓŁDZIELNIA A PRZEDSPÓŁDZIELNIA (*VORGENOSSENSCHAFT*)

Ustawa z 1 maja 1889 r. o spółdzielniach zarobkowych i gospodarczych (*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften* – EWWG) regulowała w Niemczech zakładanie, funkcjonowanie i likwidację spółdzielni. Akt ten obowiązuje obecnie w nowym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 19 sierpnia 1994 r., która zmieniła też jego nazwę. Ustawa ta, dotycząca spółdzielni gospodarczych<sup>38</sup> (ustawa spółdzielcza GenG), reguluje m.in. zakładanie spółdzielni i jej działalność. Spółdzielnia ma strukturę mieszaną, gdyż zastosowanie do niej mają regulacje dotyczące zarówno stowarzyszeń, jak i spółek kapitałowych. Podmiot ten zakładany jest w celach gospodarczych, zarobkowych lub popierania działalności swoich członków. Zgodnie z § 2 GenG za zobowiązania spółdzielni odpowiada własnym majątkiem. Przed wpisaniem spółdzielni do rejestru spółdzielczego nie posiada ona praw przysługujących spółdzielni zarejestrowanej<sup>39</sup> (§ 13 GenG), uregulowanych w § 17 GenG. Z przepisu tego wynika, iż zarejestrowana spółdzielnia może nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Statut spółdzielni sporządzany jest w formie pisemnej, a po jego podpisaniu, ale przed wpisem do

<sup>36</sup> M. Lutter, *Niemieckie ustawy...*, op. cit., s. 4.

<sup>37</sup> W orzeczeniu z 9 marca 1981 r. SN uznał, że nie można ograniczyć odpowiedzialności spółki z o.o. w stosunku do przedspółki, ponieważ istnieje ścisła więź między przedspółką a spółką z o.o. Zgodnie z powołanym orzeczeniem prawa i obowiązki przedspółki przechodzą na spółkę w momencie jej zarejestrowania (BGHZ 80, 129). W umowie spółki z o.o. nie można ograniczyć przejścia praw i zobowiązań przedspółki na zarejestrowaną spółkę, V. Beuthien, *Die Vorgesellschaft im Privatrechtssystem*, cz. I, „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis”, z. 7, s. 320.

<sup>38</sup> Genossenschaftsgesetz – GenG (Amtlicher Titel: Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) z dnia 19.8.1994 z późn. zm.; <http://undesrecht.juris.de/bundesrech/genG/iridex.html>.

<sup>39</sup> § 13 GenG: *VorderEintragung in das Genossenschaftsregister ihres Sitzes hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht*; por. R. Wacker, *Die Vorgesellschaften als Gesellschaften besonderer Art*, Würzburg 1963, s. 4; J.C. Schmidt-Leithoff, *Die Rechtslage der nichteingetragenen Dauer-genossenschaft. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der § 22 und 54 BGB*, Hamburg 1965, s. 10–11.

rejestrze istnieje przedspółdzielnia (*Vorgenossenschaft*) jako osoba prawna w trakcie tworzenia (§ 5 GenG). Okres ten jest także określany jako etap „dojrzejącej” osoby prawnej („*heranreifende juristische Person*”)<sup>40</sup>. Spółdzielnię może założyć co najmniej siedem osób (§ 4 GenG). Spółdzielnie występują w obrocie w charakterze przedsiębiorców w znaczeniu kodeksu handlowego (HGB), chyba że ustawa dotycząca spółdzielni stanowi inaczej. Spółdzielnia zarejestrowana (*eingetragene Genossenschaft*), jako posiadająca osobowość prawną zrzeszenie osobowe prawa prywatnego, jest tak jak spółka z o.o. i spółka akcyjna produktem ustawowo przewidzianego procesu założycielskiego<sup>41</sup>. Dlatego też opinie, orzeczenia czy opracowania odnoszące się do przedspółki, zwłaszcza do przedspółki z o.o.<sup>42</sup>, są zazwyczaj stosowane do spółdzielni przed rejestracją. Rejestracja nie wiąże się z utworzeniem spółdzielni, lecz z nabyciem przez założoną już spółdzielnię cech spółdzielni zarejestrowanej.

W organizacyjnym okresie spółdzielni można wyróżnić dwa odrębne od siebie etapy<sup>43</sup>, kolejno: stadium tzw. spółdzielni założycielskiej (przedzałożycielskiej – *Vorgrundungsgesellschaft*), oraz stadium przedspółdzielni<sup>44</sup>. Status spółki cywilnej jest odnoszony do spółdzielni założycielskiej. Natomiast przedspółdzielnia jest określana jako swoistego rodzaju struktura korporacyjna będąca spółdzielnią niezarejestrowaną<sup>45</sup>. Spółdzielnia założycielska jest zrzeszeniem osób mających za zadanie utworzenie spółdzielni. Do zrzeszenia tego zastosowanie mają przepisy BGB o spółce (§ 705–740 BGB). Mogą też znaleźć zastosowanie przepisy HGB o spółce jawnej (§ 105–160 HGB), gdy zakładanie spółdzielni jest realizowane przez prowadzenie przedsiębiorstwa handlowego, powstałego lub nabytego dla przyszłej spółdzielni<sup>46</sup>. Spółdzielnia założycielska powstaje w chwili zawarcia porozumienia, którego przedmiotem jest zgodny i wiążący zamiar stron współdziałania na rzecz utworzenia spółdzielni. Na podstawie tego porozumienia

<sup>40</sup> L. Schnorr von Carolsfeld, *Genossenschaften ohne Rechtsfähigkeit*, „Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen” 1984, s. 46.

<sup>41</sup> Tak F. Kibler, *Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 1999, s. 320; podobnie C. Hillgruber, *Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten. Über den Anfang und das Ende der Rechtsfähigkeit im öffentlichen Recht*, „Juristenzeitung” 1997, s. 975 i 980–981.

<sup>42</sup> Tak C. Zulch, *Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Vor-Genossenschaft*, Hamburg 1964, s. 4 i 122.

<sup>43</sup> S. Szer w Głosie do orzeczenia SN z dnia 9 sierpnia 1958 r. (OSP 1960, poz. 250) wskazuje, iż na tle przepisów BGB oraz ustawy o spółdzielniach z 1 maja 1889 r. z licznymi późn. zm. rozróżnia się w okresie poprzedzającym powstanie spółdzielni, jako osoby prawnej, następujące stadia: 1) do czasu zatwierdzenia statutu przez założycieli – spółkę cywilną, której jedynym celem jest zorganizowanie spółdzielni; 2) od chwili takiego zatwierdzenia powstaje organizacja korporacyjna o charakterze stowarzyszenia nieposiadającego zdolności prawnej i istnieje ona do chwili zarejestrowania (do takiego stowarzyszenia, stosownie do § 54 BGB, stosuje się przepisy o spółce); 3) z chwilą zarejestrowania powstaje spółdzielnia (por. H. Paulick, *Das Recht der eingetragenen...*, op. cit., s. 100–103).

<sup>44</sup> Tak M. Trzebiatowski, *Spółdzielnia przed rejestracją w prawie niemieckim*, KPP 2002, z. 4, s. 853.

<sup>45</sup> F. Kibler, op. cit., s. 320–321; E. Metz, w: J. Lang, L. Weidmüller, E. Metz, H.J. Schaffland (red.), *Gesellschaftsrecht. Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Kommentar*, Berlin–New York 1988, uw. 2 i 4 (§ 13).

<sup>46</sup> E. Hettrich, P. Pohlmann, B. Graser, R. Röhrich, *Genossenschaftsgesetz. Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften*, München 2001, uw. 2–3 (§ 13).

wszyscy wspólnicy (przyszli członkowie spółdzielni) są uprawnieni do prowadzenia spraw i reprezentacji utworzonej przez nich spółdzielni założycielskiej. Przyjmuje się, że umowa spółdzielni założycielskiej jest umową zawartą na czas określony, tzn. do osiągnięcia swojego celu: albo spisania statutu spółdzielni, albo niedojścia do jego podpisania – w takim przypadku spółdzielnia założycielska ulega rozwiązaniu (§ 726 BGB)<sup>47</sup>. Natomiast przedspółdzielnia stanowi także zrzeczenie osób, ale już jako członków założonej spółdzielni (zrzeczenie założycieli), gdyż powstaje ona wraz z podpisaniem jej statutu<sup>48</sup>. Z tą też chwilą tworzy się struktura korporacyjna, która umożliwia prawne utworzenie związku założycieli w formie spółdzielni<sup>49</sup>. Do zrzeczenia założycieli stosuje się odpowiednio przepisy GenG, gdyż istnieje ono jako spółdzielnia. Celem przedspółdzielni jest przede wszystkim doprowadzenie do jej rejestracji i poprzez to do nabycia osobowości prawnej i stania się spółdzielnią zarejestrowaną. Rozwiązanie przedspółdzielni następuje przez likwidację. Władza reprezentacyjna zarządu przedspółdzielni jest ograniczona do czynności służących prawnemu i faktycznemu powstaniu spółdzielni (czynności założycielskie lub przygotowawcze – *Grundungsgeschäfte, Vorbereitungsgeschäfte*)<sup>50</sup>.

Odpowiedzialność spółdzielni rozpoczyna się z momentem wpisania jej do rejestru, ponieważ wówczas uzyskuje ona zdolność prawną, tj. zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków (§ 13, 17 GenG). Członków przedspółdzielni obowiązuje nieograniczona, ale wewnętrzna i proporcjonalna odpowiedzialność za jej zobowiązania. BGB w § 54 zd. 2 stanowi, iż za czynność prawną, która jest podejmowana w imieniu związku względem osoby trzeciej, osoba działająca odpowiada osobiście; jeżeli działa kilka osób, odpowiadają one jako dłużnicy solidarnie. Przepis ten jest równoważny z § 11 ust. 2 GmbHG i § 41 ust. 1 AktG, regulującymi kwestię odpowiedzialności osób działających w imieniu spółek kapitałowych przed ich zarejestrowaniem. Członkowie przedspółdzielni odpowiadają za jej zobowiązania tak jak wspólnicy spółki z o.o. i akcyjnej w organizacji za zobowiązania tej spółki<sup>51</sup> (Vor-GmbH lub Vor-AG). Istnieje zatem odpowiedzialność solidarna przedspółdzielni i jej członków, którzy odpowiadają bez ograniczeń. Wraz z wpisem spółdzielni do rejestru założyciele przedspółdzielni są zwalniani z odpowiedzialności wobec osób trzecich za zaciągnięte zobowiązania konieczne do zarejestrowania i powstania spółdzielni, która to odpowiedzialność przechodzi *ex lege* na spółdzielnię jako osobę prawną (§ 2, 23 GenG). Do przeniesienia pozostałych zobowiązań niezbędne jest ich zatwierdzenie (przejęcie) przez spółdzielnię zarejestrowaną<sup>52</sup>. Określa się to także w ten sposób, iż spół-

<sup>47</sup> Tak M. Trzebiatowski, op. cit., s. 854–855.

<sup>48</sup> L. Schnorr von Carolsfeld, op. cit., s. 46.

<sup>49</sup> H.P. Kempermann, *Gründungsgenossenschaft und Gründungs-GmbH*, Munster 1968, s. 15–16.

<sup>50</sup> H.P. Kempermann, op. cit., s. 93 i 99; E. Metz, op. cit., uw. 6–7 (§ 13).

<sup>51</sup> Orzeczenie BGH – Bundesgerichtshof Rechtskraftig, Urt. v. 10.12.2001 – (II ZR 89/01). Zur Haftung der Mitglieder einer Vor-Genossenschaft: *Verbindlichkeiten wie die Gesellschafter einer Vor-GmbH für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft*.

<sup>52</sup> E. Metz, op. cit., uw. 12 (§ 13); P. Pöhlmann, op. cit., uw. 8 (§ 13); K.H. Steder, w: R. Schubert, K.H. Steder, *Genossenschaftshandbuch. Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, München 1994, uw. 4 (§ 13).

dzielnia zarejestrowana odpowiada bezwzględnie wobec kontrahentów z tytułu czynności prawnych dokonanych w jej imieniu przed zarejestrowaniem wtedy, gdy osoby działające posiadały upoważnienie do dokonywania tych czynności, a odpowiedzialność osób działających jest akcesoryjna wobec odpowiedzialności samej spółdzielni i dlatego ustaje w chwili jej wpisu do rejestru<sup>53</sup>. Z kolei, jeżeli osoby działające nie miały odpowiedniego upoważnienia, spółdzielnia jest wolna od odpowiedzialności. W tym zakresie osoby działające odpowiadają samodzielnie na warunkach występowania jako *falsus procurator*. Uwolnienie ich od odpowiedzialności nie następuje automatycznie przez rejestrację, ale tylko na mocy zatwierdzenia ich czynności przez spółdzielnię zarejestrowaną, to jest uznania przez nią tych czynności za skuteczne wobec niej samej<sup>54</sup>. Założyciele przedspółdzielni podlegają wewnętrznej odpowiedzialności wobec pozostałych członków spółdzielni za zaciągnięte zobowiązania (§ 2, 13, 17, 23 GenG; § 93 InsO<sup>55</sup>).

## VI. UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE

Uregulowania występujące w prawie polskim w zakresie osobowości prawnej spółek osobowych i kapitałowych są bardzo zbliżone do prawa niemieckiego. W czasie prac nad projektem ustawy – Kodeks spółek handlowych prezentowane były poglądy, np. przez A. Kleina i J. Frąckowiaka, iż spółki osobowe powinny być, wzorem prawa francuskiego, wyposażone w osobowość prawną. Jednak zdaniem K. Kruczałaka i S. Sołtysińskiego spółkom osobowym należało przyznać, wzorem prawa niemieckiego, jedynie zdolność prawną, zdolność sądową, układową i upadłościową. Koncepcja tych ostatnich autorów została przyjęta w art. 8 § 1 k.s.h., z tym że aby podkreślić ułomną osobowość prawną spółki osobowej nie tylko w stosunkach zewnętrznych, ale i wewnętrznych, ostatecznie wyraźnie przyjęto, że spółka osobowa może we własnym imieniu nabywać prawa, także własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Zatem w prawie polskim spółki osobowe, takie jak spółka cywilna, jawna, komandytowa, partnerska, wzorem ustawodawcy niemieckiego, nie uzyskały osobowości prawnej. W prawie niemieckim spółki osobowe nie posiadają osobowości prawnej. Są to *quasi-osoby prawne* (*Quasi-juristische Personen*), ponieważ na podstawie § 124 ust. 1 HGB spółka jawna może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Z kolei do spółki

<sup>53</sup> Tak P. Pöhlmann, op. cit., uw. 7 (§ 13).

<sup>54</sup> Ibidem, uw. 6 (§ 13); tak też D. Reuter, w: K. Rebmann, F.J. Sacker (red.), *Miinchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, *Allgemeiner Teil* (§ 1–240); AGB-Gesetz, München 1993, uw. 92 (§ 21, 22).

<sup>55</sup> Insolvenzordnung (InsO) – Uporządkowanie niewypłacalności (InsO), Insolvenzordnung z dnia 5 października 1994 r. (BGBl I 2866), [http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/04\\_materialien/inso\\_text/indexa.html](http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/04_materialien/inso_text/indexa.html); § 93 reguluje odpowiedzialność osobistą wspólników, stanowiąc, iż w postępowaniu upadłościowym dotyczącym spółki bez osobowości prawnej albo spółki komandytowo-akcyjnej ma miejsce osobista odpowiedzialność wspólników za zobowiązania tej spółki i jedynie zarządca masy upadłości może pociągnąć wspólników do tej odpowiedzialności.

komandytowej, w sprawach nie uregulowanych, stosuje się przepisy dotyczące spółki jawnej (§ 161 ust. 2 HGB). W przeciwieństwie do prawa niemieckiego, prawo francuskie przyznaje osobowość prawną spółce cywilnej, jawnej, komandytowej, które to spółki powstają jako osoby prawne z chwilą wpisu do rejestru handlowego<sup>56</sup>.

W prawie brytyjskim spółki typu *partnership* są porównywalne ze spółkami osobowymi w systemach prawnych państw Europy kontynentalnej. Zbliżone są one do osobowych spółek handlowych prawa niemieckiego. Wśród spółek typu *partnership* wyróżnia się *partnership* o charakterze ogólnym (*general partnership*), tj. spółkę zwykłą zwaną także spółką jawną, oraz *partnership* jako spółkę zwykłą z ograniczoną odpowiedzialnością części wspólników zwaną także spółką komandytową (*limited partnership*). *Partnership* nie jest w angielskim systemie prawnym osobą prawną. Jednak stanowi ona w obrocie odrębną jednostkę o pewnych własnych prawach i obowiązkach, co dotyczy zwłaszcza spraw procesowych, podatkowych, zatrudnienia i częściowo także własnościowych. Osoby tworzące *partnership* zgodnie z *Partnership Act* z 1890 r. (PA) nazywane są „*firm*”, czyli działają jako wyodrębniona jednostka i prowadzą wspólną działalność pod nazwą *firm-name*<sup>57</sup>. Nie oznacza to jednak, że *firm* jest w Anglii odrębną od wspólników osobą prawną<sup>58</sup>. W Szkocji natomiast *firm* posiada odrębną osobowość prawną<sup>59</sup>. *Limited Partnership* podlega obowiązkowej rejestracji, bez której uważana jest za *general partnership*, a wspólnicy z ograniczoną odpowiedzialnością – za wspólników w pełni odpowiedzialnych za długi spółki. Rejestracja polega na wciągnięciu wymaganych zgłoszeń do odpowiedniej dokumentacji i wydaniu świadectwa o dokonaniu rejestracji (*certificate of registration*).

Spółka partnerska i spółka komandytowo-akcyjna uregulowane w polskim k.s.h. to nowe instytucje, nie występujące w kodeksie handlowym z 1934 r. Pierwsza z nich jest wzorowana na amerykańskiej *Limited Liability Partnership* i *Limited Liability Company* oraz niemieckiej *Partnerschaftsgesellschaft*. Spółki komandytowo-akcyjne działające na podstawie obcych przepisów (prawo niemieckie, francuskie, austriackie) są spółkami kapitałowymi, wyposażonymi w osobowość prawną<sup>60</sup>. W kodeksie spółek handlowych spółki te zaliczono do spółek osobowych nieposiadających osobowości prawnej, mimo że przyjęto jednocześnie odwołanie i odpowiednie stosowanie do nich przepisów o spółce akcyjnej. Przewidziano też funkcjonowanie w spółce komandytowo-akcyjnej ta-

<sup>56</sup> Zob. Ph. Merle, *Dront commercial. Societes commerciales*, Dalloz, Paris 1994, s. 83 i n.

<sup>57</sup> Art. 4 ust. 1 PA: *Persons who have entered into partnership with one another are for the purposes of this Act cali collectively a firm, and the name under which their business is carried on is called the firm-name.*

<sup>58</sup> Sprawa *Income Tax Commissioners v. Gibbs* [1942] A.C. 402, s. 413.

<sup>59</sup> Art. 4 ust. 2 PA: *In Scotland a firm is a legal person distinct from the partners of whom it is composed (...).*

<sup>60</sup> Por. K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, wyd. 4, Warszawa 1998, s. 151–152. Por. też C. Podsiadlik, *Spółka komandytowo-akcyjna w prawie francuskim w aspekcie projektowanych zmian kodeksu handlowego*, „Prawo Spółek” 1998, nr 7–8, s. 46–54.

kich organów jak rada nadzorcza, typowa dla spółek kapitałowych<sup>61</sup>. Spółka partnerska (*Limited Liability Partnership* – LLP) w prawie amerykańskim podlega rejestracji, ale wiele stanów uzależnia dokonanie wpisu do rejestru od uzyskania obowiązkowego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej<sup>62</sup>. LLP posiada osobowość prawną na podstawie art. 2 § 201 ust. a *Uniform Partnership Act* (UPA)<sup>63</sup>. W prawie niemieckim osobowość prawną posiadają spółki kapitałowe, jak spółka komandytowo-akcyjna (KGaA), spółka z o.o. (GmbH) i spółka akcyjna (AG), oraz zarejestrowane spółdzielnie. Podmioty te uzyskują osobowość prawną w momencie zarejestrowania w rejestrze handlowym.

Z kolei instytucja spółki z o.o. w organizacji oparta została, jak podkreślają autorzy projektów k.s.h., na najnowszych rozwiązaniach judykatury oraz doktryny niemieckiej, holenderskiej i amerykańskiej. Autorzy ustawy wyszli z założenia, że „(...) tzw. przedspółka nie jest spółką cywilną, lecz swoistym podtypem spółki docelowej”<sup>64</sup>. Nawiązuje to do niemieckiej koncepcji przedstawionej przez M. Luttra, zgodnie z którą spółka z o.o. w organizacji jest *sui generis nasciturum* spółki docelowej. Spółka z o.o. w organizacji rozumiana jest w systemie brytyjskim jako zespół relacji zobowiązaniowych, skupionych wokół celu, jakim jest powstanie spółki jako osoby prawnej. Spółki te podlegają systemowi normatywnemu, którego cechą jest nabycie osobowości prawnej przez spółkę w momencie rejestracji, po spełnieniu wymogów ustawowych, tj. wpisaniu do właściwego rejestru danych o prawidłowo powstałej spółce (*incorporation*)<sup>65</sup>. A zatem od zawarcia umowy tej spółki do jej zarejestrowania mamy do czynienia z podmiotem „w organizacji”<sup>66</sup>. Spółka z o.o. przed rejestracją i wydaniem

<sup>61</sup> W art. 8 § 1 k.s.h. przyjęto, że spółka osobowa może we własnym imieniu nabywać prawa, w tym własność nieruchomości i inne prawa rzeczowe, zaciągać zobowiązania, pozywać i być pozywana. Rezygnacja z nadania spółkom osobowym osobowości prawnej i utrzymania wobec nich statusu tzw. ułomnych osób prawnych była, zdaniem twórców kodeksu, uzasadniona m.in. względami podatkowymi, por. *Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo spółek handlowych*, „Prawo Spółek” 1999, nr 5; zob. też kolejne wersje projektu kodeksu spółek handlowych opublikowane w „Studia Prawnicze” – S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Ustawa – Prawo spółek handlowych, projekt z dnia 20 maja 1998 r. wraz z uzasadnieniem*, „Studia Prawnicze” 1998, nr 1–2 oraz projekt z dnia 31 marca 1999 r. wraz z uzasadnieniem, „Studia Prawnicze” 1999, nr 1–2 oraz w „Prawo Spółek” 1999, nr 3 (projekt z dnia 27 stycznia 1999 r.); por. też A. Kappes, *Uwagi o reformie prawa spółek*, „Palestra” 1999, nr 9–10, s. 9.

<sup>62</sup> Zob. M.I. Lubaroff, B.L. Schorr, *Forming and Rusing Limited Liability Companies and Limited Liability Partnerships* 1994, New York 1993, s. 528.

<sup>63</sup> Art. 2 § 201 ust. a UPA: *A partnership is an entity distinct from its partners*; zob. też M. Aslanowicz, *Podmiotowość prawna spółki partnerskiej na tle pozostałych osobowych spółek handlowych*, PPH 1999, nr 4, s. 22.

<sup>64</sup> S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Uzasadnienie projektu ustawy Prawo spółek handlowych*, „Przegląd Legislacyjny” 1999, nr 1, s. 203.

<sup>65</sup> Jak wskazuje M. Trzebiatowski, *Spółka z o.o. w organizacji...*, op. cit., s. 239, system brytyjski nadal utrzymuje w mocy tradycyjne procedury powstawania korporacji oparte na koncesji. Stąd też wskazuje się w tym systemie na podział korporacji na korporacje koncesjonowane (*chartered corporations*) i korporacje normatywne (*statutory corporations*). Do tych ostatnich zaliczane są spółki, ale także wśród spółek występują takie, których powstanie zależy od wydania odpowiedniego dokumentu państwowego, tj. zezwolenia królewskiego (*royal charter*) lub aktu parlamentu (*act of parliament*).

<sup>66</sup> Przeważnie odmawia się spółce z o.o. przed rejestracją kwalifikacji spółki jako wstępnej postaci spółki z o.o., na co wskazują następujące orzeczenia: z 1982 r. w sprawie *Customs and Excise*

zaświadczenia o rejestracji nie istnieje w ogóle jako spółka<sup>67</sup>. Zgodnie z orzecznictwem brytyjskim<sup>68</sup> nie jest możliwe zawieranie umów w imieniu spółki na etapie jej organizacji, gdyż nie ma ona przed rejestracją zdolności prawnej, a nie-możliwe jest działanie w imieniu podmiotu, który nie istnieje. To założyciele są stroną tego rodzaju umów.

Natomiast odnośnie do przedspółdzielni w prawie polskim to zgodnie z art. 11 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze<sup>69</sup> spółdzielnia nabywa osobowość prawną z chwilą wpisania jej do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS). W okresie przed zarejestrowaniem może ona wykonywać jedynie działalność usprawiedliwioną wymogami procesu założycielskiego. Na tę działalność składają się zatem czynności nakazane ustawą, bez których spółdzielnia nie mogłaby powstać, jak na przykład powołanie zarządu i rady nadzorczej oraz zgłoszenie założenia spółdzielni do rejestru, a także czynności prawne ściśle związane z jej założeniem, jak np. zawieranie umów o pracę czy najmu<sup>70</sup>. Za czynności dokonane w interesie spółdzielni przed zarejestrowaniem osoby działające do chwili jej zarejestrowania odpowiadają wobec osób trzecich solidarnie. Za zobowiązania wynikające z tych czynności spółdzielnia odpowiada po zarejestrowaniu tak jak za zaciągnięte przez siebie, a osoby działające przed zarejestrowaniem ponoszą odpowiedzialność wobec spółdzielni. Zbliżone uregulowania w tym zakresie występują w prawie niemieckim, w którym odpowiedzialność spółdzielni rozpoczyna się z momentem wpisania jej do rejestru, a osoby działające w imieniu przedspółdzielni odpowiadają za zaciągnięte zobowiązania osobście i z momentem wpisania spółdzielni do rejestru zostają zwolnione z tej odpowiedzialności wobec osób trzecich, gdyż odpowiedzialność przechodzi *ex lege* na spółdzielnię jako osobę prawną. W polskiej doktrynie odrzucono pogląd, że statut oraz inne uchwały podjęte przed rejestracją należy traktować jako

*Commissioners v. Wells*, 1 All.E.R. 920, 923 oraz z 1987 r. w *SPRAWIO Rover International Ltd. v. Canzon Films Sales Ltd.*, B.C.L.C. 540 i 543.

<sup>67</sup> Należy wskazać tu kilka orzeczeń, w których w odniesieniu do innych form organizacyjnych niż spółka z o.o. i akcyjna, tj. odnośnie do stowarzyszeń i związków zawodowych, stworzono dwie konstrukcje prawne, w których formy te występują przed ich ostatecznym prawnym utworzeniem. Jedną z nich jest tzw. spółka faktyczna (*de-facto Corporation*), a drugą tzw. quasi-spółka (*quasi-corporation*). Różnice pomiędzy nimi są nieznaczne. Są to podmioty, których inkorporacja, powstanie nie zostało jeszcze zakończone lub nastąpiło zawieszenie, rozwiązanie, ale podmiot kontynuuje działalność. Także spółka z o.o. w organizacji posiada cechy właściwe dla tych konstrukcji, tj. m.in. specyfikę danej sytuacji i jej wymogów, zamierzone i jednoznaczne działanie założycieli w celu powstania spółki oraz funkcjonowanie założycieli i przyszłych wspólników w ramach struktury korporacyjnej. Powyższe konstrukcje mają swoje źródło w nauce amerykańskiej, ale znalazły także odzwierciedlenie w doktrynie brytyjskiej, np. w orzeczeniach: CApp z 1954 w sprawie *Bonsor v. Musicians Union*, Ch.D. 479 i 507 (odnośnie do *trade unions*); z 1956 r. w sprawie *I.R.C. v. BewEstate Ltd.*, Ch.D. 407 i 415; ACpp z 1964 w sprawie *Willis v. Association of Universities of the British Commonwealth*, 2 All.R.R. 39 oraz z 1964 r. w sprawie *Knigh and Seale v. Dove*, 2 All.E.R. 307.

<sup>68</sup> Por. orzeczenie z 1904 r. w sprawie *Natal Land & Colonization Co. Ltd. v. Pauline Colliery & Development Syndicate*, A.C. 120 oraz z 1953 r. w sprawie *Newborne v. Sensolid Ltd.*, 1 Q.B. 45 i 47 i inne.

<sup>69</sup> Ustawa z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.

<sup>70</sup> S. Szer, *Glosa*, OSP 1960, z. 9, s. 550.

umowę spółki cywilnej lub spółki szczególnego rodzaju<sup>71</sup>. Wskazywane jest, iż w okresie poprzedzającym zarejestrowanie spółdzielni chodzi jedynie o proces założycielski i wzajemne zobowiązanie się założycieli do doprowadzenia tego procesu do końca w celu utworzenia spółdzielni<sup>72</sup>. Poglądy, że do spółdzielni przed rejestracją można stosować przepisy o spółce cywilnej, były odnoszone do nieobowiązującej już regulacji zawartej w ustawie z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej<sup>73</sup>, która nadawała spółkom cywilnym miano podmiotu gospodarczego (obecnie przedsiębiorcy). A zatem przepisy te traktowały spółkę cywilną jako samodzielną jednostkę organizacyjną. Poglądy te stały się nieaktualne po wejściu w życie z dniem 1 stycznia 2001 r. ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej<sup>74</sup>, gdyż art. 2 ust. 3 tej ustawy uznał za przedsiębiorców wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, a nie samą spółkę. Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej<sup>75</sup> zawiera analogiczny zapis w art. 4.

Takie same zasady jak w przypadku spółdzielni przed rejestracją odnoszą się do działań przedrejestracyjnych założycieli stowarzyszenia<sup>76</sup>. W prawie polskim do przedstowarzyszenia stosują się uregulowania zbliżone do prawa niemieckiego. Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach wprowadziła zasadę sądowej rejestracji stowarzyszeń, tworzonych pod jej rządami. Ustawa ta wyróżnia dwa rodzaje stowarzyszeń: stowarzyszenia zwykłe i stowarzyszenia, a ponadto umożliwia tworzenie związków stowarzyszeń. Tak jak w prawie niemieckim, stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną i może rozpocząć działalność z chwilą wpisania do rejestru (art. 17 ust. 1 Pr. stów.). Ustawa ta określa stowarzyszenie zwykłe jako uproszczoną formę stowarzyszenia niemającego osobowości prawnej (art. 40 ust. 1). Uproszczenie formy polega na tym, że minimalna liczba założycieli wynosi trzy osoby. Stowarzyszenie zwykłe nie jest wpisywane do rejestru, a tylko założyciele informują na piśmie o jego powstaniu organ nadzoru właściwy ze względu na przyszłą siedzibę stowarzyszenia. Podmiotem praw w stosunkach cywilnoprawnych są tylko członkowie tego stowarzyszenia. Tak jak przedstowarzyszenie w prawie niemieckim stowarzyszenie „w organizacji” w prawie polskim jest reprezentowane przez członków założycieli, a za jego zobowiązania zaciągnięte przed rejestracją odpowiada każdy jego członek majątkiem osobistym.

Z przedstawionej analizy wynika, że w polskim prawie cywilnym widać obecnie wyraźnie dążenie do upowszechnienia zdolności prawnej jednostek or-

<sup>71</sup> K. Pietrzykowski, *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990, s. 94–95; R. Bierzanek, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1989, s. 61.

<sup>72</sup> S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 262–263.

<sup>73</sup> Dz.U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

<sup>74</sup> Ustawa z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej, Dz.U. z 1999 r., Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.; ustawa ta weszła w życie łącznie z kodeksem spółek handlowych oraz ustawą o KRS.

<sup>75</sup> Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

<sup>76</sup> Ustawa z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 z późn. zm.

ganizacyjnych i nadania im nie tylko podmiotowości prawnej, jak to nastąpiło zwłaszcza wobec handlowych spółek osobowych i innych podmiotów, ale pełnej osobowości. Tego rodzaju podejście wynika ze zgromadzonych doświadczeń m.in. systemu francuskiego i z obserwacji coraz śmielszych rozwiązań niemieckich w zakresie nadawania osobowości prawnej.

### ENTITIES WITHOUT LEGAL PERSONALITY IN ACCORDANCE WITH GERMAN LAW COMPARATIVE LAW REMARKS

The study presents the situation of entities without legal personality in the German law. An association in formation (*Vorvereine*) is an entity which, on the base of association registration, can acquire legal personality and become a formal association and take on rights and obligations. Association is a form used mainly for social reasons like sports, help for disabled people, literature, etc. Each of the members of the association has joint and several liabilities for the obligations of the association *before* registration (association in formation) unless a creditor acts in the justified belief that the association is registered.

There are also unregistered associations which have legal capacity for certain actions but do not have a legal personality. These associations are regulated by § 54 BGB (Civil code), the articles concerning civil partnership (§ 705 and subsequent of BGB) and the regulations applying to registered associations with legal personality.

The study also describes partnerships, dividing them into civil partnerships (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts* BGB-G (§ 705–740 BGB), general partnerships (*Offene Handelsgesellschaft* OHG (§ 105) regulated by Commercial Code from 10 May 1897 (HGB) and limited partnerships – *Kommanditgesellschaft* KG (§ 161). Partnerships do not have a legal personality but, on the base on § 124 item 1 HGB, general and limited partnerships have legal capacity. This partnership may, in its own name, acquire rights, including the ownership of real estates and other property rights, assume obligations, sue and be sued. These regulations are very similar to the Polish commercial code with regard to partnerships (art. 8 § 1). In the German doctrine there is controversy concerning the definition of the third type of entity like partnerships, companies in formation or unregistered associations. In a limited partnership, at least one partner (general partner) bears unlimited liability towards the creditors for obligations of the partnership, and at least one partner (limited partner) bears limited liability (§ 161 HGB). The act of 25 July 1994 r. regulates the Limited Liability Partnerships in German law for the Professional firms. These partnerships have legal capacity and are registered.

In the case of companies in formation (in organization – *Vorgesellschaft*; in *Grundung*) the German doctrine pointed out three stages: 1) before signing the company contract (*Vor-Griindungsgesellschaft*), 2) company in organization af-

ter concluding the contract (*Yorgesellschaft*) and 3) company after registration (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). Companies in organization have legal capacity. They may, in their own name acquire rights (e.g. open the bank account), assume obligations. The business name of a company in organization contains the additional designation „i. G.” or *in Gründung*. According to the part of doctrine opinion shareholders of a company in organization are liable, jointly and severally with the company, for its liabilities up to the value of the unpaid contribution. The article also describes the situation of cooperatives in formation (*Vorgenossenschaft*) which exist before the cooperative registration. On the basis of registration cooperatives obtain legal personality. The study contains comparative remarks concerning Polish, French and English law in the scope of entities without legal personality.



PIOTR ZAKRZEWSKI

## POJĘCIE UDZIAŁU W POLSKIM I OBCYM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

### I. WSTĘP

Udział występuje nie tylko w prawie spółek handlowych, ale również w prawie spółdzielczym<sup>1</sup>. Na tym właśnie obszarze analiza instytucji udziału wydaje się szczególnie pożądana. Na gruncie obecnego prawa rodzą się wątpliwości dotyczące znaczenia pojęcia udziału, jego charakteru prawnego czy relacji do stosunku członkostwa. Analiza wybranych europejskich systemów prawnych pokazuje jednak, że nie istnieje jeden uniwersalny model normatywny udziału. Ustawodawcy poszczególnych państw, a w ślad za nimi przedstawiciele nauki różnią się w ocenie tej instytucji prawnej. Niniejszy artykuł stawia sobie za zadanie wychwycenie wspomnianych różnic, podobieństw i wskazanie przyczyn warunkujących ich występowanie oraz próbę uchwycenia kierunków ewolucji. Taka analiza wydaje się pożądana w kontekście trwających od wielu lat wysiłków zmierzających do uchwalenia nowej ustawy, która zastąpi niedostosowaną do wymagań gospodarki rynkowej ustawę – Prawo spółdzielcze. Wprowadzenie w niej nowej regulacji udziału wydaje się szczególnie pożyteczne, a poniższe rozważania mogą okazać się w tym pomocne. Niezależnie od tego osobne znaczenie, z uwagi na zbliżający się termin wejścia w życie przepisów wprowadzających spółdzielnię europejską do prawa polskiego, ma zagadnienie udziału w tej ponadnarodowej formie spółki oraz relacji, w jakiej pozostaje on do swojego odpowiednika w ustawie – Prawo spółdzielcze.

### II. UDZIAŁ W NIEMIECKIM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

Niemiecka ustawa<sup>2</sup> posługuje się na oznaczenie udziału w spółdzielni terminem *Geschäftsanteil*, który oznacza udział w spółce<sup>3</sup>. Jest on zwłaszcza z naszej

<sup>1</sup> Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (k.s.h.), Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm. Ustawa z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (pr.sp.), Dz.U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.

<sup>2</sup> O spółdzielniach zarobkowych i gospodarczych (GenG), Federalny Dziennik Ustaw (FDL) z 1994 r., I, s. 2202.

<sup>3</sup> Zob. M. Lutter, *Wprowadzenie*, w: *Niemieckie ustawy o spółce z o.o. i spółce akcyjnej*, S. Hambura, A. Łukasik (tłum.), Warszawa 1999, s. XXVIII; M. Tarska, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Istota, ustrój, funkcjonowanie*, Warszawa 2003, s. 57.

perspektywy głęboko mylący z oczywistych względów. Aby uniknąć błędnych skojarzeń, będę na jego oznaczenie posługiwać się dalej terminem udział. Jest on w § 7 ust. 1 GenG definiowany jako kwota, do której pojedynczy członek może uczestniczyć wkładami w spółdzielni. Stosownie do takiego ujęcia H. Paulick stwierdza, że „udział oznacza jedynie wielkość rachunkową określającą najwyższą kwotę, do jakiej członek może uczestniczyć wkładami w spółdzielni”<sup>4</sup>.

Z powyższego ujęcia wynikają dwa oblicza udziału. Po pierwsze, jest to kwota wyrażona w statucie, do której członek może uczestniczyć kapitałowo w spółdzielni. Wyraża ona jedynie górne, potencjalne granice tego uczestnictwa, a nie oddaje rzeczywistego uczestnictwa członka w spółdzielni. Trudno oprzeć się wrażeniu, że głównym celem tak ukształtowanego udziału jest ograniczenie (limitowanie) finansowego zaangażowania się w spółdzielni. Po drugie, z takiej definicji udziału wynika, że uczestnictwo kapitałowe w spółdzielni wyraża się wniesionymi przez członka wkładami. Członek uczestniczy w spółdzielni wkładami. Przedstawione znaczenie udziału może dziwić, ale trzeba pamiętać, że spółdzielnia w założeniu jej twórców miała mieć wybitnie osobowy charakter. W ten sposób została wyrażona służebna rola kapitału w spółdzielni oraz osobowy, a nie kapitałowy charakter spółdzielni. Te rygorystyczne założenia okazały się nieaktualne, co było przyczyną nowelizacji ustawy. Wynikające z udziału ograniczenie kapitałowego zaangażowania się w spółdzielni może być złagodzone poprzez uczestniczenie więcej niż jednym udziałem, ale tylko wtedy, gdy statut to dopuszcza (§ 7a GenG)<sup>5</sup>. Udział w spółdzielni różni się zdecydowanie od udziału i uczestnictwa w spółce z o.o. Jest to wynikiem kapitałowego charakteru tej ostatniej. Udział oznacza tam m.in. część kapitału zakładowego. To od ustaleń wspólników zależy, jaką jego część każdy z nich obejmie (zob. art. 152, 153 i 157 § 1 pkt 5 k.s.h.). Nie występują przy tym żadne bariery ustawowe ograniczające obejmowanie kapitału zakładowego. Wpływa to oczywiście na rozmiar praw przysługujących członkowi w spółce z o.o.<sup>6</sup>

Udział w przedstawionym znaczeniu nie jest wyrazem prawnej przynależności członka do spółdzielni. Członkostwo od tak rozumianego udziału jest ściśle oddzielone i nie może być z nim utożsamiane. Udział nie wpływa na jego istnienie, ustanie czy zmianę praw członkowskich. Tak pojmowany udział nie może być przedmiotem rozporządzenia czy dziedziczenia.

<sup>4</sup> *Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Ein Lehr- und Handbuch*, Karlsruhe 1956, s. 173; E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, *Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungsrecht*, München 2000, s. 126; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1997, s. 1270.

<sup>5</sup> Możliwość taką dała ustawa o zmianie ustawy o spółdzielniach zarobkowych i gospodarczych z 9 października 1973 r., FDU, I, s. 1451.

<sup>6</sup> Zob. szerzej m.in. A. Szajkowski, M. Tarska, w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 150–151*, t. II, Warszawa 2005, s. 36–37, 42–43; A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 35; I. Weiss, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2005, s. 343; K. Kruczałak, *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 159 i n.; R. Potrzeszcz, w: R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2001, s. 135 i n.; M. Tarska, op. cit., s. 188 i n.

Jednak przedstawione wyżej pojęcie udziału spotkało się z krytyką. Punktem wyjścia stał się termin *Geschäftsanteil*, który występuje także w ustawie o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością<sup>7</sup> (§ 14 GmbHG). Oznacza on tam sumę wszystkich praw i obowiązków wspólnika<sup>8</sup>. Tymczasem wspomniany termin w prawie spółdzielczym ma inne znaczenie, a członkostwo w spółdzielni pozostaje bezimienne. Stąd propozycja, aby przez pojęcie udziału w spółdzielni rozumieć w przyszłym unormowaniu członkostwo. Dzięki temu termin *Geschäftsanteil* uzyskałby jednolite znaczenie w całym prawie spółek. Stąd propozycja nowelizacji § 7 GenG: „Statut powinien określać najwyższą liczbę udziałów, którą członek może objąć”<sup>9</sup>.

Ustawa niemiecka obok *Geschäftsanteil* wyróżnia także *Geschäftsguthaben*<sup>10</sup>. Jego odpowiednikiem w języku polskim może być termin udział bilansowy<sup>11</sup>. Jest on wyrazem majątkowego zaangażowania członka w spółdzielni. Według H. Paulicka przedstawia on właściwe „uczestnictwo” członka w spółdzielni<sup>12</sup>. V. Beuthien definiuje go jako: „kwotę, którą pojedynczy członek uczestniczy stosownie do bilansu finansowo w spółdzielni”<sup>13</sup>. Przygotowany w latach sześćdziesiątych XX w. projekt ustawy spółdzielczej<sup>14</sup>, opierając się na zgodnych poglądach nauki, opisywał go w § 40 projektu jako: wpłaty członka na udział powiększone o przypadający zysk i pomniejszone o przypadającą stratę.

Ocena natury prawnej udziału kapitałowego ulegała zmianie. Z piśmiennictwa z połowy lat pięćdziesiątych pochodzi pogląd zakładający, że udział bilansowy to warunkowe i terminowe roszczenie o wypłatę oszacowanej należności, uzależnione od wystąpienia ze spółdzielni lub likwidacji spółdzielni. Jest on wiarygodnością związaną z członkostwem, będącą ekwiwalentem za przekazane do majątku spółdzielni wpłaty oraz nieodebraną, ale dopisaną część zysku. Z chwilą ustania członkostwa powstaje roszczenie o spłatę<sup>15</sup>. Zbliżone stanowisko wyraził w doktrynie polskiej S. Szer, według którego udział w spółdzielni stanowi prawo majątkowe o charakterze obligacyjnym, z którego wynikają roszczenia spółdziel-

<sup>7</sup> Dziennik Ustaw Rzeszy Niemieckiej (DURN) z 1898 r., s. 477 z późn. zm.

<sup>8</sup> M. Lutter, op. cit., s. XXVIII; M. Tarska, op. cit., s. 57.

<sup>9</sup> E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, op. cit., s. 126–127.

<sup>10</sup> Zob. § 21 GenG oprocentowanie udziału bilansowego, § 22 ust. 4 GenG zakaz zwrotu udziału bilansowego w trakcie trwania członkostwa, § 73 ust. 2 GenG rozliczenie z ustępującym członkiem, § 76 GenG przeniesienie udziału bilansowego.

<sup>11</sup> Zob. J. Kosik, *O spółkach ks. Augustyna Szamarzewskiego pod zaborem pruskim w latach 1872–1891*, Warszawa 1992, s. 54; R. Zakrzewski, *Majątek spółdzielni*, Warszawa 2003, s. 67, przyp. 90.

<sup>12</sup> Ibidem, s. 181.

<sup>13</sup> Zob. E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, op. cit., s. 127; R. Pöhlmann, w: E. Hettrich, P. Pöhlmann, B. Graser, R. Röhrich, *Genossenschaftsgesetz. Kommentar zu dem Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und zu umwandlungsrechtlichen Vorschriften für Genossenschaften*, München 2001, s. 30; K. Müller, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Erster Band (§ 1–33)*, Bielefeld 1991, s. 268.

<sup>14</sup> Referendarski projekt ustawy spółdzielczej, Komunikat Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości z 28 lutego 1962 r., sygn. akt 3520/2 – cyt. za V. Beuthien, U. Hiiskien, *Materialien zum Genossenschaftsgesetz III. Parlamentarische und sonstige Materialien (1923–1969)*, Marburg 1990, s. 352, 481.

<sup>15</sup> H. Paulick, op. cit., s. 172, 182.

cy przeciwko spółdzielni o wypłatę określonej kwoty pieniężnej w przypadku rozwiązania spółdzielni, wystąpienia z niej lub utraty członkostwa z innych powodów, jak wykluczenie, śmierć<sup>16</sup>. W nowszych publikacjach niemieckich można znaleźć pogląd przedstawiający naturę prawną udziału bilansowego jako ujęte bilansowo majątkowo-prawne jądro członkostwa, którego znaczenie przejawia się przy podziale zysku i straty, rozliczeniach z ustępującym członkiem, likwidacji lub przekształceniach organizacyjnych spółdzielni. Odmawia mu się jednak miana prawa podmiotowego członka<sup>17</sup>. Przedstawiony pogląd słusznie rozszerza znaczenie udziału bilansowego, nie ograniczając go jedynie do roszczenia przysługującego członkowi po ustaniu członkostwa lub likwidacji spółdzielni. Udział bilansowy może wpływać jedynie na rozmiar praw członka lub jego pozycję finansową w spółdzielni. Prawa członkowskie nie wynikają z takiego udziału. Nie jest on również tożsamy z członkostwem, choć pozostaje z nim w związku. Członkostwo jest więc od tak rozumianego udziału ściśle oddzielone. Określa ono prawa i obowiązki, na które pewien wpływ ma udział bilansowy. Wynikająca z udziału bilansowego więź majątkowa członka i spółdzielni ma wobec stosunku członkostwa charakter następczy, tzn. skutkiem powstania pierwszego jest obowiązek nawiązania drugiego.

W prawie niemieckim udział bilansowy (*Geschäftsguthaben*) może być przeniesiony, co nie jest równoznaczne z przeniesieniem członkostwa. Jego nabywcą może być inny członek spółdzielni lub osoba, która ma zostać do spółdzielni przyjęta (§ 76 GenG). Przeniesienie udziału służy tylko jednemu celowi. Jest to dogodny sposób wystąpienia ze spółdzielni, pozwalający uniknąć rozliczeń pomiędzy spółdzielnią i ustępującym członkiem. Z uwagi na przyjętą koncepcję udziału bilansowego nie jest możliwe określenie szerszych granic dysponowania nim. O tym, że ograniczenia budzą kontrowersje, świadczy dyskusja o dopuszczalności przeniesienia tylko części udziału bilansowego także w trakcie trwania członkostwa. Obecnie przeważa stanowisko negatywne, ale wysuwany jest postulat wprowadzenia takich zmian *de lege ferenda*<sup>18</sup>. Doprowadziłyby one do przełamania poglądu o jednolitym charakterze udziału bilansowego. Członek dysponowałby wieloma udziałami bilansowymi, którymi mógłby obrotować. Słabość koncepcji udziału bilansowego wynika także z trudności w ustaleniu jego natury prawnej, co ma praktyczne znaczenie przy przenoszeniu tego udziału. Przedmiotem obrotu nie jest prawo podmiotowe, lecz pewna wartość majątkowa<sup>19</sup>. Jest to zatem sytuacja wyjątkowa. Obrót udziałem bilansowym należy odróżnić od przelewu w czasie trwania członkostwa przyszłych, warunkowych wie-

<sup>16</sup> S. Szer, *Własność spółdzielcza*, Warszawa 1960, s. 107; idem, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1967, s. 275.

<sup>17</sup> E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, op. cit., s. 128; P. Pöhlmann, op. cit., s. 31.

<sup>18</sup> K. Schmidt, op. cit., s. 1270; H.J. Schaffland, w: J. Lang, L. Weidmüller, E. Metz, H.J. Schaffland, *Genossenschaftsgesetz (Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften). Kommentar; Mit Anmerkungen über Wohnungsbaugenossenschaften* von A. Riebandt-Korfmacher, Berlin-New York 1988, s. 921.

<sup>19</sup> Tak wyraźnie K. Müller, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Zweiter Band* (§ 43–93), Bielefeld 1980, s. 669.

rzytelności o wypłatę udziału po ustąpieniu ze spółdzielni. Jest on dopuszczalny, o ile statut go nie zakazuje. Nabywca nie ma prawa wypowiedzieć członkostwa zbywcy<sup>20</sup>.

### III. UDZIAŁ W POLSKIM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

Pomiędzy niemiecką i polską koncepcją udziału występują liczne podobieństwa. Wydaje się, że w prawie polskim, które nie definiuje terminu „udział”, należy wyróżnić udział (zadeklarowany), rozumiany m.in. jako określona w statucie wielkość liczbowa<sup>21</sup> (art. 5 § 1 pkt 3 u.pr.sp.). Wyznacza on stopień majątkowego uczestnictwa członka w spółdzielni i zakres jego odpowiedzialności za straty spółdzielni<sup>22</sup>. Natomiast K. Pietrzykowski oraz A. Jedliński zwracają uwagę, że z takiego udziału wynika powinność (obowiązek) członka wobec spółdzielni do dokonania wpłaty<sup>23</sup>. Udział w tym znaczeniu nie jest ucieleśnieniem członkostwa, lecz będąc jedynie wielkością liczbową ujętą w statucie, jest od niego ściśle oddzielony. Nie może więc wpływać na rozmiar praw i obowiązków członka w spółdzielni. Objęcie kolejnych udziałów nie prowadzi do nabycia następnego członkostwa, a wypowiedzenie udziałów nadobowiązkowych do jego ustania. W tym znaczeniu udział nie może zostać zbyty ani podlegać dziedziczeniu. Nie jest również częścią funduszu udziałowego. Można wyodrębnić jego dwa rodzaje: udział obowiązkowy (art. 76 u.pr.sp.) i udział nadobowiązkowy (zob. art. 21 u.pr.sp.). Wydaje się, że udział w przedstawionym znaczeniu występował także w projekcie ustawy – Prawo spółdzielcze (art. 3 § 1 pkt 5 i art. 39 § 2 proj.u.)<sup>24</sup>.

W prawie polskim wyróżnienie odpowiednika niemieckiego udziału bilansowego wydaje się najzupełniej zasadne, choć ustawa tego nie ułatwia. Stosunkowo często przepisy identyfikują udział z wpłatą (zob. m.in. art. 19 u.pr.sp.). Podważa to celowość wyróżniania udziału w powyższym znaczeniu i odróżniania go od wpłaty. Ostatnio na potrzebę odróżnienia udziału od wpłaty zwrócił uwagę SN<sup>25</sup>. Przed wniesieniem do spółdzielni wpłata nie może być kwalifikowana jako udział. Z chwilą jej przejścia do spółdzielni staje się ona wartością ujętą w bilansie – udziałem bilansowym przysługującym członkowi. W wielu miejscach ustawa wspomina o wnoszeniu udziału, rozumianym jako obowiązek pewnego

<sup>20</sup> E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, op. cit., s. 686; P. Pöhlmann, op. cit., s. 348.

<sup>21</sup> Zob. K. Pietrzykowski, *Spółdzielnia a spółka handlowa (I)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1991, nr 6, s. 71; P. Zakrzewski, op. cit., s. 44.

<sup>22</sup> Zob. szerzej P. Zakrzewski, op. cit., s. 45–46.

<sup>23</sup> K. Pietrzykowski, *Spółdzielnia*, s. 70; A. Jedliński, *Prawa do lokali w spółdzielniach mieszkaniowych*, Gdańsk 2005, s. 33.

<sup>24</sup> Druk sejmowy nr 4113. Zob. szerzej H. Cioch, *Wprowadzenie*, w: *Prawo spółdzielcze w świetle prezydenckiego projektu ustawy*, Kraków 2005, s. 1–222, 374; A. Jedliński, *Recenzja*, H. Cioch, *Prawo spółdzielcze w świetle prezydenckiego projektu ustawy*, Kraków 2005, „Rejent” 2005, nr 4, s. 455 i n. Jest to kolejny projekt, który nie doczekał się uchwalenia, mimo że obowiązująca ustawa powinna być zastąpiona nową. Zob. szerzej K. Pietrzykowski, *Zmiany w prawie spółdzielczym*, „Monitor Prawniczy” (MP) 2005, nr 21, s. 1047.

<sup>25</sup> Wyrok SN z 9 lipca 2004 r., II CK 426/03, MP 2005, nr 16, s. 807. „Prawo głosu na walnym zgromadzeniu spółdzielni zrzeszającej wyłącznie osoby prawne nie jest związane z wpłatami na udział, lecz z samym udziałem”. Zob. także głosę do tego wyroku P. Zakrzewski, MP 2006, nr 11, s. 608–609.

świadczenia ciążyący na członku (art. 5 § 1 pkt 3 i art. 19 § 1 u.pr.sp.), w innych o udziale wniesionym rozumianym jako przekazana i zaksięgowana w spółdzielni wartość wpłat (art. 30, 76 i 77 § 3 u.pr.sp.). Dało to podstawy do wyróżnienia w prawie polskim, stosownie do konwencji terminologicznej używanej w ustawie, pojęcia udziału wniesionego członka<sup>26</sup>. Wiele przepisów odwołuje się do takiego znaczenia udziału. Jak stwierdza ustawa członkowi wypłaca się udział na podstawie sprawozdania finansowego (art. 26 § 1 u.pr.sp.). W istocie chodzi tu o zwrot wartości, która w świetle bilansu przypada na pojedynczego członka. Oprocentować można jedynie realnie istniejącą wartość majątkową – udział wniesiony członka (art. 77 § 4 u.pr.sp.). Z przepisów wynika, że powstaje on nie tylko według wartości wniesionych wpłat, ale także odpisów na udziały członkowskie z podziału nadwyżki bilansowej (art. 78 pkt 1 u.pr.sp.), ulega zaś pomniejszeniu na skutek pokrycia strat kosztem funduszu udziałowego (art. 90 § 1 u.pr.sp.). Wobec powyższego można podać definicję udziału wniesionego. Jest to wartość bilansowa wyrażona w złotych, oznaczająca majątkowe uczestnictwo członka w spółdzielni, stanowiąca podstawę dla określenia wielkości uprawnień przysługujących członkowi (np. prawo do zwrotu udziału czy prawo do części nadwyżki). Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na specyfikę udziału, jak zauważa H. Cioch, jest on oddany spółdzielni tylko do czasowego korzystania, tzn. przez okres pozostawania członka w spółdzielni<sup>27</sup>. Trudno na tle obecnego stanu prawnego ustalić charakter prawny udziału. Według K. Pietrzykowskiego jedno ze znaczeń udziału polega na tym, że z chwilą jego wpłaty powstaje prawo podmiotowe do udziału, które wyraża uczestnictwo członka w funduszu udziałowym i istnieje przez cały czas trwania stosunku członkostwa. Z chwilą ustania członkostwa przekształca się ono w roszczenie byłego członka o wypłatę wniesionych udziałów<sup>28</sup>. Nie powinno budzić wątpliwości, że udział nie może być utożsamiony z członkostwem. Jak się wydaje, pogląd taki znajduje wsparcie w dominującym w nauce polskiej stanowisku K. Pietrzykowskiego zakładającym niemajątkowy charakter członkostwa w spółdzielni<sup>29</sup>. W przedstawionym znaczeniu udział mógłby być zbywalny. Przedmiotem obrotu byłaby wówczas część funduszu udziałowego. Obecnie jednak udział wniesiony jest niezbywalny<sup>30</sup>. Dopuszczalne jest, choć w ograniczonym zakresie, rozporządzanie roszczeniami o zwrot udziału ze skutecznością od dnia, w którym roszczenia te stały się

<sup>26</sup> Zob. szerzej P. Zakrzewski, *Majątek spółdzielni*, s. 66–69.

<sup>27</sup> H. Cioch, op. cit., s. 75.

<sup>28</sup> K. Pietrzykowski, *Przemiany własności spółdzielczej*, w: S. Prutis (red.), *Przekształcenia własnościowe w Polsce. (Determinantyprawne)*, Białystok 1996, s. 143; idem, *Spółdzielnia*, s. 71.

<sup>29</sup> K. Pietrzykowski, *Powstanie i ustanie stosunku członkostwa w spółdzielni*, Warszawa 1990, s. 67, 68.

<sup>30</sup> Zob. K. Pietrzykowski, *Prawo spółdzielcze. Komentarz do zmienionych przepisów*, Warszawa 1995, s. 12; A. Bierć, w: M. Bączyk, A. Bierć, K. Kruczałak, R. Mastalski, K. Piasecki, A. Szajkowski, M. Tarska, *Podstawy prawa przedsiębiorstw dla studentów prawa, zarządzania i bankowości*, Warszawa 1999, s. 120; K. Kruczałak, op. cit., s. 327. Takiego rozwiązania nie przewidywał także projekt ustawy Prawo spółdzielcze. Zob. H. Cioch (op. cit., s. 76), który wskazuje, że udział w czasie trwania członkostwa miał pozostawać niezbywalny. Zob. także art. 39 § 6 i art. 43 § 1 projektu ustawy.

wymagalne (art. 27 § 1 u.pr.sp.). Wspomniany przepis zbyt ogranicza swobodę dysponowania przez członków takimi roszczeniami<sup>31</sup>.

#### IV. UDZIAŁ W SZWAJCARSKIM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

W prawie szwajcarskim<sup>32</sup> występuje termin *Genossenschaftsanteil* (art. 849 ust. 1, art. 867 ust. 2, art. 870 ust. 1 i 2, art. 871 ust. 2 i 3, art. 913 ust. 2 OR). Oznacza on udział spółdzielczy. Użycie go spotkało się z akceptacją przedstawicieli nauki. Przez jego zastosowanie udało się bowiem wyrazić, że w jego przypadku mamy do czynienia z instytucją prawną typową tylko dla spółdzielni<sup>33</sup>. Termin ten zyskuje zwolenników także w piśmiennictwie niemieckim, w którym zgłoszono propozycję, aby na gruncie obecnego stanu prawnego oznaczać nim całe członkostwo w spółdzielni<sup>34</sup>. Użycie tego terminu (nie rozstrzygając zakresu jego treści) wydaje się także celowe w prawie polskim, w którym dominuje chwiejna i nieprecyzyjna terminologia<sup>35</sup>. Uznanie dla przedstawionego nazewnictwa podważa jednak fakt, że nie zostało ono zastosowane przez szwajcarskiego ustawodawcę w sposób konsekwentny. Obok przywołanego już terminu występuje również określenie *Anteilschein*, oznaczające świadectwo udziałowe (art. 833, 852 ust. 2, art. 853, 859 ust. 3, art. 860 ust. 1, art. 864 ust. 2 i art. 874 ust. 2 OR). Zasadniczo oznacza ono jedynie dokument potwierdzający objęcie udziału spółdzielczego, nie jest papierem wartościowym. Niekiedy bywa tożsame z udziałem spółdzielczym, co wprowadza w błąd<sup>36</sup>.

Prawo szwajcarskie nie wyjaśnia pojęcia udziału spółdzielczego. Zadanie to przypadło nauce, a ta zdefiniowała je jako całość praw i obowiązków członkowskich o wartości majątkowej, które wynikają z faktu tworzenia spółdzielczego (udziałowego) kapitału<sup>37</sup>. A zatem również w prawie szwajcarskim udział przedstawia kapitałowe uczestnictwo członka w spółdzielni. Zostało ono wyrażone za pomocą konstrukcji obowiązków i praw. Chodzi przy tym o ściśle ograniczony ich katalog, mianowicie te, które są związane z budową spółdzielczego kapitału. Wymienić tu należy objęcie i opłacenie udziału. Z drugiej zaś strony chodzi o te uprawnienia, które przysługują członkowi w stosunku do kapitału spółdzielczego. Zalicza się do nich roszczenia o wypłatę udziału w przypadku wystąpienia ze

<sup>31</sup> P. Zakrzewski, op. cit., s. 213.

<sup>32</sup> Ustawa z 30 marca 1911 r. dotycząca uzupełniania szwajcarskiego kodeksu cywilnego (Piąta część: Prawo zobowiązań), Systematyczny zbiór prawa federalnego, nr 220.

<sup>33</sup> W. Hensel, *Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht*, Zurich 1947, s. 34.

<sup>34</sup> E.H. Meyer, G. Meulenbergh, V. Beuthien, op. cit., s. 126.

<sup>35</sup> Zob. P. Zakrzewski, op. cit., s. 41.

<sup>36</sup> W. Hensel, op. cit., s. 34–35; E. Flur, *Die rechtliche Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht*, Zurich 1973, s. 47; T. Guhl, M. Kummer, J.N. Druey, w: *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 1991, s. 741.

<sup>37</sup> W. Hensel, op. cit., s. 36; E. Flur, op. cit., s. 75; H.P. Friedrich, *Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht*, Basel 1943, s. 48; H. Baur, *Der Genossenschaftsanteil bei den kapitalistisch organisierten Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften der Schweiz, mit Berücksichtigung der deutschen gesetzlichen Regelung*, Bern 1917, s. 45.

spółdzielni lub jej likwidacji oraz o podzielony zysk<sup>38</sup>. Pozostałe prawa i obowiązki majątkowe nie są składnikiem tak pojmowanego udziału. Udział spółdzielczy nie jest więc ucieleśnieniem wszystkich praw majątkowych członka<sup>39</sup>. Pozostałe, takie jak: roszczenie o zysk (wykraczające poza oprocentowanie udziałów) wypłacane w formie zwrotu od zakupów, roszczenie wobec innego niż kapitał spółdzielczy majątku, które statut może przyznawać w razie ustąpienia członka lub likwidacji spółdzielni, czy roszczenie o świadczenia i usługi, których oferowanie jest zadaniem spółdzielni, nie składają się na pojęcie udziału spółdzielczego. Podobnie jak obowiązki, np. wniesienie wpisowego, pozostałe okresowe składki, obowiązek dopłat czy osobista odpowiedzialność za długi spółdzielni<sup>40</sup>.

Jak wynika to już z powyższych uwag, zaangażowanie finansowe pojedynczego członka odnosi się jedynie do kapitału spółdzielczego. Jego zakres jest ustalany poprzez odwołanie się do nominalnej wartości udziału spółdzielczego określonej w statucie. Pozwala ona ustalić maksymalne zobowiązanie członka do uczestniczenia w kapitale, co znajduje swój wyraz w obowiązku wniesienia przez członka wpłaty do określonej wysokości. Z drugiej jednak strony przedstawia maksymalną, majątkową wartość uprawnień członka wobec spółdzielni w przypadku jej likwidacji lub rozwiązania<sup>41</sup>. W tym ostatnim przypadku zwraca się jednak również uwagę na potrzebę ustalenia rzeczywiście istniejącego zakresu uczestnictwa członka w kapitale spółdzielczym. Z tego powodu wyróżnia się tzw. wewnętrzną wartość udziału, która może różnić się od wartości nominalnej. Może być od niej niższa, ale nie może jej przewyższać. Wspomniane uprawnienia majątkowe członków składające się na treść udziału spółdzielczego są zawsze zaspokajane stosownie do rzeczywistej wartości udziału<sup>42</sup>. W prawie szwajcarskim limitowane zaangażowanie się członka w jej kapitale spółdzielczym, będące konsekwencją osobowego charakteru spółdzielni, znajduje wyraz w wyróżnieniu wartości nominalnej i rzeczywistej udziału spółdzielczego. W prawie niemieckim (a wydaje się, że również w polskim) wspomnianą rolę odgrywają specjalnie wyróżnione w tym celu rodzaje udziałów.

Według W. Hensela, po objęciu i opłaceniu udziału spółdzielczego uosabia on uprawnienie udziałowe (*Anteilsberechtigung*), które jest określane jako suma członkowskich praw majątkowych przysługujących członkowi, będących ekwiwalentem za wkład wniesiony na budowę kapitału spółdzielczego<sup>43</sup>. Przyznaje mu się obligacyjny charakter, choć zarazem słusznie się podkreśla, że nie jest to typowa wierzytelność. Analizowane prawo zawiera w sobie elementy indywidualno-prawne i korporacyjno-prawne<sup>44</sup>.

Przedstawione powyżej znaczenie udziału spółdzielczego nie daje wprawdzie podstaw do utożsamiania go ze stosunkiem członkostwa rozumianym jako

<sup>38</sup> Por. W. Hensel, op. cit., s. 36; E. Flur, op. cit., s. 75.

<sup>39</sup> W. Hensel, op. cit., s. 37; E. Flur, op. cit., s. 75.

<sup>40</sup> W. Hensel, op. cit., s. 36–37; E. Flur, op. cit., s. 75.

<sup>41</sup> W. Hensel, op. cit., s. 38.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 39.

<sup>43</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>44</sup> Ibidem, s. 43–44.

wiązka praw i obowiązków przysługujących członkowi z tytułu przynależenia do spółdzielni, uzasadnia jednak uznanie go za jego część<sup>45</sup>. W konsekwencji zbycie udziału spółdzielczego nie może być nigdy utożsamiane z przeniesieniem członkostwa. To ostatnie z uwagi na swoją osobową naturę jest zasadniczo niezbywalne i niedziedziczne (art. 849 ust. 3 i art. 850 OR)<sup>46</sup>. Natura prawna udziału spółdzielczego wywołuje jednak wątpliwości dotyczące jego zbywalności. Nie ma potrzeby omawiać całej dyskusji, wystarczy jedynie wspomnieć jej główne wątki. Wyraża się m.in. wątpliwości, czy obrót udziałami spółdzielczymi nie będzie prowadził do rozszczepiania uprawnień i czy wobec tego jest dopuszczalny. Wątpliwości te doprowadziły do sformułowania opinii, że przeniesienie udziału spółdzielczego może mieć miejsce pod warunkiem, że zbywca nadal pozostanie członkiem, a nabywca nim jest<sup>47</sup>. Odmienne stanowisko opiera się na założeniu, że uprawnienia składające się na udział nie stanowią istotnej części członkostwa i mogą być przedmiotem obrotu. Zakaz rozszczepiania w tym przypadku nie zostanie przełamany. Dyskusyjne jest także, czy przeniesienie udziału spółdzielczego może nastąpić na podstawie jednego aktu prawnego, czy konieczne jest oddzielne przeniesienie uprawnień majątkowych na podstawie przepisów dotyczących przelewu, a odrębne obowiązków na podstawie przejęcia długu<sup>48</sup>. Ten pogląd rodzi z kolei wątpliwości co do jedności udziału spółdzielczego.

Przepisy dotyczące udziału zbliżone do przedstawionych powyżej występują w Szwecji. Udział spółdzielczy obejmuje jedynie prawa majątkowe, np. prawa do zysku, zwrotu pewnej kwoty przy ustąpieniu ze spółdzielni lub jej likwidacji. Pozostałe prawa nie wchodzą w skład udziału, ale są częścią stosunku członkostwa<sup>49</sup>.

## V. UDZIAŁ W AUSTRIACKIM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

W prawie niemieckim i austriackim koncepcja udziału w spółdzielni wykazuje wiele podobieństw<sup>50</sup>. W prawie austriackim występuje zarówno termin udział (*Geschäftsanteil*), jak i udział bilansowy (*Geschäftsguthaben*). Oba terminy mają niemal taką samą treść jak w ustawie i piśmiennictwie niemieckim. Istotna różnica polega na tym, że pierwszy z terminów oznacza także członkostwo, które w przypadku spółdzielni z ograniczoną odpowiedzialnością może być za zgodą zarządu przeniesione<sup>51</sup>. Z uwagi na elementy wspólne i pomimo pewnych różnic wydaje się, że bardziej interesujące niż analiza aktualnego stanu prawnego będzie podjęcie jej w odniesieniu do przygotowanego przez Ludwig Boltzmann-Institut

<sup>45</sup> Ibidem, s. 52–53.

<sup>46</sup> Ibidem, s. 56–57; E. Flur, op. cit., s. 73–74; T. Guhl, M. Kummer, J.N. Druey, op. cit., s. 748–749.

<sup>47</sup> H.P. Friedrich, op. cit., s. 88 i n.

<sup>48</sup> Tak E. Flur, op. cit., s. 75.

<sup>49</sup> A. Foerster, w: G. Flohloch (red.), *EU – Handbuch Gesellschaftsrecht*, Schweden, s. 41.

<sup>50</sup> Austriacka ustawa o spółdzielniach zarobkowych i gospodarczych z 9 kwietnia 1873 r., DURN z 1872 r., nr 70 z późn. zm.

<sup>51</sup> H. Hammerele, H. Wiinsch, *Handelsrecht 2. Gesellschaften, Genossenschaften, Unternehmensverbindungen*, Graz–Wien–Köln 1978, s. 494, 495.

fur Rechtsvorsorge und Urkundenwesen an der Universitat Wien projektu ustawy spółdzielczej (proj.u.) z 1996 r.<sup>52</sup> Zawiera ona bowiem nowatorskie rozwiązania dotyczące udziału w spółdzielni. Wskazuje na to już § 7 proj.u., który stanowi: Członkiem jest ten kto uczestniczy w spółdzielni co najmniej jednym udziałem (*Geschdftsanteil*). Może być ono powiększone poprzez objęcie większej liczby udziałów obowiązkowych lub dobrowolnych. Finansowe uczestnictwo członka w spółdzielni jest wyrażane przez udział (ich sumę), którego nominalna, minimalna wysokość określona w statucie wyznacza również jego zakres. Na udział członek obowiązany jest wnieść wkład pieniężny (§ 54 proj.u.).

Udział nie stanowi, jak w prawie niemieckim, jedynie kwoty możliwego, maksymalnego zaangażowania członka. Nie jest więc tylko zapisem statutowym. Bliższe określenie natury prawnej udziału jest jednak na gruncie projektu trudne. M. Dellinger, P. Oberhammer stwierdzają jedynie, że udział jest miarą uczestnictwa członka w spółdzielni<sup>53</sup>. Ta oszczędna ocena nasuwa skojarzenia z wyrażanym w piśmiennictwie niemieckim poglądem, który zakłada, że znaczenie udziału bilansowego przejawia się przy ustalaniu rozmiaru praw członka. Mimo wszystko nie pozwala ona jednak ustalić jego charakteru prawnego. Wątpliwości nie rozwiewają również proponowane przepisy. Można rozważyć, czy udział oznacza tylko majątkowe prawo podmiotowe składające się z wielu uprawnień, czy też projekt wiąże zaangażowanie finansowe członka w spółdzielni z członkostwem (czego nie czyniły poprzednie porządki prawne, w tym nasz). W tym przypadku udział oznaczałby sumę wszystkich praw i obowiązków członka wynikających z tytułu uczestnictwa w spółdzielni. Do zajęcia tego ostatniego stanowiska skłaniać może nie tylko treść przywołanego już § 7 proj.u., ale także § 51 proj.u., w którym złączone zostaje ustanie członkostwa z wygaśnięciem udziału spowodowanym przez wypowiedzenie, śmierć członka, wykluczenie. Projektodawca nie jest jednak konsekwentny, ponieważ wspomniany związek nie występuje przy pierwotnym nabyciu członkostwa, które dokonuje się nie przez objęcie udziału, ale przez złożenie oświadczenia o przystąpieniu i jego przyjęcie (§ 49 proj.u.). Do pochodnego nabycia członkostwa poprzez przeniesienie udziału konieczne jest również złożenie oświadczenia o przystąpieniu (§ 50 ust. 2 proj.u.).

Propozycja uznania udziału, który wyraża kapitałowe zaangażowanie członka w spółdzielni za prawo podmiotowe lub nawet, co wydaje się mniej zasadne, utożsamienie go z członkostwem, nasuwa skojarzenie z udziałem w spółce z o.o. Prowadzi to do pytania, czy spółdzielnia nie zatraciłaby przez to osobowego charakteru. Wydaje się, że tak by nie było. Wprawdzie zarówno udział w spółce z o.o., jak i jego odpowiednik w spółdzielni wyrażają rozmiar majątkowego zaangażowania się członka i wspólnika w korporacji, ale w przypadku tego pierwszego wielkość udziału w kapitale zakładowym spółki z o.o. przekłada się bezpośrednio na wielkość przysługujących mu uprawnień. Zgodnie z zasadą im więcej

<sup>52</sup> Zob. M. Dellinger, P. Oberhammer, w: *Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes, mit erlauterten Bemerkungen* von M. Dellinger, P. Oberhammer, Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, t. XVII, Wien 1996, s. 1–68.

<sup>53</sup> Ibidem, s. 82.

udziałów (im większe udziały), tym więcej praw<sup>54</sup>. Ta zależność nie mogłaby wystąpić w przypadku udziału w spółdzielni. Przede wszystkim zaangażowanie finansowe członka byłoby reglamentowane poprzez postanowienia statutowe określające wysokość oraz liczbę udziałów, które pojedynczy członek może objąć. Po wtóre, projekt ustawy nie łączy bezpośrednio wielkości praw (obowiązków) członka z liczbą objętych udziałów (czyli stopniem uczestnictwa w kapitale). Uprawnienia do zysku (§ 55 ust. 2 proj.u.), do odprawy (§ 56 proj.u.), do głosu (§ 37 ust. 3 proj.u.), do podziału majątku (§ 84 ust. 2 proj.u.) są kształtowane niezależnie od wysokości czy liczby posiadanych udziałów. Treść członkostwa jest określona w projekcie i statucie spółdzielni w sposób autonomiczny, niezależnie od wartości udziału (ich sumy). Nie dochodzi tu zatem do utraty osobowego charakteru przez spółdzielnię, a co najwyżej do jego osłabienia. Z drugiej jednak strony liczne przepisy dyspozycyjne umożliwiają dzięki wprowadzeniu do statutu odpowiednich postanowień uzależnienie rozmiaru pewnych uprawnień od wysokości wnoszonych wpłat lub wartości nominalnej udziału. W sposób wyraźny takie rozwiązanie projektodawca przewidział przy podziale zysku (art. 55 ust. 2 pkt 3 proj.u.). Według tych zasad dzielony będzie również majątek pozostały po likwidacji spółdzielni (art. 84 ust. 2 proj.u.). Zamiast zasady jeden członek jeden głos, możliwe jest uzależnienie wielkości tego prawa od wielkości (liczby) udziałów (art. 37 ust. 3 proj.u.). Podobnie roszczenie o odprawę może być ustalane stosownie do wartości nominalnej udziału (art. 56 ust. 2 proj.u.).

Omawiana propozycja legislacyjna wyróżnia tylko jeden rodzaj udziału (pomińjąc występowanie udziałów obowiązkowych i fakultatywnych). Ma on określoną w statucie wartość nominalną, która wyraża zakres majątkowego uczestnictwa członka w spółdzielni. W projekcie nie występuje natomiast udział bilansowy, który pokazuje rzeczywisty zakres finansowego uczestnictwa członka w spółdzielni. Nie oznacza to jednak całkowitej rezygnacji przez naukę prawa z odwołań się do wartości bilansowej udziału. W prawie spółdzielczym jest to bowiem niemożliwe. Roszczenie ustępującego członka odnosi się jedynie do funduszu udziałowego i przy ustaleniu jego wysokości nie wystarczy odwołać się do wartości nominalnej udziału, ale konieczne jest ustalenie jego wartości bilansowej. W przeciwnym bowiem wypadku np. roszczenie ustępującego członka mogłoby zostać zaspokojone kosztem funduszu zasobowego, co byłoby nie do pogodzenia z zasadą jego niepodzielności. Twórcy projektu nie odwołali się jednak do wartości bilansowej udziału, ale określili szczegółowe zasady ustalenia wartości roszczeń ustępującego członka, które są ich zdaniem bardziej precyzyjne.

Udziały w spółdzielni mogą być przenoszone za zgodą zarządu, o ile nic innego nie przewiduje statut. Przedmiotem obrotu może być zarówno jeden, jak i wszystkie udziały. Ich zbycie nie jest tylko dogodnym sposobem ustąpienia ze spółdzielni, który pozwala uniknąć konieczności dokonywania rozliczeń ze spółdzielnią, ale można nimi także obracać w trakcie trwania członkostwa. Kapitałowe uczestnictwo członka stało się dzięki temu bardziej płynne, co jest

<sup>54</sup> A. Szajkowski, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 1995, s. 212.

pożądane o tyle, że może zachęcić członka do większego uczestnictwa w spółdzielni. Udziały są przenoszone według wartości nominalnej także na osoby, które nie są członkami. Wówczas jednak nabywcy są zobowiązani złożyć oświadczenie o przystąpieniu.

W świetle prawa czeskiego, za zgodą zarządu, jeśli statut nie stanowi inaczej, przenoszalne są prawa i obowiązki członka spółdzielni. Nabywca uzyskuje członkostwo w spółdzielni w zakresie, w jakim przysługiwało ono zbywcy (art. 229 kodeksu handlowego<sup>55</sup>).

## VI. UDZIAŁ W EUROPEJSKIM PRAWIE SPÓŁDZIELCZYM

Rozporządzenie Rady UE nr 1435/2003 z 22 lipca 2003 r. o statucie Spółdzielni Europejskiej (r.sp.eu.)<sup>56</sup> poświęca interesującemu nas zagadnieniu wiele uwagi. Udział jest częstką kapitału spółdzielni europejskiej (art. 1 ust. 2 r.sp.eu.). Ma on określoną w statucie (w tym znaczeniu stałą) wartość nominalną wyrażoną w euro lub walucie krajowej (art. 4 ust. 1 i 3 r.sp.eu.). Jeżeli udziały należą do tej samej kategorii, to mają równą wartość nominalną (art. 4 ust. 3 r.sp.eu.). Może ona wzrosnąć, gdy istniejące udziały zostaną połączone, i obniżyć się w razie ich podziału (art. 4 ust. 9 i 10 r.sp.eu.). Niezbędna jest wówczas zmiana statutu spółdzielni europejskiej.

Kapitał spółdzielni europejskiej z uwagi na zmienność składu osobowego członków nie jest stały (zob. art. 1 ust. 2 zd. 2 r.sp.eu.), zwiększa się po przystąpieniu członka, a zmniejsza po jego ustąpieniu. W istocie to wartość nominalna wszystkich udziałów wyznacza wysokość kapitału spółdzielni europejskiej. Kapitał zatem składa się z udziałów, a wartość nominalna wszystkich udziałów decyduje o jego wysokości. Nominalna wysokość kapitału nie jest określona w statucie, ale w podejmowanej na koniec roku obrotowego uchwale walnego zgromadzenia, które musi podać jego wysokość i zmianę w nim w stosunku do roku poprzedniego (art. 4 ust. 8 r.sp.eu.).

Trudna do ustalenia jest natura prawna udziału. Z analizy przepisów rozporządzenia wynika, że udział nie jest tylko ujętą w statucie wielkością liczbową. Na wstępie należy rozważyć, czy udział w spółdzielni europejskiej jest tożsamy z członkostwem<sup>57</sup>. O tym, że tak w istocie jest, świadczy treść art. 4 ust. 7 r.sp.eu., który stanowi, iż statut określa minimalną liczbę udziałów, niezbędną do nabycia członkostwa. Do podobnych wniosków może skłaniać art. 15 r.sp.eu., przewidujący, że członkostwo ustaje m.in. w przypadku zbycia wszystkich posiadanych

<sup>55</sup> Ustawa Kodeks handlowy z 5 listopada 1991 r. Nr 513 z późn. zm.

<sup>56</sup> Dz. Urz. UE L 207 z 18 sierpnia 2003 r., poz. 1. Zob. także przepisy ustawy wykonującej dyspozycje wspomnianego rozporządzenia. Ustawa z 23 czerwca 2006 r. o spółdzielni europejskiej.

<sup>57</sup> G.Ch. Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Ein Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden 2000, s. 749–750, zwraca uwagę, że trudności z rozstrzygnięciem tego zagadnienia występowały na gruncie zmienionej propozycji rozporządzenia Rady o statucie spółdzielni europejskiej, Dz. Urz. C 236 z 31 sierpnia 1993 r., poz. 17. Por. R. Skubisz, H. Trzebiatowski, *Spółdzielnia europejska. Charakterystyka ogólna*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 3, s. 545–546; E. Marszałkowska-Krześ, *Spółdzielnia europejska – ogólny zarys*, w: *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 116–118; A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2006, s. 594.

udziałów. Analiza kolejnych przepisów nie potwierdza jednak dotychczasowej konkluzji. Do nabycia członkostwa prowadzi nie objęcie udziałów, ale – jak na to wskazuje art. 14 ust. 1 r.sp.eu. – złożenie wniosku o członkostwo i zgoda wyrażona przez właściwy organ. Zdarzenie to rodzi powstanie obowiązku objęcia udziałów. Przepis art. 4 ust. 7 r.sp.eu. wyraża zasadę, że członkiem jest, kto uczestniczy minimalną liczbą udziałów określoną w statucie. Natomiast art. 15 r.sp.eu. jest prostą konsekwencją wprowadzenia jej do rozporządzenia. Nie wyraża on ucieleśnienia udziału z członkostwem, lecz myśl, że z chwilą utraty udziałów przestaje się uczestniczyć w spółdzielni. Rozwiązanie to jest więc konsekwencją wprowadzenia zbywalności udziału. Członek, który wyzbył się udziałów, przestaje być członkiem. Wyrazem normatywnym tego jest art. 15 r.sp.eu. Powyższa wykładnia przeprowadzona jest z perspektywy art. 8 ust. 1c r.sp.eu., który wskazuje, że spółdzielnia europejska podlega również przepisom prawnym wydanym w Polsce, dotyczącym spółdzielni. Dlatego bardziej uzasadnione wydaje się przyjęcie stanowiska, że udział nie jest ucieleśnieniem członkostwa.

Dalszą analizę należy rozpocząć od przywołania art. 4 ust. 3 r.sp.eu. Stwierdza on, że udziały są imienne. Natomiast art. 64 ust. 1 r.sp.eu. dopuszcza wydawanie papierów wartościowych innych niż udziały lub obligacje. Pozwala to przyjąć, że udział jest imiennym papierem wartościowym, który nie może zostać przekształcony w papier wartościowy na okaziciela. Ucieleśnia on prawo podmiotowe. Spółdzielcze prawo udziałowe składa się z szeregu uprawnień majątkowych i korporacyjnych wynikających z tytułu przynależenia do spółdzielni. W tym znaczeniu udział nie jest tożsamy z członkostwem, ale stanowi jego część. Udział może być za zgodą organu i przy zachowaniu warunków określonych w statucie zbyty osobie, która do spółdzielni przystąpi (art. 4 ust. 11 SCE). Na gruncie prawa polskiego obrót udziałami będzie mógł następować na podstawie przepisów o przelewie (art. 509, 9218, 92116 k.c.).

Zaangażowanie kapitałowe członka w spółdzielni europejskiej wyraża wartość nominalna wszystkich objętych udziałów. Rozporządzenie nie uzależnia jednak od niego zakresu praw i obowiązków członka w spółdzielni. Nie występuje tu charakterystyczna dla spółek kapitałowych zasada, że im więcej udziałów, tym więcej praw. Zasadę tę wyraża dobitnie art. 59 ust. 1 r.sp.eu., który przyznaje każdemu członkowi jeden głos niezależnie od liczby posiadanych udziałów. Majątek pozostały po likwidacji spółdzielni europejskiej może być dzielony po równo (art. 75 r.sp.eu.). W niektórych przypadkach przy ustalaniu wielkości uprawnień członkowskich występuje odwołanie się do wyróżnianego w rozporządzeniu udziału bilansowego, który jest rzeczywistą miarą majątkowego współuczestnictwa członka w kapitale spółdzielni. Wspomina się o nim w art. 16 ust. 1 i art. 59 ust. 2, art. 67 ust. 2 r.sp.eu. Pierwszy z wymienionych przepisów reguluje rozliczenia spółdzielni z ustępującym członkiem, a kolejny dopuszcza przyznanie członkowi większej liczby głosów, ostatni określa zasady podziału nadwyżki. Udział bilansowy powstaje na podstawie wnoszonych przez członków wkładów (art. 4 ust. 4 i 5 r.sp.eu.). Realizacja tego obowiązku jest ważna także z tego punktu widzenia, że rozporządzenie wymaga, aby wpłaty wnoszone na udziały

w spółdzielni wynosiły co najmniej 30 000 euro (art. 3 ust. 2 r.sp.eu.). Kwota ta wyznacza wysokość minimalnego kapitału spółdzielni europejskiej. Jak wskazuje na to art. 67 ust. 2, udział bilansowy może być również powiększany przez dopisanie odsetek.

## VII. WNIOSKI

Ponieważ spółdzielnia nie dysponuje stałym kapitałem, rezygnuje się z przedstawienia udziału, którego wartość nominalna jest określona w statucie, jako jego części. W przedstawionych systemach prawnych udział w tym znaczeniu nie jest częścią kapitału spółdzielni, lecz jedynie wartością nominalną ustaloną w statucie. Odmienne, bardzo interesujące, rozwiązanie występuje w prawie europejskim, w którym określona w statucie wartość nominalna wszystkich udziałów wyznacza wartość (nominalną) kapitału spółdzielni. Nie jest ona określona z góry, ale zależy od wartości nominalnej wszystkich udziałów, która może ulegać zmianie. Nie tyle zatem kapitał dzieli się na udziały, co udziały wyznaczają wysokość kapitału spółdzielni. Natomiast w przedstawionych porządkach prawnych dostrzega się konieczność ustalenia rzeczywistej wartości udziału. Pokazuje ona faktyczny stopień majątkowego uczestnictwa członka w spółdzielni, co jest konieczne np. w przypadku oprocentowania udziałów czy rozliczeń z ustępującym członkiem. Bardzo często więc wyróżnia się udział w drugim znaczeniu, tzw. udział bilansowy (kapitałowy). Jednak docelowe rozwiązanie powinno zakładać wyróżnienie jednolitego pojęcia udziału, który będzie miał wartość nominalną i bilansową, do której w zależności od potrzeb w konkretnych przypadkach będzie się odwoływać przepis. Otworzy to drogę do zbywania niektórych z posiadanych udziałów.

Bardzo trudnym zagadnieniem jest ustalenie natury prawnej udziału w spółdzielni. W nauce niemieckiej przeważa pogląd zakładający, że udział nie może być postrzegany jako prawo podmiotowe. Wydaje się, że duże znaczenie zaczyna uzyskiwać ujęcie zakładające, że członkostwo i udział tworzą jedną całość, lub przyznające udziałowi charakter podmiotowego prawa udziałowego, które obejmuje wszystkie lub wybrane uprawnienia członkowskie. Wywodzi się ono z prawa francuskiego, w którym spółki spółdzielcze często działają w formie spółek akcyjnych lub spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Jednak nawet wówczas wielkość udziału członka (ich suma) nie ma bezpośredniego przełożenia na wielkość praw i obowiązków członkowskich. Odpowiada to założeniu, że spółdzielnia jest i powinna pozostać przede wszystkim organizacją o osobowym charakterze.

## **SUBJEKTE OHNE JURISTISCHE PERSONALITÄT IM DEUTSCHEN RECHT: RECHTSVERGLEICHENDE BEMERKUNGEN**

Im Artikel wurde die Definition und Bestimmung des Begriffs „Genossenschaftsanteil“ im deutschen, polnischen, schweizerischen, österreichischen und europäischen Recht erörtert. Zu Beginn wurde die Definition des Begriffes „Geschäftsanteil“ im deutsche Genossenschaftsgesetz gegeben. Der Geschäftsanteil ist eine in der Satzung festzulegende Rechnungsgröße. Der Geschäftsanteil wurde streng von dem Geschäftsguthaben unterschieden. Das Geschäftsguthaben ist der Betrag, mit dem das Mitglied finanziell an der Genossenschaft beteiligt ist. Es ist nicht der Inbegriff Mitgliedschaftsrechte. Im polnische Recht der Anteil wurde in zwei Bedeutungen herausgetreten. Der Anteil ist eine in der Satzung festzulegende Rechnungsgröße. Der eingezahlte Anteil ist das Bilanzwert, die eine Vermögenteilnahme des Mitglieds in der Genossenschaft ausgedrückt. Er ist bedeutsam zum Beispiel für Überschusses und Verlustverteilung. Er ist kein subjektives Recht und kann nicht übertragen werden. Danach wurde die Bestimmung des Begriffs Genossenschaftsanteil im schweizerische Recht erörtert. Der Genossenschaftsanteil ist im Gegensatz zum deutschen Geschäftsanteil nicht nur eine Ziffer, sondern Ingegriff von vermögenswerten mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten, die sich aus der Tatsache der Bildung eines genossenschaftlichen Eigenkapitals ergeben. Der Genossenschaftsanteil ist ein Teil der Mitgliedschaft und kann übertragen werden. Danach wurde die Bestimmung den Begriffen „Geschäftsanteil“ und Geschäftsguthaben im Entwurf eines österreichisches Genossenschaftsgesetzes erörtert, die vom Ludwig Boltzmann-Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen an der Universität Wien erarbeitet wurde. Auf das Ende wurde die Bestimmung des Begriffes „Geschäftsanteil“ im Verordnung des Rates der Europäische Union. Das Grundkapital der Europäischen Genossenschaft ist in Geschäftsanteile zerlegt. Die Nennwert den Geschäftsanteile wurde in der Satzung festgelegt. Der Geschäftsanteil ist nicht Verkörperung der Mitgliedschaft. Er ist aber das Namenspapier.



Cena 17,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



INDEKS 376620