

MAREK SZYDŁO

PAŃSTWOWE MONOPOLE HANDLOWE NA RYNKU WEWNĘTRZNYM W UNII EUROPEJSKIEJ

I. PRZYCZYNY POWSTAWANIA I ISTNIENIA MONOPOLI. EKONOMICZNA CHARAKTERYSTYKA MONOPOLU

Pojęcie „monopol” (pochodzące od greckich słów: *monos* – sam, pojedynczy oraz *poleo* – sprzedawca) jest używane na oznaczenie sytuacji, w której na danym rynku określoną działalność gospodarczą prowadzi tylko jeden podmiot (jedno przedsiębiorstwo). Przyczyn tego zjawiska może być oczywiście bardzo wiele, przy czym do najczęstszych powodów powstawania i istnienia monopolu należą względy natury ekonomicznej (rynkowej). Należałoby do nich zaliczyć chociażby¹: ekonomię skali i związany z tym brak ekonomicznych warunków do zaistnienia na danym rynku efektywnej konkurencji (gdyby bowiem na danym rynku działały dwa (lub więcej) przedsiębiorstwa, to wówczas nie byłyby w stanie pokrywać kosztów swojej działalności – jest to przypadek tzw. monopolu naturalnego)²; duże zróżnicowanie produktu i związaną z tym lojalność klientów (konsumentów) wobec swojej dotychczasowej marki; ponoszenie zdecydowanie niższych kosztów przez już działające na rynku przedsiębiorstwo w porównaniu z kosztami, jakie musiałoby ponieść przedsiębiorstwo dopiero wchodzące na dany rynek; własność lub posiadanie przez określone przedsiębiorstwo kontroli nad kluczowymi czynnikami produkcji (zwłaszcza jeżeli chodzi o kluczowe komponenty lub elementy infrastruktury); własność lub posiadanie kontroli nad siecią sprzedaży, której brak uniemożliwia innym przedsiębiorstwom dotarcie ze swoją ofertą do konsumentów; groźba wchłaniania lub przejmowania wszystkich nowych przedsiębiorstw wchodzących na dany rynek przez już działające tam silne przedsiębiorstwo; agresywna strategia rynkowa realizowana przez działające na rynku jedyne przedsiębiorstwo, uniemożliwiająca w praktyce wejście na rynek nowym przedsiębiorstwom (np. pobieranie drapieżnych cen, prowadzenie zmasowanych kampanii reklamowych) czy wreszcie stosowanie przez monopolistyczne przedsiębiorstwo praktyk zastraszających potencjalnych rywali rynkowych i skutecznie zniechęcających ich do wejścia na dany rynek. Wszystkie te

¹ Por. J. Sloman, *Economics*, London 1997, s. 182–183.

² Na temat monopolu naturalnego zob. J. Sloman, *Economics*, op. cit., s. 182; D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Economics*, London 1994, s. 150; J.E. Stiglitz, *Economics*, New York–London 1993, s. 411–412; P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, t. 1, Warszawa 1996, s. 791–792; W. Wrzosek, *Funkcjonowanie rynku*, Warszawa 1998, s. 210 i n.

opisane wyżej okoliczności stanowią poważną ekonomiczną barierę, uniemożliwiającą w praktyce pojawienie się na danym rynku konkurentów (rywali rynkowych) dla już działającego tam monopolistycznego przedsiębiorstwa.

Inną ważną przyczyną powstawania i istnienia na określonych rynkach monopolu są prawa wyłączne (monopolowe), jakie określonym przedsiębiorstwom przyznaje państwo. Prawa takie mogą być przyznawane w bardzo różny sposób (np. ustawowo lub poprzez udzielenie wyłącznej koncesji lub zezwolenia) oraz z rozmaitych przyczyn (np. z powodów czysto fiskalnych lub też w związku z chęcią zrealizowania w ten sposób przez państwo pewnego swojego gospodarczokierowniczego zadania)³, przy czym ich beneficjentami mogą być zarówno przedsiębiorstwa publiczne, jak też prywatne. Niniejsze opracowanie będzie poświęcone właśnie monopolom prawnym (a konkretnie monopolom prawnym o charakterze handlowym), a więc monopolom wykreowanym w sposób sztuczny przez państwo.

W przypadku występowania na danym rynku monopolu (wszystko jedno, z jakich przyczyn wykreowanego) monopolista będzie zawsze zainteresowany ustaleniem wielkości swojej produkcji na takim poziomie, aby jego dochód krańcowy (a więc dochód z wyprodukowania ostatniej jednostki towaru) był równy kosztom krańcowym (a więc kosztom wyprodukowania tej ostatniej jednostki). Wówczas bowiem osiągnięty przez monopolistę czysty zysk będzie największy⁴. Od razu jednak trzeba powiedzieć, że w takim przypadku wielkość produkcji (podaży) będzie zdecydowanie mniejsza, niż by to miało miejsce w przypadku istnienia na danym rynku doskonałej konkurencji⁵. Tym samym część konsumentów nie będzie mogła nabyć pożądaných przez nich towarów czy usług. Z kolei cena pobierana przez monopolistę również będzie wyższa, niż byłaby w warunkach konkurencji doskonałej, jako że monopolista pobiera zawsze cenę wyższą niż jego koszt krańcowy. Tymczasem w warunkach konkurencji doskonałej cena jest zawsze równa kosztom krańcowym⁶. Również i z tego względu (tzn. z powodu wyższych cen) część konsumentów będzie musiała zrezygnować z nabycia pożądaných przez siebie dóbr.

Powyższe uwagi przekonują, że w przypadku monopolu dochodzi zawsze do określonych strat w efektywności alokacyjnej (będącej jedną z postaci efektywności ekonomicznej), a więc strat w ogólnym poziomie dobrobytu⁷. Skoro bowiem konsumenci nie mogą wówczas nabyć preferowanych przez siebie dóbr po możliwej do zaakceptowania przez nich cenie oraz w pożądanej ilości, to

³ F. Rittner, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg–Karlsruhe 1979, s. 176.

⁴ L. Peeperkom, *The Economics of Competition. Static Welfare Analysis of Market Power*, w: J. Fauli, A. Nikpay (red.), *The EC law of competition*, Oxford 1999, s. 21; D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Economics*, op. cit., s. 146–147.

⁵ J. Sloman, *Economics*, op. cit., s. 183–184; J.E. Stiglitz, *Economics*, op. cit., s. 400–401.

⁶ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Economics*, op. cit., s. 147.

⁷ L. Peeperkom, *The Economics of Competition. Static Welfare Analysis of Market Power*, op. cit., s. 22; J.E. Stiglitz, *Economics*, op. cit., s. 449–450.

tym samym alokacja zasobów nie jest optymalna⁸ (można powiedzieć, iż jest to swoisty społeczny koszt monopolu)⁹. Ponadto w sytuacji monopolu dochodzi też do innego rodzaju nieefektywności, a mianowicie do tzw. X-nieefektywności. X-nieefektywność jest to wewnętrzna nieefektywność w samym monopolistycznym przedsiębiorstwie, przejawiająca się poprzez zbyt wysokie zarobki, nadmierne przywileje członków władz przedsiębiorstwa, zbyt duże zatrudnienie, przy równoczesnym zmniejszeniu się w przedsiębiorstwie presji na wprowadzanie nowych produktów i technologii oraz na prowadzenie prac badawczo-rozwojowych¹⁰. Fakt zaistnienia tego rodzaju X-nieefektywności nietrudno jest przy tym zrozumieć: monopolista nie spotyka się przecież z żadną konkurencją na rynku i traci tym samym zainteresowanie dla jakichkolwiek działań zwiększających jego wydajność (w tym redukujących koszty oraz poprawiających jakość i nowoczesność oferowanych przez siebie towarów i usług).

II. DOPUSZCZALNOŚĆ WYKREOWANIA PRZEZ PAŃSTWO MONOPOLU W ŚWIELE PRZEPISÓW ORAZ ZASAD KONSTYTUCYJNYCH

Opisane powyżej niekorzystne skutki – niekorzystne dla szeroko rozumianej efektywności ekonomicznej – jakie wywołuje monopol, sprawiają, że generalnie rzecz biorąc państwo nie powinno być zainteresowane udzielaniem praw wyłącznych określonym przedsiębiorstwom i sztucznym kreowaniem w ten sposób monopolistów. Sprawa przedstawia się wręcz odwrotnie: państwo powinno dążyć do tego, by w możliwie szerokim zakresie zagwarantować na wszelkich rynkach efektywną konkurencję, jako że to właśnie konkurencja przynosi pożądane społecznie efekty i zapewnia optymalną (możliwie najlepszą) efektywność ekonomiczną. Ponadto, o czym nie wolno zapominać, przyznanie przez państwo określonemu przedsiębiorstwu prawnego monopolu, bezwzględnie wykluczającego możliwość wejścia na dany rynek jakimkolwiek innym przedsiębiorstwom, stanowi przejaw niezwykle drastycznego wkroczenia przez państwo w gwarantowaną konstytucyjnie wszystkim jednostkom wolność działalności gospodarczej. Wolność działalności gospodarczej, będąca jedną z podstawowych wartości aksjologicznych we wszystkich wewnętrznych porządkach konstytucyjnych państw członkowskich Unii Europejskiej¹¹, jest rodzajem prawa wolnościowego (prawa o charakterze negatywnym) i daje jednostkom m.in. prawną możliwość „podjęcia” każdej działalności gospodarczej, a więc możliwość wejścia na rynek i rozpoczęcia tam prowadzenia wspomnianej działalności¹². Prawny monopol

⁸ Por. R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 3 i 5.

⁹ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Economics*, op. cit., s. 149–150.

¹⁰ J. Sloman, *Economics*, op. cit., s. 186; L. Peepers, *The Economics of Competition. Static Welfare Analysis of Market Power*, op. cit., s. 23; R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 5.

¹¹ S. Biernat, A. Wasilewski, *Wolność gospodarcza w Europie*, Kraków 2000, *passim*.

¹² Por. R. Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart–Berlin–Koln 1991, s. 121–122; F. Ossenbühl, *Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1990, nr 1, s. 12 i n.; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 37; M. Waliński, *Nowe prawo działalności gospodarczej*, Poznań 2001, s. 41.

w oczywisty sposób blokuje taką możliwość i dlatego też stanowi najdalej chyba idące ograniczenie przez państwo wolności działalności gospodarczej. Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby uznać, iż dopuszczalność wykreowania przez państwo monopolu powinna być obwarowana bardzo licznymi zastrzeżeniami i warunkami oraz stanowić w sumie dość ściśle limitowany wyjątek. Pozostaje tylko pytanie, w jaki sposób ustawodawca konstytucyjny może osiągnąć ów stan swoistej wyjątkowości prawnego monopolu w gospodarce.

Odpowiadając na powyższe pytanie, należałoby stwierdzić, że ustrójodawca może w danej konstytucji wyraźnie (*expressis verbis*) określić te dziedziny (sektory), w których państwo jest uprawnione do wprowadzenia prawnego monopolu. Przykładem może być tutaj konstytucja szwajcarska przewidująca państwowy monopol pocztowy i telekomunikacyjny (art. 92) oraz monopol państwa w dziedzinie emisji monet i banknotów (art. 99). Rozwiązanie takie jest wprawdzie stosunkowo jasne i czytelne, aczkolwiek współcześnie jest stosowane już bardzo rzadko, gdyż w ten sposób pewne obszary gospodarki niejako *a priori* (z góry) zostają wyjęte spod reżimu konkurencji (i to niezależnie od zachodzących w tych sektorach zmian).

Pewną odmianą powyższego rozwiązania jest danie państwu możliwości wykreowania określonego rodzaju monopolu (np. monopolu finansowego), bez wskazywania wszakże konkretnej dziedziny, w której monopol taki miałby funkcjonować. Rozwiązanie takie zastosowano chociażby w konstytucji RFN, która w kilku przepisach przewiduje możliwość ustanowienia przez państwo monopolu finansowego (art. 105 ust. 1, art. 106 i art. 108 GG)¹³, czyli monopolu, którego zasadniczym celem jest przysparzanie i generowanie państwu dochodów. Nie rozwiązuje to jednak automatycznie wszystkich problemów, gdyż nadal przecież otwarta pozostaje kwestia przesłanek (wymogów), których spełnienie warunkuje dopuszczalność ustanowienia wzmiankowanego monopolu finansowego. Ponadto nierozstrzygnięta pozostaje też kwestia dopuszczalności wykreowania przez państwo innego rodzaju monopolu niż finansowy. W doktrynie niemieckiej oraz w orzecznictwie tamtejszego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego przyjęto w związku z tym, że państwo może ustanowić prawny monopol (i to zarówno finansowy, jak też każdy inny) jedynie wtedy, gdy przemawia za tym wyjątkowo ważne i przeważające dobro wspólne (dobro ogółu)¹⁴, co ma być w założeniu

¹³ Zob. H.D. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2000, s. 1037 i n.; D. Hesselberger, *Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung*, Bonn 2003, s. 352 i n.

¹⁴ M. Ronellenfitsch, *Wirtschaftliche Betätigung des Staates*, w: J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band III. Das Handeln des Staates*, Heidelberg 1988, s. 1192–1193; H.J. Papier, *Grundgesetz und Wirtschaftsordnung*, w: E. Benda, W. Maihofer, H.J. Vogel (red.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin–New York 1983, s. 623–624; F. Ossenbühl, *Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz*, op. cit., s. 9; R. Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, op. cit., s. 133; przy czym podkreśla się, że w przypadku monopolu finansowego owym „przeważającym dobrem ogółu” nie może być sama tylko chęć przysparzania państwu dochodów. Monopol taki musi zatem posiadać inne jeszcze, o wiele ważniejsze, uzasadnienie.

przejawem respektowania przez państwo (oraz szczególnym przypadkiem zastosowania przez nie) zasady proporcjonalności¹⁵.

Innym możliwym rozwiązaniem omawianej tutaj kwestii jest wprowadzenie do konstytucji ogólnego blankietowego upoważnienia dla ustawodawcy zwykłego, by ten – w drodze ustawy właśnie – wprowadzał w wybranych przez siebie dziedzinach prawny monopol (takie rozwiązanie przyjęto m.in. w konstytucji portugalskiej, węgierskiej oraz polskiej)¹⁶. Rozwiązanie takie kryje wszakże w sobie potencjalne niebezpieczeństwo, iż ustawodawca zwykły mógłby korzystać ze wspomnianego upoważnienia w sposób nadmiernie szeroki oraz bez przywiązywania zbytniej wagi do powodów (przyczyn) usprawiedliwiających ustanowienie monopolu. Dlatego też w doktrynie podkreśla się, iż dla ustanowienia monopolu w żadnym razie nie jest wystarczające samo tylko zachowanie drogi ustawowej (a więc spełnienie przesłanki czysto formalnej). Legalność monopolu powinna być bowiem warunkowana bardzo ścisłym i rygorystycznym przestrzeganiem zasady proporcjonalności. Oznacza to, że ustanowienie przez państwo monopolu może nastąpić jedynie wtedy, gdy przemawia za tym określony (legitymowany) ważny interes publiczny, przy założeniu że monopol taki jest w danym przypadku środkiem rzeczywiście przydatnym oraz koniecznym (niezbędnym) dla urzeczywistnienia wzmiankowanego interesu publicznego¹⁷. Tylko takie stanowisko interpretacyjne gwarantuje, że ustanowiony przez państwo (w określonej dziedzinie) prawny monopol będzie zjawiskiem rzeczywiście wyjątkowym oraz nie podważy liberalnych podstaw wolnokonkurencyjnego porządku gospodarczego.

III. MONOPOL PRAWNY A PRAWO WSPÓLNOTOWE. UWAGI OGÓLNE

Problematyka monopolu prawnych znalazła swój wyraz nie tylko w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, ale także w przepisach prawa wspólnotowego. O monopolach prawnych jest przede wszystkim mowa w podstawowym akcie pierwotnego prawa wspólnotowego, jakim jest Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE). Traktat ów o monopolach prawnych wspomina trzykrotnie: raz w art. 31 TWE (odnoszącym się do państwowych monopolu handlowych), drugi raz w art. 86 ust. 1 TWE (gdzie mowa jest ogólnie o prawach wyłącznych, jakie państwa członkowskie przyznają poszczególnym przedsiębiorstwom) oraz trzeci raz w art. 86 ust. 2 TWE (gdzie wspomina się o monopolach skarbowych czy też finansowych). W sensie syste-

¹⁵ Por. P. Kirchhof, *Der Leistungswettbewerb unter Einsatz der Beitragshoheit*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1982, nr 19, s. 937.

¹⁶ Art. 216 Konstytucji RP stanowi, iż „Ustanowienie monopolu następuje w drodze ustawy”. Z kolei art. 86 ust. 3 konstytucji portugalskiej stanowi, że ustawa może określić dziedziny o podstawowym znaczeniu, w których działalność przedsiębiorstw prywatnych oraz innych podmiotów o podobnym charakterze jest zakazana. Wreszcie w § 10 ust. 2 konstytucji węgierskiej jest mowa o tym, iż „Zakres wyłącznej własności i wyłącznej działalności gospodarczej państwa określa ustawa”.

¹⁷ Por. K. Strzyczkowski, *Monopol państwowy. Zagadnienia ustrojowe*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 3, s. 3; M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 207–208.

matycznym wspomniane przepisy są zamieszczone albo w ramach reguł Traktatu odnoszących się do swobodnego transgranicznego przepływu (mianowicie, art. 31 TWE znajduje się w tytule TWE dotyczącym swobody przepływu towarów – tytuł I w części trzeciej TWE) albo też w ramach traktatowych reguł konkurencji (art. 86 znajduje się w rozdziale TWE zatytułowanym „Reguły konkurencji” – tytuł VI w części trzeciej TWE, rozdział 1). Fakt takiego właśnie (a nie innego) systematycznego usytuowania przepisów TWE mówiących o prawnych monopolach nie może dziwić, zważywszy na fakt, że zarówno przepisy TWE o swobodach rynku wewnętrznego, jak też przepisy TWE dotyczące konkurencji są dość powszechnie uznawane za rdzeń (jądro) swego rodzaju „konstytucji gospodarczej” Wspólnoty Europejskiej¹⁸. Tymczasem to właśnie „konstytucja gospodarcza” (a więc te regulacje prawne, które zawarte są w akcie prawnym o najwyższej randze w hierarchii źródeł prawa oraz które w sensie treściowym odnoszą się do podstawowych zagadnień z zakresu gospodarki)¹⁹ jest najbardziej odpowiednim miejscem do tego, by rozstrzygać tam m.in. o dopuszczalności kreowania przez państwa prawnych monopolii w gospodarce.

Z powyższego wynika, że w trakcie badania legalności prawnych monopolii w państwach członkowskich z punktu widzenia pierwotnego prawa wspólnotowego to właśnie przepisy o swobodach rynku wewnętrznego oraz przepisy dotyczące konkurencji powinny być wówczas głównym punktem odniesienia (głównym kryterium legalności).

Nie można wszakże zapominać i o tym, że problematyka prawnych monopolii w państwach członkowskich znalazła również swój wyraz w przepisach wtórnego prawa wspólnotowego, a konkretnie w przepisach kilku dyrektyw wydanych bądź to przez Komisję Europejską na podstawie art. 86 ust. 3 TWE, bądź też przez Parlament Europejski i Radę na podstawie art. 95 TWE. Dyrektywy te dotyczą przy tym problematyki praw wyłącznych kreowanych przez państwa

¹⁸ Por. P.C. Müller-Graff, *Die wettbewerbsverfälschte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?*, „Europarecht” 1997, nr 4, s. 433 i n.; W. Kilian, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, München 2003, s. 97 i n.; H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, s. 563 i n.

¹⁹ Samo pojęcie „konstytucji gospodarczej” pojawiło się po raz pierwszy w literaturze (doktrynie) niemieckiej oraz w orzecznictwie tamtejszego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Oznacza ono ogół tych regulacji prawnych zawartych w ustawie zasadniczej (konstytucyjnej), które odnoszą się i dotyczą życia gospodarczego w danym państwie, w tym przede wszystkim określają (choćby pośrednio) zadania i kompetencje państwa wobec gospodarki, zob. P. Badura, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, w: I. von Munch (red.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Berlin–New York 1988, s. 296 i n.; idem, *Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts*, „Juristische Schulung” 1976, nr 4, s. 205 i n.; E.R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1956, nr 4, s. 97 i n.; E.J. Mestmacker, *Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1973, t. 137, s. 97 i n.; H. Baumler, *Abschied von der grundgesetzlich festgelegten „Wirtschaftsverfassung”*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1979, nr 9, s. 325 i n.; K. Stern, *Unternehmensphilosophie und Verfassungsordnung – die Auswirkungen der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung auf die Formulierung einer Unternehmensphilosophie*, „ORDO” 1979, t. 30, s. 257 i n.; R. Herzog, *Artikel 20*, w: T. Maunz, G. Durig (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 1993, s. 323 i n.; G. Strickrodt, *Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip*, „Juristenzeitung” 1957, nr 12, s. 361 i n.

członkowskie w tzw. sektorach sieciowych gospodarki (telekomunikacja, poczta, elektroenergetyka, gazownictwo)²⁰.

Zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania będą państwowe monopole handlowe, o których jest mowa w art. 31 TWE. Ten ostatni przepis ma następującą treść: „1. Państwa członkowskie zreorganizują (*adjust*) państwowe monopole o charakterze handlowym (*State monopolies of a commercial character, staatliche Handelsmonopole*) w ten sposób, aby wykluczona została wszelka dyskryminacja pomiędzy obywatelami państw członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu. Postanowienia niniejszego artykułu odnoszą się do wszelkich instytucji (*body*), przy pomocy których państwo członkowskie, prawnie lub faktycznie, kontroluje, kieruje lub poważnie wpływa, bezpośrednio lub pośrednio, na import lub eksport w obrotach między państwami członkowskimi. Postanowienia te odnoszą się również do monopolii delegowanych przez dane państwo na rzecz innych podmiotów. 2. Państwa członkowskie nie będą podejmowały żadnych nowych środków, które byłyby sprzeczne z zasadami podanymi w ustępie 1 lub które by ograniczały postanowienia artykułów dotyczących zakazu ceł i ograniczeń ilościowych we wzajemnych obrotach pomiędzy państwami członkowskimi”²¹.

IV. BEZPOŚREDNIA SKUTECZNOŚĆ ART. 31 TWE

Nie ulega żadnej wątpliwości, że powyższy przepis jest w całości bezpośrednio skuteczny, co oznacza, że każdy podmiot (każda jednostka) może się na ów przepis wprost powoływać przed sądami oraz przed innymi organami krajowymi, sądy te zaś oraz inne organy krajowe mają wówczas obowiązek przepis ten bezpośrednio zastosować²². Przymiot bezpośredniej skuteczności powyższego przepisu wynika przy tym stąd, że jest on w dostatecznym stopniu precyzyjny (a więc jasny, jednoznaczny), bezwarunkowy (gdyż w trakcie jego stosowania

²⁰ Zob. art. 2 dyrektywy nr 2002/77/WE w sprawie konkurencji na rynkach sieci i usług łączności elektronicznej, Dz.Urz. WE 2002, L 249/21; art. 7 dyrektywy nr 97/67/WE w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, Dz.Urz. WE 1998, L 15/14; art. 3 ust. 4 i 8 dyrektywy nr 2003/54/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę nr 96/92/WE, Dz.Urz. WE 2003, L 176/37; art. 3 ust. 5 dyrektywy nr 2003/55/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę nr 98/30/WE, Dz.Urz. WE 2003, L 176/57.

²¹ Z kolei art. 31 ust. 3 TWE stanowi, że: „W odniesieniu do państwowego monopolu o charakterze handlowym, który stosuje regulacje w celu ułatwienia zbytu lub podwyższenia cen na artykuły rolne, należy stworzyć przy stosowaniu postanowień niniejszego artykułu odpowiednie gwarancje zatrudnienia i poziomu życia zainteresowanych producentów”.

²² Na temat bezpośredniej skuteczności przepisów prawa wspólnotowego zob. A.G. Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law. Volume I. Institutional Law*, Oxford 1990, s. 166 i n.; T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s. 197 i n.; P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 178 i n.; P. Pescatore, *The Doctrine of „Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, „European Law Review” 1983, vol. 8, s. 155 i n.; S. Prechal, *Does direct effect still matter?*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 1047 i n.; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order*, w: P. Craig, G. de Burca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, s. 177 i n.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, Warszawa 2000, s. 558 i n.

przez państwa członkowskie nie ma bynajmniej miejsca na żadne dyskrecyjne uznanie, jeśli chodzi o zakres czy też stopień realizacji zawartych w tym przepisie zobowiązań) oraz prawnie kompletny (jako że dla swojej skuteczności nie wymaga już podejmowania żadnych dalszych działań legislacyjnych: ani wykonawczych na szczeblu wspólnotowym ani też implementacyjnych na szczeblu krajowym). Bezpośrednią skuteczność art. 31 TWE w pełni potwierdził Trybunał Sprawiedliwości (właśnie z uwagi na fakt posiadania przez tenże przepis trzech wymienionych wyżej cech), przy czym w orzeczeniu w sprawie *Flaminio Costa* uznał bezpośrednią skuteczność art. 31 ust. 2 TWE (*ex art. 37 ust. 2*)²³, natomiast w orzeczeniu w sprawie *Manghera* potwierdził, iż przepisem w pełni bezpośrednio skutecznym jest również art. 31 ust. 1 TWE (*ex art. 37 ust. 1*)²⁴.

V. PAŃSTWOWE MONOPOLE HANDLOWE JAKO INSTYTUCJE ZAJMUJĄCE SIĘ „HANDLEM TOWARAMI”

Z faktu umieszczenia art. 31 TWE w tytule Traktatu dotyczącym swobodnego przepływu towarów oraz z tego, że ustawodawca wspólnotowy posłużył się w tym przepisie takimi określeniami, jak: „monopol handlowy”, „import” lub „eksport”, wynika, iż przepis ten dotyczy monopolu mających związek z handlem „towarami”, a nie „usługami”²⁵ (w tym kontekście należałoby przypomnieć, że pojęcie „towaru” jest w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości rozumiane bardzo szeroko i obejmuje wszelkie przedmioty, które mają wartość pieniężną i które mogą być obiektem transakcji handlowych)²⁶. Tym samym monopol usługowy – w przeciwieństwie do monopolu towarowych – pozostają zasadniczo poza zakresem zastosowania powołanego przepisu TWE. Inna sprawa, że nie można przecież wykluczyć sytuacji, w której określony monopol usługowy będzie mieć

²³ Orzeczenie ETS w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zb. Orz. 1964, s. 585.

²⁴ Orzeczenie ETS w sprawie 59/75 *Pubblico Ministero v. Flavia Manghera i inni*, Zb. Orz. 1976, s. 91, pkt 14–16; trzeba przy tym przypomnieć, że aż do upływu okresu przejściowego (czyli do dnia 31 grudnia 1969 r.) art. 31 ust. 1 TWE (*ex art. 37 ust. 1*) – w przeciwieństwie do art. 31 ust. 2 (*ex art. 37 ust. 2*) – nie był bezpośrednio skuteczny, gdyż wówczas spoczywające na państwach członkowskich zobowiązanie do dostosowywania państwowych monopolu handlowych do wymogu niedyskryminacji nie było bynajmniej bezwarunkowe (państwa członkowskie mogły wtedy samodzielnie decydować, w jakim stopniu i w jakim zakresie będą dostosowywać swoje monopole handlowe do wspomnianego wymogu niedyskryminacji). Zobowiązanie to stało się zaś bezwarunkowe po upływie okresu przejściowego. Wówczas też można już było zasadnie oczekiwać, że Trybunał uzna wkrótce ów przepis za bezpośrednio skuteczny, zob. U. Everling, *Europaisches Gemeinschaftsrecht und nationales Recht in der praktischen Rechtsanwendung*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1967, nr 11, s. 468; G. Rambow, *The End of the Transitional Period*, „Common Market Law Review” 1969, vol. 6, s. 442–443.

²⁵ Orzeczenie ETS w sprawie 155/73 *Giuseppe Sacchi*, Zb. Orz. 1974, s. 409, pkt 6.

²⁶ Orzeczenie ETS w sprawie 7/68 *Komisja v. Włochy*, Zb. Orz. 1968, s. 423, zwłaszcza s. 428; warto przy tym dodać, że Trybunał Sprawiedliwości za „towar” uznał także chociażby przedmioty, jak odpady (zob. orzeczenia ETS w sprawach: C-2/90 *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. 1992, s. 1-4431, pkt 28; C-203/96 *Chemische Afdeling van de Gemeenteraad van Dusseldorp BV i inni v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, Zb. Orz. 1998, s. 1-4075, pkt 39 i n.; C-209/98 *Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion v. Københavns Kommune*, Zb. Orz. 2000, s. 1-3743, pkt 31 i n.) czy też energię elektryczną (zob. orzeczenie ETS w sprawie C-393/92 *Municipality of Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij*, Zb. Orz. 1994, s. 1-1477, pkt 28).

jednak pewien pośredni wpływ na handel towarami pomiędzy państwami członkowskimi. Można sobie bowiem wyobrazić przypadek takiego monopolu usługowego, który w ramach swojej działalności dopuszcza się dyskryminacji towarów importowanych w porównaniu z towarami krajowymi, naruszając w ten sposób zasadę swobodnego przepływu towarów²⁷. W rezultacie monopol taki mógłby być oceniany, przynajmniej w niektórych swoich aspektach, pod kątem zgodności z art. 31 TWE. Nie można wreszcie zapominać o takich monopolach, których prawa wyłączne rozciągają się zarówno na świadczenie określonych usług, jak też na obrót określonymi towarami (np. dane przedsiębiorstwo posiada monopol zarówno na import i sprzedaż telekomunikacyjnych urządzeń końcowych, jak też na usługi polegające na montażu, utrzymywaniu oraz konserwacji tych urządzeń)²⁸. Także i w tym przypadku stosowanie art. 31 TWE byłoby w pełni dopuszczalne.

Omawiając przesłanki zastosowania art. 31 TWE, należałoby zauważyć, że w tym kontekście nie jest bynajmniej wystarczające, że określony monopol po prostu „zajmuje się” towarami, a więc że towary ma za przedmiot swojej działalności. Musi on bowiem zajmować się „handlem” towarami, a więc mieć za przedmiot swojej działalności transakcje towarami, które mogą podlegać konkurencji oraz wymianie handlowej w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi²⁹. Tym samym w zakresie zastosowania art. 31 TWE nie mieszczą się takie monopole, które zajmują się produkcją towarów (monopole produkcyjne). Te ostatnie są bowiem chronione przez art. 295 TWE, który stanowi, że Traktat nie przesądza w niczym systemu własności istniejącego w państwach członkowskich³⁰. W związku z powyższym nie został zakwestionowany z punktu widzenia zgodności z art. 31 TWE prawny monopol, jaki państwo greckie posiadało w zakresie rafinowania surowej ropy naftowej (był to bowiem swego rodzaju monopol produkcyjny), mimo iż monopol ten pociągał za sobą konieczność istnienia monopolu na import tejże ropy³¹. Natomiast za sprzeczny z powołanym przepisem został uznany monopol państwa greckiego na import oraz sprzedaż produktów z ropy naftowej³².

Należy dodać, że art. 31 TWE nie dotyczy takich państwowych monopolów handlowych, które zajmują się (na zasadzie wyłączności) handlem towarami w relacjach z państwami nieczłonkowskimi (a więc państwami niebędącymi członkami Wspólnoty). W tym ostatnim bowiem przypadku wchodzi w grę nie przepis

²⁷ Orzeczenie ETS w sprawie 271/81 *Societe cooperative d'amelioration de l'elevage et d'insemination artificielle du Bearn v. Lucien J.M. Mialocq i inni*, Zb. Orz. 1983, s. 2057, pkt 10.

²⁸ Por. orzeczenie ETS w sprawie C-202/88 *Francja v. Komisja*, Zb. Orz. 1991, s. I-1223, pkt 31 i n.

²⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Zb. Orz. 1964, s. 585, pkt 11 streszczenia.

³⁰ Por. P. O'Liver, *Free movement of goods in the EEC*, London 1988, s. 316; T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie” 1997, nr 2, s. 52.

³¹ Orzeczenie ETS w sprawie C-347/88 *Komisja v. Grecja*, Zb. Orz. 1990, s. I-4747, pkt 31–37.

³² Pkt 50 orzeczenia ETS powołanego w przypisie poprzednim.

dotyczące rynku wewnętrznego (a jednym z nich jest właśnie art. 31 TWE), lecz przepisy dotyczące wspólnej polityki handlowej³³.

VI. PAŃSTWOWE MONOPOLE HANDLOWE JAKO OKREŚLONE „INSTYTUCJE”

Definiując państwowy monopol handlowy, art. 31 ust. 1 TWE stwierdza, iż jest nim określona „instytucja” (*body*), przy pomocy której państwo członkowskie, prawnie lub faktycznie, kontroluje, kieruje lub poważnie wpływa, bezpośrednio lub pośrednio, na import lub eksport w obrotach między państwami członkowskimi. Sformułowanie „instytucja” sugeruje, że przepis ten dotyczy jedynie monopolu mających ściśle określoną postać instytucjonalną, a więc takich, które są określonymi jednostkami organizacyjnymi i które mogą być uznane za samodzielne twory organizacyjne (aczkolwiek twory takie niekoniecznie muszą posiadać odrębną od państwa podmiotowość prawną; równie dobrze bowiem mogą działać w ramach podmiotowości prawnej państwa). Gdyby uznać słuszność takiej interpretacji, to wówczas za „monopol handlowy” w rozumieniu art. 31 TWE nie mogłyby zostać uznane pewne systemy czy też rozwiązania prawne, które wprawdzie wywierają reglamentacyjny (ograniczający) skutek w odniesieniu do importu lub eksportu towarów (i który to skutek jest przy tym bardzo zbliżony do sytuacji monopolu), lecz które nie zostały jednak ukształtowane jako konkretne jednostki (struktury) organizacyjne. Za taką właśnie interpretacją opowiedział się Trybunał Sprawiedliwości, który nie uznał za monopol handlowy systemu licencji, jakie władze francuskie udzielały określonym podmiotom na import nasion, mimo iż w powyższy sposób tamtejsze władze w niewątpliwy sposób ograniczały import towarów z innych państw członkowskich³⁴. Licencjonowani importerzy nie mogli być bowiem uznani za „instytucję” (a tym samym za monopol) w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE.

Od razu jednak trzeba powiedzieć, że powyższa interpretacja bynajmniej nie przez wszystkich jest podzielana. Można się bowiem spotkać z głosami przeciwnymi, utrzymującymi, że rozwiązanie prawne pozwalające udzielać licencji importowych jedynie ograniczonej grupie (klasie) przedsiębiorstw również podlega (tak samo jak „zwykły” czy też „typowy” państwowy monopol handlowy) zawartemu w art. 31 TWE nakazowi przekształcenia, gdyż prowadzi w istocie do skutków, którym przepis ten ma zapobiegać³⁵.

Nie wydaje się wszakże, aby powyższy pogląd był rzeczywiście słuszny. Należałoby raczej uznać, akceptując zresztą w tym zakresie tezę wypowiedzianą przez Trybunał Sprawiedliwości, iż art. 31 TWE dotyczy jedynie samodzielnych

³³ Orzeczenie ETS w sprawie 91/78 *Hansen GmbH & Co. v. Hauptzollamt de Flensburg*, Zb. Orz. 1979, s. 935, pkt 19.

³⁴ Orzeczenie ETS w sprawie 161/82 *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. 1983, s. 2079, pkt 4–19.

³⁵ Zob. opinię Adwokata Generalnego M. J. Ganda w sprawie 20/64 *SARL Albatros v. Societe des petroles et des combustibles liquides (Sopeco)*, „Common Market Law Reports” 1965, vol. 4, s. 168 i n.

jednostek organizacyjnych, gdyż to jedynie one mogą być zakwalifikowane jako monopol („instytucja”) w rozumieniu powołanego przepisu. Natomiast wszystkie inne rozwiązania prawne, nawet jeżeli wywołują podobny skutek, mogą być kwestionowane jedynie na podstawie art. 28 TWE, zakazującego stosowania w obrocie towarami wszelkich ograniczeń wywierających skutek równoważny do ograniczeń ilościowych.

Rzecz jasna, aby konkretny samodzielny twór organizacyjny mógł być uznany za państwowy monopol handlowy w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE, musi być w określony sposób powiązany z danym państwem członkowskim. Powiązania te mogą mieć bardzo różny charakter (np. strukturalno-organizacyjny, kapitałowy, funkcjonalny), niemniej w każdym przypadku muszą one istnieć i dawać podstawę do przyjęcia, że państwo kontroluje daną instytucję (organizację), a więc wywiera decydujący wpływ na jej funkcjonowanie oraz działalność³⁶. Jak przy tym wynika z orzeczenia ETS w sprawie *Corinne Bodson*, monopol handlowy w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE może być również kontrolowany przez określoną jednostkę terytorialną, jak chociażby przez gminę³⁷. Powyższe oznaczają, że także gmina może przy pomocy określonej instytucji (*body*), prawnie lub faktycznie, kontrolować, kierować lub poważnie wpływać, bezpośrednio lub pośrednio, na import lub eksport w obrotach między państwami członkowskimi, o ile wszakże do takich działań została uprzednio upoważniona przez państwo (które posiada pierwotną kompetencję do regulowania handlu zagranicznego). Tym samym gminny (czy też szerzej: samorządowy) monopol handlowy jest równoznaczny z państwowym monopolem handlowym w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE.

Art. 31 ust. 1 zd. 3 stanowi, że nakaz przekształcenia państwowych monopolii handlowych dotyczy również monopolii delegowanych przez dane państwo członkowskie na rzecz innych podmiotów. Należałoby uznać, że chodzi tutaj o sytuację tzw. monopolu delegowanego, a więc monopolu, który w sensie prawnym przysługuje wprawdzie określonej państwowej lub samorządowej jednostce organizacyjnej (państwowej lub samorządowej instytucji) w rozumieniu przyjętym wyżej, lecz w sensie faktycznym (realizacyjnym) jest wykonywany przez określone przedsiębiorstwo prywatne (które np. otrzymało od państwowego mo-

³⁶ W tym miejscu można by się odwołać do swoistej analogii z przedsiębiorstwami publicznymi, które również – aby mogły zostać uznane za przedsiębiorstwa „publiczne” właśnie – muszą podlegać „decydującemu wpływowi” ze strony władz publicznych. Jak bowiem stanowi art. 2 ust. 1 lit. b dyrektywy Komisji nr 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi i przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, przedsiębiorstwem publicznym jest takie przedsiębiorstwo, „na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać decydujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego, lub zasad, które nim rządzą”; zob. szerzej S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Kraków 2002, s. 172 i n.; trzeba zresztą przyznać, że zdecydowana większość państwowych monopolii handlowych w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE posiada równocześnie status przedsiębiorstw publicznych w powyższym znaczeniu.

³⁷ Orzeczenie ETS w sprawie 30/87 *Corinne Bodson v. SA Pompes funebres des regions liberees*, Zb. Orz. 1988, s. 2479, akapit 17.

nopolu handlowego koncesję na wykonywanie takiej działalności). Inna sprawa, że w skali Wspólnoty sytuacje takie są raczej bardzo rzadkie³⁸.

VII. PAŃSTWOWE MONOPOLE HANDLOWE JAKO INSTYTUCJE WYPOSAŻONE W PRAWA WYŁĄCZNE NA IMPORT, EKSPORT LUB SPRZEDAŻ TOWARÓW

Aby jakiś podmiot państwowy (określony państwowy twór organizacyjny) mógł zostać zakwalifikowany jako państwowy monopol handlowy (w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE), musi być instytucją wyposażoną w określony zakres kompetencji dotyczących handlu zagranicznego. Mianowicie, jak to wynika z treści art. 31 ust. 1 TWE, musi to być instytucja, „przy pomocy której państwo członkowskie, prawnie lub faktycznie, kontroluje, kieruje lub poważnie wpływa, bezpośrednio lub pośrednio, na import lub eksport w obrotach między państwami członkowskimi”. Od razu jednak trzeba zauważyć, że interpretacja powyższej formuły bynajmniej nie jest prosta i bezproblemowa, jako że trudno jest jednoznacznie i w sposób wyczerpujący skatalogować te wszystkie działania omawianej tutaj instytucji (czyli państwowego monopolu handlowego), które są równoznaczne z prawnym lub faktycznym, bezpośrednim lub pośrednim „kontrolowaniem”, „kierowaniem” lub też z „poważnym wpływaniem” na import lub eksport w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi. Kwestia ta nie jest przy tym jednoznacznie rozstrzygana ani w doktrynie, ani też w orzecznictwie organów wspólnotowych.

Wśród wielu rozmaitych stanowisk spotykanych w tym zakresie nie budzi wszakże żadnych wątpliwości pogląd, w myśl którego kontrola czy też kierowanie importem lub eksportem występuje przede wszystkim wówczas, gdy dana instytucja posiada prawa wyłączne (monopolowe) na import lub eksport towarów lub też na sprzedaż (komercjalizację, wprowadzanie do obrotu) towarów importowanych³⁹. W takim bowiem przypadku importowanie określonych towarów lub też ich eksport, a także sprzedaż i wprowadzanie w danym państwie do obrotu tych towarów mogą się odbywać jedynie za pośrednictwem danej instytucji i nie mogą już następować w żaden inny sposób (tj. za pośrednictwem innych, nieupoważnionych w tym zakresie podmiotów). Nie trzeba chyba szerzej wyjaśniać, że jest to najbardziej jaskrawy i najdalej idący przejaw kierowania czy też kontrolowania przez państwo (za pośrednictwem określonej instytucji) importu lub eksportu towarów w obrotach pomiędzy państwami członkowskimi.

Powstaje jednak pytanie, czy w hipotezie art. 31 ust. 1 TWE mieszczą się – oprócz tych instytucji, które zostały wyposażone przez państwo w prawa wy-

³⁸ V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, w: M. A. Dausies (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 871.

³⁹ P. Oliver, *Free movement of goods in the EEC*, op. cit., s. 315–316; V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, op. cit., s. 870; T. Skoczny, *Państwa członkowskie a państwowe monopole handlowe i przedsiębiorstwa publiczne*, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 257.

łączne (monopolowe) w zakresie importu, eksportu lub też sprzedaży towarów – również i inne instytucje, które przecież, w zależności od przyznanych im przez państwo kompetencji, także mogą być uznane za wyczerpujące znamiona podanej wyżej (a trzeba przyznać, że bardzo szerokiej) definicji monopolu handlowego⁴⁰. Jedynie tytułem przykładu można tutaj wskazać, że w definicji tej potencjalnie mogłyby się również mieścić chociażby instytucje kontrolujące (weryfikujące) jakość importowanych lub eksportowanych towarów oraz badające ich zgodność z określonymi normami (np. sanitarnymi, weterynaryjnymi). Można by bowiem, przynajmniej teoretycznie, twierdzić, iż instytucje takie mogą co najmniej „poważnie wpływać” na import lub eksport w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi (w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE).

Nie wydaje się jednak, aby taka szeroka interpretacja art. 31 ust. 1 TWE była w pełni słuszna i prawidłowa. Trzeba bowiem zwrócić uwagę na fakt, że przyjęcie tak ekscesywnej wykładni powołanego przepisu spowodowałoby, że obejmowałby on wówczas swoją hipotezą niemalże wszystkie instytucje, które w jakikolwiek sposób mogą wpływać na handel pomiędzy państwami członkowskimi. W takim zaś przypadku wiele innych przepisów Traktatu mogłoby stać się w dużej mierze bezprzedmiotowymi (np. art. 28, 86 lub 87 TWE). Dlatego też lepiej jest przyjąć, że „instytucjami”, o których mowa w art. 31 ust. 1 TWE, są tylko te organizacje, które zostały wyposażone przez państwo w prawa wyłączne na import, eksport lub też sprzedaż (komercjalizację) towarów⁴¹.

VIII. REGULACJE PRAWNE NIEBĘDĄCE PRAWAMI WYŁĄCZNYMI, LECZ W OKREŚLONY SPOSÓB POWIĄZANE Z PAŃSTWOWYMI MONOPOLAMI HANDLOWYMI

O wiele jednak większe wątpliwości interpretacyjne budzi kwestia, czy w hipotezie art. 31 TWE mieszczą się także, oprócz „instytucji” w przedstawionym wyżej rozumieniu (a więc oprócz państwowych monopolów handlowych *sensu stricto*), pewne rozwiązania prawne, które nie są wprawdzie państwowym monopolem w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale są jednak z tym monopolem w określony sposób powiązane i wywierają ograniczający (restrykcyjny) wpływ na import lub eksport towarów. Wprawdzie wyżej była już mowa o tym, iż państwowym monopolem handlowym w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE może być jedynie określona „instytucja” (czyli pewna jednostka organizacyjna), a nie określona regulacja prawna jako taka, niemniej w omawianym tutaj kontekście nie można przecież zapominać o treści art. 31 ust. 2 TWE, stanowiącego, iż państwa członkowskie nie mogą podejmować żadnych „środków, które byłyby sprzecz-

⁴⁰ Zdaniem T. Skoczego „Tak szerokie ujęcie tych monopolów powoduje, że stwierdzenie spełnienia przesłanek powyższego przepisu [tj. art. 31 ust. 1 TWE – przyp. M. S.] wymaga zbadania każdego konkretnego przypadku oddzielnie, a nie przyjęcia generalnych deklaracji”: T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 51.

⁴¹ F. Gundersen, *Die staatlichen Handelsmonopole und die EWG*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1975, t. 139, s. 4.

ne z zasadami podanymi w ustępie 1 lub które by ograniczały postanowienia artykułów dotyczących zakazu cel i ograniczeń ilościowych we wzajemnych obrotach pomiędzy państwami członkowskimi”. Nie ulega zaś wątpliwości, że sformułowanie o „środkach”, które są sprzeczne z zasadami zawartymi w art. 31 ust. 1 TWE lub też które ograniczają skutek przepisów TWE o zakazie stosowania cel oraz ograniczeń ilościowych, jest dostatecznie pojemne, by objąć swym zakresem nie tylko określone „instytucje” (czyli państwowe monopole handlowe *sensu stricto*), ale także pewne rozwiązania prawne z tymi instytucjami związane i wywierające przy tym takie skutki, którym art. 31 TWE ma w swoim założeniu zapobiegać.

Od razu jednak trzeba zauważyć, że nie jest bynajmniej wcale takie pewne, czy przedstawiona powyżej interpretacja art. 31 TWE (a zwłaszcza ust. 2 tego artykułu) jest słuszna, jako że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości jest w tym zakresie stosunkowo rozbieżne (a w każdym bądź razie niejednoznaczne) i nie dostarcza nam w pełni zadowalających odpowiedzi na wszystkie pojawiające się w omawianym tutaj kontekście pytania. I tak, w słynnym orzeczeniu *Cassis de Dijon* Trybunał stwierdził, iż art. 31 TWE jest przepisem szczególnym, który odnosi się do państwowych monopolów handlowych. Z tej też przyczyny przepis ten jest całkowicie irrelevantny (pozbawiony jakiegokolwiek znaczenia), jeśli chodzi o przepisy (regulacje) krajowe, które nie dotyczą wykonywania przez publiczny monopol jego specyficznej funkcji, a mianowicie prawa wyłącznego, lecz które w ogólny sposób dotyczą produkcji i wprowadzania do obrotu pewnych towarów (w tym konkretnym przypadku chodziło o napoje alkoholowe), nawet jeżeli towary te są objęte państwowym monopolem handlowym. Regulacje takie bowiem powinny być oceniane pod kątem zgodności z art. 28 TWE, a nie art. 31 TWE⁴². Z orzeczenia tego wynika zatem, że art. 31 TWE (i to w swojej całości, a więc we wszystkich swoich ustępach, jako że ETS nie ograniczył bynajmniej swojego stwierdzenia do samego tylko art. 31 ust. 1 TWE) dotyczy jedynie określonych instytucji (czyli właśnie państwowych monopolów handlowych), posiadających przy tym prawa wyłączne na import lub eksport towarów (bo właśnie prawa wyłączne są istotą państwowego monopolu handlowego). W żadnym natomiast razie przepis ten nie odnosi się do innego rodzaju regulacji handlowych dotyczących określonych towarów. Nie zmienia przy tym tego nawet fakt, że towary te są objęte w danym państwie krajowym monopolem handlowym.

Podobne stanowisko Trybunał Sprawiedliwości zajął w dwóch innych orzeczeniach (wydanych zresztą w tym samym roku co orzeczenie w sprawie *Cassis de Dijon*), w których konsekwentnie stwierdzał, że art. 31 TWE dotyczy jedynie takich rodzajów działalności, które są w istotny i immanentny (*intrinsically*) sposób związane z wykonywaniem specyficznych funkcji monopolu. Przepis ten jest natomiast irrelevantny w odniesieniu do przepisów prawa krajowego niemają-

⁴² Orzeczenie ETS w sprawie 120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Zb. Orz. 1979, s. 649, pkt 7.

cych związku z tą specyficzną funkcją monopolu⁴³. Stwierdzenie o ograniczeniu zakresu art. 31 TWE jedynie do „specyficznych funkcji monopolu” zawierało niedwuznaczną sugestię, że przepis ten dotyczy jedynie instytucji (monopoli) posiadających prawa wyłączne na import lub eksport towarów (bo właśnie na tym polega specyficzna funkcja monopolu) i nie odnosi się już w żadnym razie do innego rodzaju regulacji handlowych, chociażby były one z tym monopolem związane.

W tym miejscu należałoby wszakże wspomnieć również o innych orzeczeniach Trybunału, w których zaprezentował tezę zdecydowanie odmienną. Mianowicie, w orzeczeniach w sprawie *Miritz* oraz *Landau* uznał, iż „art. 31 ust. 1 TWE dotyczy nie tylko ograniczeń ilościowych, lecz zabrania wszelkiej dyskryminacji pomiędzy obywatelami państw członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu. Wynika z tego, że jego zastosowanie nie jest bynajmniej ograniczone do importu lub eksportu, które są bezpośrednio objęte monopolem, lecz obejmuje również wszelkie środki, które są powiązane z istnieniem monopolu i wpływają na handel pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie określonych towarów, bez względu przy tym na to, czy towary te są objęte monopolem czy też nie”⁴⁴. W orzeczeniach tych Trybunał jasno dał zatem do zrozumienia, że art. 31 ust. 1 TWE dotyczy nie tylko określonych instytucji (monopoli), którym przysługują prawa wyłączne w zakresie importu lub eksportu, lecz dotyczy również wszelkich innych środków (wszelkich innych regulacji prawnych), które są w jakiś sposób powiązane z istnieniem państwowego monopolu handlowego i które wywołują skutek w postaci dyskryminacji pomiędzy obywatelami państw członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu. Zwraca przy tym uwagę fakt, że taką rozszerzającą wykładnię Trybunał zastosował nie tyle wobec art. 31 ust. 2 TWE (gdzie, jak to zostało już wspomniane, rzeczywiście jest mowa o „środkach” sprzecznych z zasadami zawartymi w art. 31 ust. 1 TWE), lecz raczej wobec art. 31 ust. 1 TWE, który to przepis mówi przecież o określonych „instytucjach”, będących państwowymi monopolami handlowymi. Powstaje zatem pytanie, jak tak naprawdę należy rozumieć art. 31 ust. 1 i 2 TWE i jakie w istocie sytuacje (stany faktyczne) mieszczą się w zakresie zastosowania tychże przepisów.

Otóż wydaje się, że – jak była już zresztą o tym mowa – art. 31 ust. 1 TWE powinien być odnoszony jedynie do określonych „instytucji” (tj. państwowych, względnie też samorządowych jednostek organizacyjnych), którym państwo przyznało prawa wyłączne (monopolowe) w zakresie importu, eksportu lub też komercjalizacji pewnych towarów, czyli przyznało im przez to uprawnienia (kompetencje) pozwalające tym instytucjom (a tym samym państwu) „poważnie

⁴³ Orzeczenia ETS w sprawach: 86/78 *SA des grandes distilleries Peureux v. Directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort*, Zb. Orz. 1979, s. 897, pkt 35; 119/78 *SA des grandes distilleries Peureux v. Directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort*, Zb. Orz. 1979, s. 975, pkt 28.

⁴⁴ Orzeczenia ETS w sprawach: 91/75 *Hauptzollamt Göttingen et Bundesfinanzminister v. Wolfgang Miritz GmbH & Co.*, Zb. Orz. 1976, s. 217, pkt 8; 45/75 *Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels GmbH v. Hauptzollamt Landau/Pfalz*, Zb. Orz. 1976, s. 181, pkt 26; zob. też orzeczenie ETS w sprawie 13/70 *Francesco Cinzano & Cia GmbH v. Hauptzollamt Saarbrücken*, Zb. Orz. 1970, s. 1089, pkt 5.

wpływać” na import lub eksport w relacjach pomiędzy państwami członkowskimi. Natomiast art. 31 ust. 2 TWE może być stosowany wobec wszelkich innych regulacji prawnych (regulacji handlowych), które są w określony – najczęściej funkcjonalny lub też instytucjonalny – sposób powiązane z istnieniem państwowego monopolu handlowego i które równocześnie wywołują skutek zakazany przez art. 31 ust. 1 TWE, tj. powodują dyskryminację pomiędzy obywatelami państw członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu pewnych towarów. Jedynie tytułem przykładu można wskazać, iż chodziłoby tutaj chociażby o różnego rodzaju opłaty nakładane wyłącznie na towary sprowadzane z innych państw członkowskich, które to opłaty miałyby w swoim założeniu pokrywać określone koszty (np. koszty administracyjne) ponoszone przez państwowy monopol handlowy⁴⁵ lub też które to opłaty byłyby swoistym ekwiwalentem (ceną) za zwolnienie towarów importowanych spod krajowego monopolu (dzięki czemu towary importowane mogłyby być wprowadzane do obrotu w sposób wolny, w przeciwieństwie do analogicznych towarów krajowych, poddanych monopolowi).

W tym kontekście na uwagę zasługuje teza wypowiedziana przez ETS w sprawie *Franzen*, zgodnie z którą te ostatnie regulacje (a więc regulacje, które formalnie rzecz biorąc nie dotyczą praw wyłącznych przysługujących określonej instytucji, tj. państwowemu monopolowi handlowemu, lecz wykazują jedynie z tym monopolom określony związek) powinny być oceniane nie przez pryzmat art. 31 TWE, lecz raczej w świetle art. 28 TWE, zakazującego stosowania wszelkich ograniczeń o skutkach równoważnych do ograniczeń ilościowych⁴⁶. Komentując powyższą tezę, należałoby wszakże zauważyć, że nie jest ona bynajmniej aż tak bardzo sprzeczna z tym, co zostało już wyżej powiedziane. Nie ma przecież, jak się wydaje, żadnych przeszkód ku temu, aby wspomniane regulacje podlegały kumulatywnej kwalifikacji prawnej: z jednej strony mogą być one bowiem oceniane pod kątem zgodności z art. 31 TWE, z drugiej natomiast strony mogą też podlegać testowi zgodności z art. 28 TWE. Trzeba przy tym zauważyć, że o ile art. 31 TWE zakazuje stosowania jedynie regulacji o charakterze dyskryminującym (w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu), o tyle art. 28 TWE jest skierowany przeciwko wszelkim ograniczeniom w swobodnym przepływie towarów (a mówiąc bardziej precyzyjnie, przeciwko wszelkim ograniczeniom o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych), bez względu na to, czy mają one charakter dyskryminujący czy też nie⁴⁷. Dlatego też jeżeli omawiane tutaj regu-

⁴⁵ Orzeczenie ETS w sprawie 45/75 *Rewe-Zentrale des Lebensmittel-Großhandels GmbH v. Hauptzollamt Landau/Pfalz*, Zb. Orz. 1976, s. 181, pkt 25–26.

⁴⁶ Orzeczenie ETS w sprawie C-189/95 *Postępowanie karne v. Harry Franzen*, Zb. Orz. 1997, s. 1-5909, pkt 35–36.

⁴⁷ Jak wynika z ustalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, „ograniczeniami o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych”, o których mowa w art. 28 TWE, są „wszelkie regulacje (środki) przyjmowane przez państwa członkowskie, które są w stanie – bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie – przeszkodzić w handlu między państwami członkowskimi” (tzw. formuła *Dassonville*), zob. orzeczenia ETS w sprawach: 8/74 *Procureur du Roi v. Benoit i Gustave Dassonville*, Zb. Orz. 1974, s. 837, pkt 5; C-267 i 268/91 *Postępowanie karne v. Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. 1-6097, pkt 16; C-71/02 *Herbert Kamer Industrie-Auktionen*

lacje – ustanowione przez dane państwo członkowskie – miałyby w konkretnym przypadku charakter dyskryminujący, to wówczas byłyby one sprzeczne zarówno z art. 31 TWE, jak też z art. 28 TWE. Jeżeli natomiast regulacje te nie miałyby charakteru dyskryminującego (i byłyby stosowane bez względu na fakt krajowego lub też zagranicznego pochodzenia określonych towarów), to wówczas byłyby one wprawdzie zgodne z art. 31 TWE, lecz – zakładając, że zostałyby uznane za zdolne przeszkodzić, co najmniej potencjalnie lub pośrednio, w handlu wewnątrzwspólnotowym w rozumieniu orzeczenia *Dassonville* – pozostawałyby w sprzeczności z art. 28 TWE i musiałyby być w związku z tym przez dane państwo członkowskie wyeliminowane (chyba że należałyby one do kategorii tzw. niedyskryminujących *selling arrangements* w rozumieniu orzeczenia ETS w sprawie *Keck–Mithouard*⁴⁸ w tym ostatnim przypadku regulacje te nie byłyby w ogóle objęte przez art. 28 TWE i mogłyby być przez dane państwo członkowskie zachowane).

IX. ZAGADNIENIE LEGALNOŚCI PRAW WYŁĄCZNYCH NA IMPORT, EKSPORT LUB SPRZEDAŻ TOWARÓW ORAZ NAKAZ „ZREORGANIZOWANIA” PAŃSTWOWYCH MONOPOLI HANDLOWYCH

Kwestia zgodności z prawem wspólnotowym omówionych wyżej regulacji (tj. regulacji, które z formalnego punktu widzenia nie dotyczą praw wyłącznych przysługujących określonej instytucji, czyli państwowemu monopolowi handlowemu, lecz wykazują jedynie z tym monopolem określony związek) nie budzi żadnych większych sporów oraz kontrowersji (kwestię tę należy bowiem rozstrzygać zgodnie z podanymi wyżej zasadami), natomiast zdecydowanie bardziej kontrowersyjne jest zagadnienie zgodności z prawem wspólnotowym praw wyłącznych

GmbH v. Troostwijk GmbH, Zb. Orz. 2004, s. I-3025, pkt 36; C-24/00 *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. 2004, s. I-1277, pkt 22; C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV i Jacques Waterval*, Zb. Orz. 2003, s. I-14887, pkt 66; C-192/01 *Komisja v. Dania*, Zb. Orz. 2003, s. I-9693, pkt 39; C-137/00 *The Queen v. The Competition Commission, Secretary of State for Trade and Industry i The Director General of Fair Trading, ex parte Milk Marque Ltd i National Farmers' Union*, Zb. Orz. 2003, s. I-7975, pkt 113; C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte i Planziige v. Austria*, Zb. Orz. 2003, s. I-5659, pkt 56.

⁴⁸ W orzeczeniu *Keck–Mithouard* Trybunał dokonał podziału krajowych regulacji związanych z towarami na: 1) regulacje dotyczące bezpośrednio samego towaru (np. jego nazwy, rodzaju, kształtu, wymiarów, jakości, składu, wagi, oznakowania i opakowania) oraz 2) regulacje dotyczące sposobów sprzedaży towaru, a odnoszące się np. do jego reklamy, promocji, miejsca, czasu lub sposobu wprowadzania na rynek (tzw. *selling arrangements*), zob. orzeczenie ETS w sprawie C-267 i 268/91 *Postępowanie karne v. Bernard Keck i Daniel Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. I-6097, pkt 15–16; na temat problemów związanych z odróżnianiem od siebie regulacji dotyczących bezpośrednio samego towaru (tzw. *produktbezogene Regelungen*) oraz regulacji dotyczących sposobów jego sprzedaży (*Verkaufsmodalitäten, vertriebsbezogene Regelungen, selling arrangements*) zob. szerzej K.H. Fezer, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts*, „Juristenzeitung” 1994, nr 7, s. 320 i n.; P.O. Mtilbert, *Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1995, t. 159, s. 17–18; W.H. Roth, *Case law. Court of Justice. Joined Cases C-267 and C-268/91, Bernard Keck and Daniel Mithouard*, „Common Market Law Review” 1994, vol. 31, s. 851 i n.; S. Weatherill, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, „Common Market Law Review” 1996, vol. 33, s. 894 i n.

(monopolowych) przysługujących określonej instytucji, czyli państwowemu monopolowi handlowemu (należy przy tym przypomnieć, że chodzi tutaj o prawa wyłączne w zakresie importu, eksportu oraz wprowadzania do obrotu określonych towarów). Literalnie rzecz biorąc art. 31 ust. 1 TWE nakazuje państwom członkowskim „zreorganizować” (*adjust*) państwowe monopole o charakterze handlowym (czyli instytucje dysponujące prawami wyłącznymi) w ten sposób, aby wykluczona została wszelka dyskryminacja pomiędzy obywatelami państw członkowskich w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu. Sformułowanie „zreorganizować” dało przy tym wielu przedstawicielom doktryny asumpt do twierdzeń, że państwa członkowskie nie muszą bynajmniej eliminować (znosić) przysługujących określonym instytucjom praw wyłącznych (monopolowych) na import, eksport lub też komercjalizację importowanych towarów, lecz powinny jedynie dostosować te prawa do zawartego w art. 31 TWE wymogu niedyskryminacji. W rezultacie prawa wyłączne (a tym samym państwowe monopole handlowe) nie są zakazane i nielegalne *per se*, lecz muszą być jedynie zreorganizowane (tak, aby odtąd nie wywoływały już dyskryminujących skutków i nie funkcjonowały w dyskryminacyjny sposób)⁴⁹.

Powyższego poglądu broniła również początkowo sama Komisja Europejska (aczkolwiek z pewnymi zastrzeżeniami). Mianowicie, w wydanych przez siebie – jeszcze w czasie trwania okresu przejściowego, a więc w latach 60. ubiegłego wieku – i skierowanych do państw członkowskich rekomendacjach stwierdziła, że jeżeli jej zalecenia dotyczące sposobów zreorganizowania utrzymywanych przez państwa członkowskie krajowych monopolów handlowych nie spowodują, że import towarów poddanych tym monopolom będzie się odbywał na takich warunkach, jakie wynikają ze zniesienia ceł oraz ograniczeń ilościowych (a więc jeżeli import ten nie będzie się odbywał na warunkach niedyskryminacyjnych), to wówczas przysługujące tym monopolom handlowym prawa wyłączne zostaną uznane za niezgodne z Traktatem⁵⁰. W rekomendacjach tych Komisja wskazała przy tym na cały szereg działań czy też praktyk o charakterze typowo dyskryminacyjnym, jakich dopuszczały się poszczególne – analizowane przez nią – państwowe monopole handlowe. Mianowicie, monopole te w sposób arbitralny ograniczały import towarów z innych państw członkowskich, ustalały ceny detaliczne towarów importowanych na poziomie o wiele wyższym niż ceny analogicznych towarów krajowych, wreszcie dyskryminowały towary importowane w zakresie

⁴⁹ Por. J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *Textbook on ECLaw*, Oxford 2003, s. 278; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, London 1980, s. 112–113; W. Kilian, *Europaisches Wirtschaftsrecht*, München 2003, s. 204; R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 240; T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 56.

⁵⁰ Zob. rekomendację Komisji dla Francji w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w zakresie wyrobów tytoniowych, Dz.Urz. WE 1962, L 48/1500; rekomendację Komisji dla Francji w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie wyrobów zapalczanych, Dz.Urz. WE 1962, L 48/1502; rekomendację Komisji dla Włoch w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie wyrobów zapalczanych, Dz.Urz. WE 1962, L 48/1505; rekomendację Komisji dla Francji w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie wyrobów potasowych, Dz.Urz. WE 1962, L 48/1506.

warunków reklamy. Nie ulega żadnej wątpliwości, że tego rodzaju działania były i są w świetle art. 31 TWE całkowicie niedopuszczalne.

Z kolei w rekomendacjach wydanych kilka lat później Komisja zasugerowała, że zniesienie praw wyłącznych na import lub eksport towarów byłoby jednak najbardziej efektywnym środkiem wypełnienia przez państwa członkowskie ich zobowiązań traktatowych⁵¹. Komisja nie posunęła się wszakże aż tak daleko, aby stwierdzić, że prawa wyłączne są nielegalne *per se*.

W tym kontekście na uwagę zasługuje stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w orzeczeniu w sprawie *Manghera* (wydanym w 1976 r.)⁵². Otóż Trybunał stwierdził tam, iż celem art. 31 ust. 1 TWE „jest zapewnienie zgodności z fundamentalną zasadą swobody przepływu towarów na wspólnym rynku, w szczególności przez zniesienie ograniczeń ilościowych oraz środków o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych w handlu pomiędzy państwami członkowskimi. Cel ten nie byłby osiągnięty, gdyby w tych państwach członkowskich, w których istnieje państwowy monopol handlowy, swobodny przepływ z innych państw członkowskich towarów podobnych do tych, które są poddane krajowemu monopolowi, nie był zapewniony. (...) Dlatego też przysługujące państwowemu monopolowi handlowemu wyłączne prawo importu towarów, które on sam produkuje, stanowi, w odniesieniu do eksporterów wspólnotowych, dyskryminację zakazaną przez art. 31 ust. 1 TWE. (...) Art. 31 ust. 1 Traktatu musi być zatem interpretowany w ten sposób, że od dnia 31 grudnia 1969 r. każdy państwowy monopol handlowy musi być tak zreorganizowany, żeby wyeliminować prawa wyłączne na import z innych państw członkowskich” (pkt 9–13 orzeczenia).

Z orzeczenia tego wynika zatem, że każdy monopol handlowy posiadający prawo wyłączne na import określonych towarów już sam przez się prowadzi (lub też co najmniej może potencjalnie prowadzić) do zakazanej przez art. 31 ust. 1 TWE dyskryminacji. Dlatego też tego rodzaju prawa wyłączne powinny być co do zasady wyeliminowane, i to nie tylko wtedy, gdy dotyczą tych towarów, które są przez dany krajowy monopol produkowane⁵³.

Również niektórzy przedstawiciele doktryny podążyli tokiem rozumowania wskazanym przez Trybunał w powyższym orzeczeniu i uznali, że zasadniczo prawa wyłączne na import i eksport towarów są w świetle art. 31 ust. 1 TWE niedopuszczalne, gdyż zawsze prowadzą w swoim efekcie do dyskryminacji przynależnych wspólnotowych. Jeżeli bowiem dany monopol handlowy posiada prawa wyłączne na import pewnych towarów, to wówczas oferenci tychże towarów z innych państw członkowskich nie mogą już ich sprowadzać do danego państwa

⁵¹ Zob. rekomendację Komisji dla Francji w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie wyrobów potasowych, Dz.Urz. WE 1970, L 6/13; rekomendację Komisji dla Włoch w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie zapalniczek papierosowych, Dz.Urz. WE 1970, L 6/16; rekomendację Komisji dla Włoch w sprawie zreorganizowania państwowego monopolu handlowego w dziedzinie wyrobów zapalczanych, Dz.Urz. WE 1970, L 31/1.

⁵² Orzeczenie ETS w sprawie 59/75 *Pubblico Ministero v. Flavia Manghera i inni*, Zb. Orz. 1976, s. 91.

⁵³ Por. D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 114.

(i są w ten sposób dyskryminowani). Z kolei jeżeli dany monopol posiada prawo wyłączne na eksport pewnych towarów, to wówczas odbiorcy tychże towarów w innych państwach mogą zaspokajać swoje potrzeby jedynie za pośrednictwem tego monopolu, a nie za pośrednictwem innych przedsiębiorstw wspólnotowych (i też są wtedy dyskryminowani). Zdaniem *V Emmericha* „Wynika stąd, że w każdym razie w stosunkach między państwami członkowskimi autentyczna reorganizacja monopolu jest zasadniczo możliwa jedynie poprzez usunięcie, tzn. likwidację wyłącznych praw do importu i eksportu, przysługujących monopolowi handlowemu, ponieważ tylko wówczas rzeczywiście odebrana będzie monopolowi handlowemu wszelka możliwość dyskryminacji produktów zagranicznych, np. w zakresie warunków zbytu lub w dziedzinie reklamy. W konsekwencji w stosunkach między państwami członkowskimi art. 37 ust. 1 TWE [obecnie jest to art. 31 ust. 1 TWE – przyp. M. S.] oznacza zasadniczo koniec monopolu handlowych”⁵⁴.

Wydaje się, iż pogląd powyższy należałoby w pełni podzielić. Szukając przy tym argumentów na jego poparcie, należałoby chociażby zauważyć, że art. 31 ust. 1 TWE wymaga, aby „wszelka dyskryminacja” w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu „została wykluczona”. Sformułowanie zaś o konieczności „wykluczenia wszelkiej dyskryminacji” sugeruje, że wyeliminowane powinny być nie tylko przejawy rzeczywistej i już stwierdzonej dyskryminacji, ale także wszelkie potencjalne źródła przyszłej (możliwej) dyskryminacji, tak aby została ona rzeczywiście – jak chce tego art. 31 ust. 1 TWE – „wykluczona”. Takim zaś zasadniczym źródłem potencjalnej dyskryminacji jest samo prawo wyłączne jako takie (tj. prawo wyłączne na import lub eksport towarów bądź też na sprzedaż towarów importowanych), gdyż dopóki ono istnieje, zawsze będzie istniała potencjalna groźba, iż towary importowane zostaną potraktowane przez dany monopol gorzej (mniej korzystnie) niż towary krajowe (lub też, że towary przeznaczone na eksport do innych państw członkowskich zostaną potraktowane przez dany monopol gorzej niż towary przeznaczone na rynek krajowy). W sytuacji zatem istnienia omawianych tutaj praw wyłącznych zakazana przez art. 31 ust. 1 TWE dyskryminacja zawsze może wystąpić, o ile tylko dany państwowy monopol handlowy, korzystając z bardzo dużych możliwości swobodnego i dyskrejonalnego działania, na taką dyskryminację się zdecyduje. Aby ją ostatecznie i jednoznacznie wykluczyć, przysługujące określonej instytucji prawo wyłączne powinno być bezwzględnie zniesione (wyeliminowane)⁵⁵. Trzeba ponadto zauważyć, że przysługujące danemu państwowemu monopolowi handlowemu prawo wyłączne na import lub eksport towarów stanowi samo w sobie określone (i to bardzo poważne) ograniczenie swobodnego przepływu towarów pomiędzy państwami członkowskimi (gdyż wyklucza możliwość swobodnego dokonywania transakcji

⁵⁴ V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, op. cit., s. 876; również M. Schweitzer oraz W. Hummer uważają, że zawarty w art. 31 TWE nakaz „zreorganizowania” państwowych monopolu handlowych oznacza w istocie konieczność zniesienia przez państwa członkowskie praw wyłącznych, zob. M. Schweitzer, W. Hummer, *Europarecht*, Frankfurt am Main 1985, s. 245.

⁵⁵ F. Gundersen, *Die staatlichen Handelsmonopole und die EWG*, op. cit., s. 7.

określonymi towarami), przy czym ograniczenie to dotyczy zawsze albo towarów pochodzących z innych państw członkowskich (w przypadku praw wyłącznych na import towarów), albo też towarów przeznaczonych dla innych państw członkowskich (w przypadku praw wyłącznych na eksport). Tym samym z prawem wyłącznym na import lub eksport już niejako w immanentny i nierozzerwalny sposób powiązana jest określona (formalna) dyskryminacja, gdyż import i eksport to kategorie działań odnoszące się do pewnej grupy towarów wyróżnionej ze względu na ich pochodzenie lub przeznaczenie. Prowadzi to do wniosku, że prawa wyłączne na import i eksport są dyskryminujące już z samej swojej istoty i dlatego też powinny być co do zasady wyeliminowane.

Inaczej natomiast wypadłoby ocenić prawa wyłączne na sprzedaż (tj. na komercjalizację czy też na wprowadzanie do obrotu) określonych towarów. Z jednej bowiem strony może być tak, że tego rodzaju prawa będą dotyczyły jedynie towarów importowanych (tj. sprowadzanych z innych państw członkowskich); wówczas też będą one oczywiście nielegalne *per se*, jako że będą przedstawiały sobą formalną dyskryminację, zakazaną w świetle art. 31 ust. 1 TWE. Z drugiej jednak strony nie jest wykluczona sytuacja, w której przysługujące określonemu monopolowi handlowemu prawo wyłączne na sprzedaż pewnych towarów będzie dotyczyło w równym stopniu towarów krajowych, jak i importowanych. W takim zaś przypadku, jeżeli poddane monopolowi towary krajowe oraz pochodzące z innych państw członkowskich rzeczywiście zostaną postawione w takiej samej sytuacji (zarówno w sensie prawnym, jak też faktycznym), to wówczas monopol taki będzie zgodny z art. 31 ust. 1 TWE, gdyż nie naruszy zawartego w tym przepisie zakazu dyskryminacji. Taki właśnie wniosek płynie z orzeczenia w sprawie *Franzen*, w którym Trybunał Sprawiedliwości oceniał zgodność z art. 31 ust. 1 TWE prawa wyłącznego, jakie przysługiwało spółce *Systembolaget Aktiebolag* (będącej w całości własnością państwa szwedzkiego) na detaliczną sprzedaż w Szwecji wina, mocnego piwa oraz wyrobów spirytusowych (i to zarówno krajowego, jak też sprowadzanego z innych państw członkowskich). Po dogłębnym zbadaniu organizacji oraz zasad działania szwedzkiego monopolu handlowego Trybunał uznał ostatecznie, że nie występuje w tym przypadku żadna dyskryminacja (ani faktyczna, ani też prawna) w zakresie warunków zaopatrzenia i zbytu pomiędzy obywatelami państw członkowskich, co sprawia, że monopol taki jest w pełni zgodny z art. 31 ust. 1 TWE⁵⁶.

⁵⁶ Orzeczenie ETS w sprawie C-189/95 *Postępowanie karne v. Harry Franzen*, Zb. Orz. 1997, s. I-5909, pkt 15, 37–66; na marginesie warto zauważyć, że szwedzki monopol handlowy w dziedzinie alkoholu dotyczył jedynie sprzedaży detalicznej, a nie hurtowej. W tym kontekście twierdzi się niekiedy, że organy wspólnotowe skłonne są nieco łagodniej oraz bardziej przychylnie dla państw członkowskich oceniać zgodność z art. 31 ust. 1 TWE praw wyłącznych na handel detaliczny niż analogicznych praw na handel hurtowy. Jeśli chodzi bowiem o prawa wyłączne na handel hurtowy, to nawet jeżeli dotyczą one w równej mierze towarów krajowych oraz importowanych, i tak najczęściej są one uznawane za sprzeczne z art. 31 ust. 1 TWE, zob. T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 58; ta ich sprzeczność z powołanym przepisem wynika przy tym – jak się wydaje – z tego, że nawet w takim przypadku państwowy monopol handlowy posiada co najmniej potencjalną możliwość stawiania towarów importowanych w gorszej sytuacji niż towary krajowe (a zatem powinien być w świetle art. 31 ust. 1 TWE wyeliminowany, skoro przepis ten nakazuje „wykluczyć wszelką

X. ODSTĘPSTWA ORAZ DEROGACJE OD ZASAD ZAWARTYCH W ART. 31 TWE

Można w tym miejscu postawić pytanie, czy zawarty w art. 31 ust. 1 TWE nakaz zreorganizowania państwowych monopolów handlowych (równoznaczny w zasadzie, jak to zostało już wyżej powiedziane, z nakazem wycofania przez państwa członkowskie praw wyłącznych na import lub eksport towarów oraz z nakazem bardzo poważnego ograniczenia praw wyłącznych na sprzedaż towarów), a także zawarty w art. 31 ust. 2 TWE zakaz stosowania przez państwa członkowskie regulacji prawnych („środków”), które formalnie rzecz biorąc nie dotyczą praw wyłącznych przysługujących określonej instytucji, tj. państwowemu monopolowi handlowemu, lecz wykazują jednak z tym monopolom określony związek, ma charakter bezwzględny (absolutny), czy też może istnieją w tym zakresie jakieś wyjątki (odstępstwa), o charakterze skodyfikowanym bądź też orzecznictwem (analogicznie, jak to ma miejsce w przypadku wszystkich innych „przepisów generalnie zakazujących”⁵⁷ zawartych w ramach reguł TWE o swobodnym transgranicznym przepływie). Otóż wydaje się, że jeżeli chodzi o przysługujące państwowemu monopolowi handlowemu *sensu stricto* prawa wyłączne na import lub eksport towarów (które to prawa zawsze w zasadzie należałoby uznawać za mające charakter dyskryminujący), to w tym zakresie nie można stosować ani wyjątku zawartego w art. 30 TWE⁵⁸ (ten ostatni przepis stanowi, że „Postanowienia artykułów 28 i 29 nie wyłączają możliwości ustanowienia zakazów lub ograniczeń przywozu, wywozu lub tranzytu, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego; ochroną zdrowia i życia ludzi oraz zwierząt lub ochroną roślin, ochroną majątku narodowego posiadającego wartość artystyczną, historyczną lub archeologiczną, lub też ochroną własności przemysłowej i handlowej. Powyższe zakazy i ograniczenia nie powinny jednak stanowić środków samowolnej dyskryminacji ani ukrytego ograniczania handlu pomiędzy państwami członkowskimi”), ani też wyjątków dopuszczonych w orzecznictwie wymogów imperatywnych (trzeba bowiem pamiętać, że odstępstwa od zasady swobodnego przepływu towarów motywowane tzw. wymogami imperatywnymi wchodzi w grę jedynie w przypadku tych przeszkód w swobodnym przepływie, które mają charakter

dyskryminację”). Teoretycznie analogiczną uwagę dałoby się odnieść także do monopolu w zakresie handlu detalicznego. Jednakże mimo to prawa wyłączne w tym ostatnim zakresie są traktowane nieco łagodniej (jak tego dowodzi orzeczenie ETS w sprawie *Franzen*), choć oczywiście również i one powinny być tak ukształtowane oraz wykonywane, aby nie dochodziło do żadnych przejawów zakazanej przez art. 31 ust. 1 TWE dyskryminacji. Inaczej uważa J.L. Buendia Sierra, którego zdaniem również prawa wyłączne w zakresie sprzedaży detalicznej mają charakter *per se* dyskryminujący i dlatego też są one same przez się sprzeczne z art. 31 ust. 1 TWE, zob. J.L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive rights and other anti-competitive State measures*, w: J. Fauli, A. Nikpay (red.), *The EC law of competition*, op. cit., s. 309.

⁵⁷ P.J. Slot, *Harmonisation*, „European Law Review” 1996, vol. 21, s. 379.

⁵⁸ Por. D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 116; P. Oliver, *Free movement of goods in the EEC*, op. cit., s. 324; inaczej Adwokat Generalny Roemer w swojej opinii w sprawie 82/71 *Ministere public de la Italian Republic v. Societa agricola industria latte (SAIL)*, „Common Market Law Reports” 1972, vol. 11, s. 731.

niedyskryminujący)⁵⁹. Z kolei w przypadku tych praw wyłącznych na sprzedaż towarów, które mają charakter niedyskryminujący (i są w związku z tym w świetle art. 31 ust. 1 TWE dozwolone), nie ma konieczności stosowania wyjątków (delegacji) dopuszczonych przez art. 30 TWE lub też przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości⁶⁰ (chyba, żeby uznać, iż takie prawo wyłączne – dopuszczalne w świetle art. 31 ust. 1 TWE – jest jednak zakazane przez art. 28 TWE, jako będące środkiem o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych; wątpliwe jest wszakże, czy taka interpretacja jest słuszna)⁶¹.

Jeżeli chodzi natomiast o regulacje prawne („środki”), które wprowadzie formalnie rzecz biorąc nie dotyczą praw wyłącznych przysługujących państwowemu monopolowi handlowemu *sensu stricto*, lecz wykazują jednak z tym monopolem określony związek, to w tym zakresie możliwe jest, jak to zostało już powiedziane, stosowanie nie tylko art. 31 ust. 2 TWE, lecz również art. 28 TWE. W związku z tym, jeżeli w danym przypadku określona regulacja okazałaby się sprzeczna z art. 28 TWE, to możliwe byłoby odwołanie się – na ogólnych zasadach – bądź to do art. 30 TWE, bądź też do orzeczniczej doktryny wymogów imperatywnych. Możliwość taką należałoby przy tym dopuścić nawet w przypadku regulacji, które mają charakter dyskryminujący i są w związku z tym sprzeczne z art. 31 ust. 2 TWE (oczywiście, w tym ostatnim przypadku wchodziłaby w grę jedynie możliwość skorzystania z art. 30 TWE)⁶².

Na zakończenie tej części rozważań należałoby wspomnieć o jeszcze jednej możliwości odstępowania przez państwa członkowskie od zasad zawartych w art. 31 TWE, przy czym możliwość ta dotyczy odstąpienia zarówno od zakazu utrzymywania (i przyznawania określonym instytucjom) praw wyłącznych na import, eksport lub sprzedaż towarów, jak też od zakazu stosowania regulacji

⁵⁹ Zob. np. orzeczenia ETS w sprawach: 788/79 *Postępowanie karne v. Herbert Gilli i Paul Andres*, Zb. Orz. 1980, s. 2071, pkt 5–6; 113/80 *Komisja v. Irlandia*, Zb. Orz. 1981, s. 1625, pkt 10.

⁶⁰ Faktem jest przy tym, że w orzeczeniu w sprawie *Franzen* Trybunał zasugerował możliwość zastosowania doktryny wymogów imperatywnych w odniesieniu do państwowych monopolu handlowych, stwierdzając, że „Celem art. 37 Traktatu jest pogodzenie ze sobą możliwości utrzymywania przez państwa członkowskie niektórych państwowych monopolu handlowych jako instrumentu realizowania określonych celów w interesie publicznym z wymogami ustanowienia i funkcjonowania wspólnego rynku. (...) W rozpatrywanej sprawie nie ulega wątpliwości, że krajowy monopol na detaliczną sprzedaż napojów alkoholowych, taki jak przyznany *Systembolaget*, zmierzający do ochrony zdrowia publicznego przed szkodliwymi następstwami alkoholu, realizuje cel w interesie publicznym”: orzeczenie ETS w sprawie C-189/95 *Postępowanie karne v. Harry Franzen*, Zb. Orz. 1997, s. 1-5909, pkt 39 i 41; jednakże ostatecznie Trybunał nie musiał stosować omawianej tutaj doktryny wymogów imperatywnych w odniesieniu do szwedzkiego monopolu handlowego, gdyż monopol ten okazał się mieć charakter niedyskryminacyjny. Tym samym nie był on w świetle art. 31 ust. 1 TWE zakazany, zob. P.J. Slot, *Case law. Court of Justice. Cases C-157/94, Commission v. Netherlands; C-158/94, Commission v. Italy; C-159/94, Commission v. France; C-160/94, Commission v. Spain; C-189/95, Harry Franzen*, „Common Market Law Review” 1998, vol. 35, s. 1195–1196.

⁶¹ Przeważnie uznaje się bowiem, że do państwowych monopolu handlowych *sensu stricto* art. 31 TWE powinien być stosowany na zasadzie wyłączenia, bez możliwości stosowania w tym zakresie art. 28, zob. D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 116; opinia Adwokata Generalnego M. J. Ganda w sprawie 20/64 *SARL Albatros v. Societe des petroles et des combustibles liquides (Sopeco)*, „Common Market Law Reports” 1965, vol. 4, s. 172; orzeczenie ETS w sprawie C-189/95 *Postępowanie karne v. Harry Franzen*, Zb. Orz. 1997, s. 1-5909, pkt 35.

⁶² Por. P. O’Iyer, *Free movement of goods in the EEC*, op. cit., s. 325.

niebędących prawami wyłącznymi, lecz w określony sposób powiązanych z istnieniem państwowego monopolu handlowego. Mianowicie, możliwość taką daje art. 86 ust. 2 TWE, stanowiący, iż: „Przedsiębiorstwa, którym powierzone zostało świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym lub też mające charakter monopolu skarbowego, podlegają regułom zawartym w Traktacie, a w szczególności regułom dotyczącym konkurencji, w granicach, w jakich zastosowanie tych reguł nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu szczególnych zadań, jakie im zostały powierzone. Rozwój wymiany handlowej nie powinien zostać naruszony w stopniu sprzecznym z interesami Wspólnoty”.

Jak się dość powszechnie zauważa, powołany wyżej przepis jest skierowany nie tylko do przedsiębiorstw (co wprost wynika z jego stylizacji oraz z faktu umieszczenia go w rozdziale Traktatu zatytułowanym: „Reguły skierowane do przedsiębiorstw”), ale jest także adresowany do państw członkowskich⁶³. Tym samym może on w pełni usprawiedliwiać te działania czy też środki podejmowane przez państwa członkowskie, które pozostają w sprzeczności z przepisami Traktatu adresowanymi do członków Wspólnoty. Jednym zaś z takich przepisów jest, jak wiadomo, art. 31 TWE.

Biorąc powyższe pod uwagę należałoby stwierdzić, iż państwa członkowskie mogą przyznawać określonym przedsiębiorstwom („instytucjom” w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE) prawa wyłączne na import, eksport lub też na sprzedaż pewnych towarów, i to nawet wówczas, gdyby prawa te – jako mające charakter dyskryminacyjny – były spreczne z art. 31 ust. 1 TWE (która to sprzeczność jest zresztą, jak wiadomo, regułą). Warunkiem jest wszakże to, by te monopolistyczne przedsiębiorstwa wykonywały równocześnie powierzone im przez państwo usługi w ogólnym interesie gospodarczym⁶⁴ oraz by przyznanie im praw wyłącznych

⁶³ R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 236; M. Burgi, *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, „Eiroparecht” 1997, nr 3, s. 274–275; A.C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, „European Law Review” 1982, vol. 7, s. 30; G. Marengo, *Public Sector and Community Law*, „Common Market Law Review” 1983, vol. 20, s. 518–519; P. Schindler, *Public Enterprises and the EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1970, vol. 7, s. 67; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 372; J.L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive rights and other anti-competitive...*, op. cit., s. 314.

⁶⁴ Pojęcie „usług w ogólnym interesie gospodarczym” (*services in general economic interest, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*) jest typowym pojęciem prawa wspólnotowego, niemającym swojego bezpośredniego odpowiednika w krajowych porządkach prawnych. Można najogólniej powiedzieć, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym są usługami rynkowymi, które państwa członkowskie poddają szczególnym zobowiązaniom odnoszącym się do służby publicznej, na podstawie kryterium interesu ogólnego (zob. Aneks II do Komunikatu Komisji z 2000 r. – Usługi w interesie ogólnym w Europie, Dz.Urz. WE 2001, C-17/4); o tym, że dana usługa realizuje „interes ogólny” i może być w konsekwencji zakwalifikowana do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym, przesądzają przykładowo takie elementy, jak: fakt nałożenia na dane przedsiębiorstwo (świadczące usługę) określonych obowiązków, które nie mogą być przez nie w sposób jednostronny zmodyfikowane, istotność (tzn. podstawowe znaczenie) danych usług, przejawiająca się w tym, iż w razie braku stosownych działań po stronie danego przedsiębiorstwa to państwo byłoby zobowiązane do świadczenia tychże usług, możliwość sprawowania przez państwo nadzoru nad danym przedsiębiorstwem w związku ze świadczeniem przez nie omawianych usług (oraz związana z tym możliwość władczej ingerencji w działalność przedsiębiorstwa) czy wreszcie wymóg dostępności świadczonych usług dla wszystkich użytkowników na równych i jednolitych warunkach, zob. V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Homburg–Berlin–Zürich 1969, s. 440–441;

było środkiem rzeczywiście koniecznym (niezbędnym) dla należytego i na „ekonomicznie akceptowalnych warunkach”⁶⁵ wykonywania tych powierzonych im przez państwo usług (oraz związanych z tym szczególnych zadań). Wówczas też wzmiankowane prawa wyłączne będą mogły zostać uznane za legalne (w świetle art. 86 ust. 2 w zw. z art. 31 TWE).

Takie właśnie stanowisko interpretacyjne zostało wyraźnie potwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości, który parokrotnie stwierdził, iż art. 86 ust. 2 TWE może być podstawą przyznania przez państwa członkowskie praw wyłącznych na rzecz przedsiębiorstw, którym zostało powierzone świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, nawet jeżeli te prawa wyłączne są sprzeczne z art. 31 TWE, o ile wszakże wykonywanie przez wspomniane przedsiębiorstwa powierzonych im szczególnych zadań może następować jedynie dzięki przyznaniu im takich praw i o ile rozwój wymiany handlowej nie zostaje przez to naruszony w stopniu sprzecznym z interesami Wspólnoty⁶⁶.

XI. EGZEKOWANIE PRZESTRZEGANIA PRZEZ PAŃSTWA CZŁONKOWSKIE ZASAD ZAWARTYCH W ART 31 TWE

Ostatnią wreszcie kwestią, do której należałoby się w niniejszym opracowaniu odnieść, jest zagadnienie egzekwowania od państw członkowskich przestrzegania zasad zawartych w art. 31 TWE. Otóż przestrzeganie przez członków Wspólnoty powołanego przepisu Traktatu jest przedmiotem stałego nadzoru (monitoringu) wykonywanego przez Komisję, która wykorzystuje w tym celu swoje kompetencje przewidziane w art. 226 TWE oraz w art. 86 ust. 3 TWE⁶⁷. Zgodnie z art. 226 TWE, jeżeli Komisja uzna, iż dane państwo członkowskie nie wypełniło określonych zobowiązań zawartych w Traktacie, wydaje w tej sprawie umotywowaną opinię, umożliwiając uprzednio temu państwu przedstawienie swych uwag. Jeżeli odnośne państwo nie zastosuje się do powyższej opinii w terminie ustalonym przez Komisję, może ona skierować sprawę do Trybunału Sprawiedliwości. Jak z powyższego wynika, procedura przewidziana w art. 226 TWE składa się z dwóch zasadniczych faz: przedsądowej i sądowej. W fazie przedsądowej dane państwo członkowskie ma możliwość dobrowolnego dostosowania się do wymo-

A. Deringer, *The Competition Law of the European Economic Community: A Commentary on the EEC Rules of Competition*, CCH Editions 1968, s. 248–249; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 371; A.C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, op. cit., s. 28; D. Bruhn, *Die Sicherstellung öffentlicher Aufgaben im Bereich der deutschen Telekommunikation unter dem Einfluß der europäischen Marköffnung. Vom Monopol zum Universaldienst*, Hamburg 1999, s. 50.

⁶⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-320/91 *Postępowanie karne v. Paul Corbeau*, Zb. Orz. 1993, s. I-2533, pkt 16.

⁶⁶ Orzeczenia ETS w sprawach: C-157/94 *Komisja v. Holandia*, Zb. Orz. 1997, s. I-5699, pkt 32; C-158/94 *Komisja v. Wiochy*, Zb. Orz. 1997, s. I-5789, pkt 43; C-159/94 *Komisja v. Francja*, Zb. Orz. 1997, s. I-5815, pkt 49.

⁶⁷ R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 241; V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, op. cit., s. 876–877; T. Skoczny, *Państwowe monopole handlowe w prawie wspólnotowym*, op. cit., s. 60.

gów zawartych w Traktacie lub też, jeśli uzna to za stosowne, może w określony sposób uzasadnić (usprawiedliwić) swoje stanowisko⁶⁸. Z kolei w fazie sądowej (czyli przed ETS) to na Komisji spoczywa obowiązek udowodnienia twierdzenia (zarzutu), że dane państwo nie wypełniło swoich zobowiązań. Komisja musi również przedłożyć Trybunałowi Sprawiedliwości wszystkie niezbędne informacje potrzebne do ustalenia, czy określone zobowiązanie traktatowe rzeczywiście zostało przez państwo członkowskie naruszone⁶⁹.

Jeśli chodzi natomiast o kompetencje nadzorcze Komisji przewidziane w art. 86 ust. 3 TWE, to przede wszystkim trzeba w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z art. 86 ust. 1 TWE państwa członkowskie nie mogą w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, którym przyznają prawa wyłączne lub specjalne, podejmować oraz utrzymywać w mocy żadnych środków, które byłyby sprzeczne z regułami Traktatu. Ponieważ zaś państwowe monopole handlowe w rozumieniu art. 31 ust. 1 TWE są równocześnie „przedsiębiorstwami, którym państwa członkowskie przyznają prawa wyłączne”, oraz są też w zdecydowanej swojej większości „przedsiębiorstwami publicznymi” (w rozumieniu art. 86 ust. 1 TWE), jasne jest, iż państwa członkowskie nie mogą podejmować wobec nich żadnych działań, które by naruszały Traktat (bo zakazuje tego właśnie art. 86 ust. 1 TWE). Wszelkie zatem działania państw członkowskich naruszające art. 31 ust. 1 TWE (w tym zwłaszcza kreowanie praw wyłącznych na import lub eksport towarów) będą jednocześnie sprzeczne z art. 86 ust. 1 TWE. Zgodnie przy tym z art. 86 ust. 3 TWE, Komisja czuwa nad wykonywaniem postanowień zawartych w art. 86 ust. 1 i 2 TWE i w razie potrzeby kieruje do państw członkowskich stosowne decyzje lub dyrektywy⁷⁰. Jedną z dyrektyw wydanych na podstawie tego przepisu była słynna dyrektywa 88/301/EWG w sprawie konkurencji na rynkach końcowych urządzeń telekomunikacyjnych⁷¹, nakazująca państwom członkowskim wycofanie praw wyłącznych na import i sprzedaż telekomunikacyjnych urządzeń końcowych (zob. art. 1 i 2 dyrektywy)⁷².

Warto przy tym dodać, że w swoich corocznych raportach na temat polityki konkurencji Komisja wielokrotnie wypowiadała się na temat poszczególnych przypadków (stanów faktycznych), w których stwierdziła naruszenie przez państwa członkowskie art. 31 TWE⁷³.

⁶⁸ Orzeczenia ETS w sprawach: 85/85 *Komisja v. Belgia*, Zb. Orz. 1986, s. 1149, pkt 11; C-157/94 *Komisja v. Holandia*, Zb. Orz. 1997, s. 1-5699, pkt 60.

⁶⁹ Orzeczenia ETS w sprawach: 96/81 *Komisja v. Holandia*, Zb. Orz. 1982, s. 1791, pkt 6; C-157/94 *Komisja v. Holandia*, Zb. Orz. 1997, s. 1-5699, pkt 59.

⁷⁰ Na temat art. 86 ust. 3 TWE zob. szerzej D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s. 490 i n.; J.L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive rights and other anti-competitive...*, op. cit., s. 322 i n.; P. Craig, G. de Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s. 1134–1135; R. Whish, *Competition Law*, op. cit., s. 237 i n.; R. Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s. 241 i n.; D. Wyatt, A. Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, op. cit., s. 376–377.

⁷¹ Dz.Urz. WE 1988, L 131/73.

⁷² Na temat legalności tej dyrektywy Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się w orzeczeniu w sprawie C-202/88 *Francja v. Komisja*, Zb. Orz. 1991, s. 1-1223.

⁷³ Zob. np. XXVIth Report on Competition Policy (1996), pkt 132–135; XXVIIth Report on Competition Policy (1997), pkt 137–144; XXXIInd Report on Competition Policy (2002), pkt 636.

STATE MONOPOLIES OF A COMMERCIAL CHARACTER IN THE INTERNAL MARKET OF THE EU

This article raises problem of the compatibility of State monopolies of a commercial character with the EC Treaty, especially with Article 31 of the Treaty. In the first place, it explains notion of State monopoly in general and establishes conditions, which must be fulfilled in the light of the national constitutional law in order to create State exclusivity in some field of national economy. Next it turns into question of the compatibility of the State monopolies in general (of all characters) with community law. Third, it explains specific features of State monopolies of a commercial character in the light of Article 31 of the Treaty, namely facts, that these monopolies are bodies, which are engaged in trade of goods and through which a Member State, in law or in fact, either directly or indirectly supervises, determines or appreciably influences imports or exports between Member States. In the next step, this article is concerned with Member States's obligation to adjust State monopolies of a commercial character so as to ensure that no discrimination regarding the conditions under which goods are procured and marketed exists between nationals of Member States (which results from the wording of Article 31 of the Treaty). Finally, there is described the legal way, by which abovementioned obligation is supervised and executed by community institutions.

ZBIGNIEW KUNIEWICZ

**REZYGNACJA JAKO PRZESŁANKA WYGAŚNIĘCIA
MANDATU CZŁONKA ORGANU SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ**

Zgodnie z zapowiedzią wskazaną w tytule przedmiotem niniejszych rozważań jest zagadnienie rezygnacji, jako jednej z przesłanek wygaśnięcia mandatu pochodzącego z wyboru członka organu spółki kapitałowej, tj. zarządu, rady nadzorczej, a w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością także komisji rewizyjnej. Dywagacje na ten temat będą prowadzone na gruncie odnoszących się do zarządu przepisów prawnych oraz poglądów wyrażanych na ich tle w doktrynie i judykaturze. Podejście takie wynika z tego, że w sprawie wygaśnięcia mandatów członków rady nadzorczej oraz komisji rewizyjnej ustawodawca jedynie odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów prawnych dotyczących członków zarządu. Niniejsze opracowanie stanowi próbę wyjaśnienia dwóch kluczowych kwestii związanych z funkcjonowaniem instytucji rezygnacji członka organu z pełnionej funkcji. Pierwszą sprawą jest ustalenie charakteru prawnego zrzeczenia się mandatu, natomiast drugą – ocena dopuszczalności ograniczenia w umowie (statucie) spółki uprawnienia do złożenia rezygnacji, zwłaszcza wówczas, gdy przyczyną ustąpienia z pełnionej funkcji są ważne powody.

I. CHARAKTER PRAWNY OŚWIADCZENIA WOLI O REZYGNACJI

Wskazując rezygnację jako przyczynę wygaśnięcia mandatu członka zarządu, ustawodawca nie wyjaśnił *expressis verbis*, jaki jest charakter prawny tej czynności. Tymczasem kwestia, czy rezygnacja jest dwustronną czy też jednostronną czynnością prawną, od wielu już lat jest przedmiotem sporu w nauce oraz rozbieżnych rozstrzygnięć w judykaturze Sądu Najwyższego. Dyskusja nad tym zagadnieniem toczy się zarówno na tle prawa spółek, jak też na gruncie przepisów regulujących problematykę spółdzielni. Oto bowiem już na tle ustawy z 29 października 1920 r. o spółdzielniach¹ opinię o dwustronnym charakterze czynności prawnej zrzeczenia się członkostwa w zarządzie wyraził S. Wróblewski, który rozważając możliwość złożenia rezygnacji przez członka zarządu spółdzielni, stwierdził, że jednostronne zrzeczenie się swych funkcji „nie pozbawia w zasadzie zrzekającego się mocy zastępstwa ani nie zwalnia go z obowiązków członka zarządu”².

¹ Dz.U. Nr 117, poz. 776 z późn. zm.

² S. Wróblewski, *Ustawa o spółdzielniach*, Kraków 1921, s. 55. Opinię o konieczności akceptacji zrzeczenia się mandatu przez radę wyraził też B. Słotwiński, *Zagadnienia prawne samorządu spółdzielni*, Warszawa 1973, s. 205.

We współczesnej literaturze prawniczej poświęconej problematyce spółdzielczości dominuje jednak zapatrywanie traktujące zrzeczenie się mandatu jako jednostronną czynność prawną. Zwolennicy tego poglądu, z jednej strony, powołują się na zasadę dobrowolności, która przeciwstawia się temu, aby członek zarządu był zmuszany do pełnienia funkcji przez kilkuletni okres, z drugiej zaś strony, wskazują na potrzebę stosowania w drodze analogii przepisów o zleceniu, pozwalających wypowiedzieć umowę zlecenia przez przyjmującego zlecenie (art. 746 § 2 k.c.)³. Ten punkt widzenia podzielił Sąd Najwyższy w postanowieniu z 5 października 1995 r. (I CR 9/95)⁴. W tezie tego orzeczenia czytamy między innymi: „Oświadczenie członka zarządu spółdzielni o rezygnacji z funkcji wywołuje skutek prawny w postaci ustania stosunku członkostwa w zarządzie z chwilą dojścia do rady nadzorczej, jako organu reprezentującego spółdzielnię w taki sposób, że mogła się o nim dowiedzieć (art. 61 zd. 1 w zw. z art. 750 i art. 746 § 2 k.c.)”.

Identyczną rozbieżność stanowisk w kwestii oceny charakteru prawnego rezygnacji członka zarządu można zaobserwować na tle przepisów poświęconych spółkom kapitałowym. Wprawdzie w piśmiennictwie prawniczym przeważa opinia o jednostronnym charakterze rezygnacji⁵, niemniej można spotkać także głosy kwestionujące trafność tej oceny. Koncepcji przypisującej zrzeczeniu się członkostwa w zarządzie charakter dwustronnej czynności prawnej w szczególności broni A. Szajkowski. Autor ten już pod rządami kodeksu handlowego twierdził, że: „Pomimo złożenia rezygnacji jest on [członek zarządu – przyp. Z.K.] nadal członkiem zarządu, a do skutecznego ustąpienia z zarządu konieczne jest jego formalne odwołanie przez współników lub inny uprawniony do tego organ (osobę)”⁶. W uzasadnieniu swej opinii A. Szajkowski powołuje się na interes spółki mający niewątpliwie pierwszeństwo przed interesem członka zarządu, który przecież wyraził „zgodę na uczestniczenie w zarządzie przez oznaczony okres (daną kadencję zarządu)”⁷. W związku z tym że rezygnacja – w świetle prezentowanej koncepcji – może być odrzucona, autor proponuje praktyczne rozwiązanie, aby

³ M. Gersdorf, w: M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze. Komentarz*, Warszawa 1985, s. 123–124; H. Popiołek, *Stanowisko prawne członków rady i zarządu spółdzielni*, Warszawa 1970, s. 60 i n.; R. Bierzanek, *Prawo spółdzielcze w zarysie*, Warszawa 1984, s. 222–223; Z. Niedbała, *Sytuacja członków zarządu spółdzielni w świetle prawa spółdzielczego*, RPEiS 1985, z. 2, s. 54; A. Stefaniak, *Prawo spółdzielcze. Komentarz. Orzecznictwo. Skorowidz*, Warszawa 1999, s. 88.

⁴ *Palestra* 1996, nr 11–12, s. 218, z aprobowaną glosą J. Naworskiego.

⁵ Zob. T. Dziurzyński, w: T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Łódź 1994, s. 230; J. Namitkiewicz, *Kodeks handlowy. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z komentarzem i skorowidzem rzeczowym*, Łódź 1999, s. 131; A. Jakubecki, w: A. Jakubecki, A. Kidyba, J. Mojak, R. Skubisz, *Prawo spółek. Zarys*, Warszawa 1997, s. 199; I. Weiss, w: J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Pyziół, I. Weiss, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 265.

⁶ A. Szajkowski, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. I, Warszawa 1994, s. 1009; idem, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. II, Warszawa 1996, s. 496. Na tle kodeksu handlowego stanowisko to poparli także A. Szumański, w: W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz 1998, s. 635 oraz J. Frąckowiak, w: J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Pyziół, I. Weiss, *Kodeks handlowy...*, op. cit., s. 522.

⁷ A. Szajkowski, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy...*, op. cit., t. II, s. 497.

członek zarządu do czasu formalnego odwołania „faktycznie nie uczestniczył” w pracach zarządu oraz „w rozsądnych granicach” powstrzymywał się od wykonywania czynności reprezentacyjnych spółki. Propozycja ta pozbawiona jest jednak waloru prawnego, gdyż – jak trafnie zauważa sam A. Szajkowski – brak aktywności członka zarządu w wykonywaniu funkcji w żadnej mierze nie ogranicza jego odpowiedzialności związanej z udziałem w zarządzie⁸.

Prezentowany wyżej pogląd poparł Sąd Najwyższy w wyroku z 26 listopada 2002 r. (I PKN 597/01)⁹, stwierdzając: „Rezygnacja z funkcji prezesa zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie powoduje automatycznej utraty statusu członka zarządu i wymaga odwołania go przez właściwy organ spółki, a więc do tego momentu nie wpływa na określenie organu właściwego do rozwiązania stosunku pracy”. Argumentacja wspierająca przedstawione stanowisko jest dość specyficzna. Uwzględniając bowiem skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy zarzuca Sądowi Okręgowemu, iż ten „bez jakiegokolwiek wnioskowania, nie mówiąc już o wskazaniu jego ewentualnej podstawy prawnej, uznał więc, że rezygnacja z mandatu członka zarządu (...) powoduje automatyczne wygaśnięcie mandatu”. W rzeczowej dyskusji nad charakterem prawnym rezygnacji zarzut ten należy uznać za całkowicie usprawiedliwiony. Brzmi on jednak dość groteskowo w kontekście argumentów przytaczanych przez Sąd Najwyższy, który odrzucenie automatycznej utraty członkostwa w zarządzie, będącej następstwem rezygnacji, tłumaczy tym, że „do skutecznego ustąpienia konieczne było formalne odwołanie ze składu zarządu przez wspólników lub inny uprawniony organ”.

Do tej linii orzeczniczej nawiązuje też niepublikowany wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1092/99). W tezie tego orzeczenia wyrażone jest przekonanie, iż zrzeczenie się funkcji w zarządzie nie zwalnia członków zarządu od wypełnienia obowiązków, „gdy nie dokonano wyboru nowego zarządu ani też nie uzupełniono dotychczasowego”. Bardzo lapidarne uzasadnienie tego wyroku nie rozwija myśli zawartej w jego sentencji. Potwierdza ono jedynie tezę, iż rezygnacja nie mogła wyrzucić skutku prawnego w postaci utraty mandatu, skoro nie dokonano wyboru nowego zarządu. Tymczasem spółka uczestniczyła w obrocie po dniu złożenia rezygnacji, „co nie mogło się obyć bez równoczesnego funkcjonowania zarządu”.

Oba prezentowane wyżej orzeczenia zostały wydane w okresie, gdy obowiązywał już kodeks spółek handlowych, chociaż dotyczyły one stosunków prawnych regulowanych przepisami kodeksu handlowego. Pomijając merytoryczną ocenę trafności przytoczonych orzeczeń, na uwagę zasługuje to, iż zawarte w ich uzasadnieniach argumenty mają niewielką moc przekonywania. Nie wyjaśniają one bowiem, dlaczego rezygnacja jest dwustronną czynnością prawną, lecz ograniczają się jedynie do wskazania, na czym ten dwustronny charakter omawianej czynności polega.

⁸ Ibidem.

⁹ Monitor Prawa Pracy (wkładka) 2004, nr 2, s. 8, z krytycznymi głosami: A. Herbeta, „Prawo Spółek” 2004, nr 10, s. 55 i n. oraz A. Kidyby, „Głosa” 2005, nr 3, s. 36 i n.

Wejście w życie kodeksu spółek handlowych, wbrew dość powszechnemu przekonaniu, niewiele zmieniło w kwestii oceny charakteru prawnego zrzeczenia się mandatu. Oczywiście na podkreślenie zasługuje to, że kodeks spółek handlowych, w odróżnieniu od kodeksu handlowego, wyraźnie wymienia rezygnację wśród zdarzeń skutkujących utratą mandatu członka zarządu. Wskazana zmiana legislacyjna – z punktu widzenia oceny natury prawnej rezygnacji – nie ma jednak żadnej doniosłości, albowiem o ile na gruncie kodeksu handlowego odpowiednie stosowanie do złożenia rezygnacji przepisów kodeksu cywilnego o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie znajdowało uzasadnienie w treści art. 750 k.c., o tyle obecnie konieczność odpowiedniego stosowania wspomnianych przepisów o zleceniu wynika wprost z art. 202 § 5 oraz art. 369 § 6 k.s.h. Niemniej jednak wprowadzenie do kodeksu spółek handlowych rezygnacji z członkostwa w zarządzie zmieniło spojrzenie niektórych autorów na ocenę charakteru prawnego tej czynności¹⁰. Zmiana ta znalazła także wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w postanowieniu z 19 sierpnia 2004 r. (V CK 600/03)¹¹, koncentrując się na ustaleniu chwili złożenia rezygnacji, orzekł, iż chwilą tą jest dojsie oświadczenia woli o rezygnacji do jednego z członków rady nadzorczej w sposób określony w art. 61 k.c.

Traktując rezygnację jako całkiem nową instytucję kodeksu spółek handlowych, Sąd Najwyższy odrzucił, jako nieaktualne, dotychczasowe orzecznictwo poświęcone tej problematyce. Tym samym przychylił się do dominującego poglądu doktryny, wedle którego oświadczenie woli o rezygnacji dla swej skuteczności nie wymaga przyjęcia go przez spółkę. Konsekwentnie natomiast – również na gruncie kodeksu spółek handlowych – dwustronnego charakteru rezygnacji broni A. Szajkowski, który powtarza, że rezygnacja nie wywołuje skutków prawnych ustąpienia z zarządu, gdyż „do czasu odwołania danej osoby ze składu zarządu pozostaje ona nadal jego członkiem”¹².

Przeciwnicy tej tezy kontrargumentują, iż o jednostronnym charakterze rezygnacji przesądza jednoznaczne brzmienie art. 369 § 5 k.s.h., z którego wynika, „że mandat członka zarządu wygasa wskutek rezygnacji, a więc z chwilą złożenia oświadczenia woli o rezygnacji. Jest to więc czynność jednostronna”¹³.

Wniosek ten zasługuje na poparcie, chociaż jego uzasadnienie może być uznane za mało przekonujące, albowiem z samego faktu wymienienia w art. 369 § 5 k.s.h. rezygnacji wśród przyczyn wygaśnięcia mandatu nie wynika, jaki jest charakter prawny tej czynności. Wydaje się bowiem, że ani jednostronny, ani też dwustronny charakter rezygnacji nie należy do istotnej jej cechy. Ustawodawca może ukształtować rezygnację jako czynność prawną wywołującą skutek prawny

¹⁰ Zob. A. Szumański, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 522; J. Frąckowiak, w: J. Frąckowiak, A. Kidyba, K. Kruczałak, W. Opalski, W. Popiołek, W. Pyziół, *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*, Warszawa 2001, s. 602.

¹¹ „Glosa” 2006, nr 1, s. 19, z komentarzem K. Osajdy.

¹² A. Szajkowski, M. Tarska, *Prawo spółek handlowych*, Warszawa 2005, s. 470.

¹³ A. Szumański, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek...*, op. cit., t. III, s. 522.

z chwilą złożenia oświadczenia woli o rezygnacji albo też jako czynność, której skuteczność uzależniona jest od przyjęcia tego oświadczenia.

Normatywnym przykładem tego drugiego rozwiązania jest art. 38 ust. 2 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa¹⁴. W myśl tego przepisu złożenie rezygnacji przez marszałka województwa obliguje sejmik do podjęcia – na najbliższej sesji – uchwały o przyjęciu rezygnacji całego zarządu. Niepodjęcie takiej uchwały jest równoznaczne z przyjęciem rezygnacji, a ów skutek następuje z upływem ostatniego dnia miesiąca, w którym odbyła się sesja sejmiku województwa (art. 38 ust. 3 ustawy o samorządzie województwa).

Konfrontacja art. 38 ustawy o samorządzie województwa z art. 202 § 4 czy też z art. 369 § 5 k.s.h. nie pozostawia wątpliwości, że rezygnacja członka zarządu spółki kapitałowej jest jednostronną czynnością prawną. Żaden przepis kodeksu nie tylko bowiem nie uzależnia skuteczności rezygnacji od jej przyjęcia, ale też nie określa trybu postępowania, będącego następstwem złożenia oświadczenia woli w tej sprawie, w szczególności nie obliguje spółki do przyjęcia rezygnacji. Brak takiej regulacji – przy założeniu dwustronnego charakteru omawianej czynności – pozbawia oświadczenie woli o rezygnacji waloru zdarzenia prawnego, stanowiącego samodzielną podstawę wygaśnięcia mandatu. Skoro skuteczność rezygnacji jest zawsze uzależniona od jej przyjęcia, to oświadczenie zarządcy o ustąpieniu z pełnionej funkcji może być traktowane jedynie jako prośba czy też wniosek zainteresowanego o odwołanie. Zresztą wniosek taki nie ma żadnej doniosłości prawnej, gdyż w myśl krytykowanej tutaj koncepcji nie musi być przyjęty.

Trafność przedstawionej oceny charakteru prawnego oświadczenia woli o zrzeczeniu się członkostwa w zarządzie uzasadnia jeszcze jeden argument. Otóż odrzucenie koncepcji traktującej rezygnację jako dwustronną czynność prawną wypływa z cywilnoprawnego charakteru stosunku organizacyjnego łączącego członka zarządu ze spółką. Konsekwencją tego założenia jest stosowanie przepisów kodeksu cywilnego o zleceniu przy rozstrzyganiu spornych kwestii powstałych na tle tego stosunku, w szczególności – co wyraźnie podkreśla ustawodawca w art. 202 § 5 i art. 369 § 6 k.s.h. – odpowiednie stosowanie do złożenia rezygnacji przez członka zarządu przepisów o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie. Na gruncie prawa cywilnego nie ma natomiast wątpliwości, że wypowiedzenie powoduje wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego ciągłego ze skutkiem *ex nunc*. Jest ono przykładem uprawnienia kształtującego, które „znamionuje to, że podmiotowi uprawnionemu przysługuje kompetencja do zmiany lub zakończenia istniejącego stosunku prawnego przez jednostronną czynność prawną”¹⁵.

Rezygnacja z członkostwa w zarządzie jest więc wyrazem realizacji uprawnienia kształtującego, którego skuteczność nie wymaga udziału drugiej strony (spółki). Przedstawionej oceny nie może zmienić troska o ochronę interesów

¹⁴ Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 z późn. zm.

¹⁵ Zob. Z. Radwański, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 92; idem, w: *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, t. II, Warszawa 2002, s. 177–178.

spółki, której zarząd – na skutek złożonej rezygnacji – ulegnie czasowemu zdekompletowaniu. Chcąc zapobiec sytuacjom, w których spółka byłaby „zaskakiwana” decyzjami o rezygnacji członków jej zarządu, można wzmocnić trwałość stosunku członkostwa w zarządzie, ograniczając dopuszczalność zrzeczenia się tej funkcji. Temu właśnie zagadnieniu poświęcona jest druga część niniejszego opracowania.

II. OGRANICZENIA MOŻLIWOŚCI ZŁOŻENIA REZYGNACJI

Zawarte w art. 202 § 5 oraz 369 § 6 k.s.h. odesłanie, zgodnie z którym do złożenia rezygnacji przez członka zarządu należy odpowiednio stosować przepisy o wypowiedzeniu zlecenia przez przyjmującego zlecenie, skłania do zastanowienia się nad konsekwencjami zastosowania art. 746 § 2 i 3 k.c., które tę kwestię regulują. W myśl § 2 tego artykułu przyjmujący zlecenie może je w każdym czasie wypowiedzieć, jednak gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu, wówczas jest on odpowiedzialny za szkodę. Odnosząc przytoczoną normę prawną do rezygnacji członka zarządu, należy stwierdzić, że niezależnie od tego, czy zarząd spółki jest powoływany na czas określony (co jest zasadą kodeksową w spółce akcyjnej), czy też jest on powoływany na czas nieokreślony, członek zarządu może w każdym czasie złożyć rezygnację z pełnionej funkcji. Brak ważnych powodów uzasadniających złożenie rezygnacji przez zarządcę nie ma żadnego wpływu na skuteczność jego oświadczenia. Natomiast istnienie takich okoliczności, w przypadku odpłatnego pełnienia funkcji w zarządzie, stanowi przesłankę wyłączającą odpowiedzialność odszkodowawczą członka zarządu.

Odpłatny charakter pełnienia funkcji w zarządzie może polegać na otrzymywaniu wynagrodzenia za pracę bądź innych świadczeń majątkowych ze strony spółki¹⁶. Świadczenia te w szczególności mogą przybrać postać uprzywilejowanej dywidendy, jeśli przyznanie wspólnikowi (akcjonariuszowi) większej dywidendy, będąc wyrazem jego szczególnego uprawnienia, zostanie uzależnione od pełnienia funkcji członka zarządu.

Dopuszczalność rezygnacji z członkostwa w zarządzie jest nie tylko przeciwwagą służącego spółce uprawnienia do odwołania w każdym czasie członka zarządu, ale też konsekwencją opartego na zaufaniu stosunku prawnego łączącego zarządcę ze spółką. Jednak realizacja niczym nieskrępowanego uprawnienia do zrzeczenia się funkcji przez członka zarządu może uniemożliwić spółce prawidłowe funkcjonowanie, gdyż przynajmniej przez pewien okres jej organ będzie niekompletny. Z tego też względu w interesie spółki leży nadanie stosunkowi członkostwa w zarządzie charakteru większej trwałości¹⁷. Cel ten może być osiągnięty poprzez określenie w umowie (statucie) spółki przesłanek oraz termi-

¹⁶ Tak również A. Szumański, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek...*, op. cit., t. III, s. 523.

¹⁷ Charakter ten, jak podkreśla R. Longchamps de Berier, „Strony mogą nadać umowie zlecenia (...), zrzekając się z góry prawa odwołania lub wypowiedzenia. W takim przypadku wolno odwołać lub

nu złożenia rezygnacji. Postanowienia umowne (statutowe) w tym zakresie mogą iść w dwóch kierunkach¹⁸.

Po pierwsze, w ramach swobody kontraktowej, strony mogą ograniczyć dopuszczalność rezygnacji, uzależniając jej złożenie od wystąpienia określonych okoliczności.

Po drugie, umowa (statut) spółki może ustalić termin rezygnacji, czyli okres, po którego upływie oświadczenie o rezygnacji stanie się skuteczne.

Sprawa dopuszczalności umownego (statutowego) określenia przesłanek ograniczających rezygnację z funkcji w zarządzie może być jednak uznana za kontrowersyjną, albowiem z brzmienia art. 746 § 2 k.c., uprawniającego przyjmującego zlecenie do jego wypowiedzenia w każdym czasie, nie wynika jednoznacznie charakter zakodowanej w tym przepisie normy prawnej. Poza tym potrzeba ochrony interesów stron (opartego na wzajemnym zaufaniu) stosunku zlecenia mogłaby również uzasadniać wniosek o bezwzględnie obowiązującym charakterze tego unormowania.

Powyższy wniosek nie byłby jednak trafny. O dyspozytywnym charakterze art. 746 § 2 k.c. przekonuje nie tylko umieszczenie omawianego przepisu w tej księdze kodeksu cywilnego, która przyjmując za zasadę dyspozytywny charakter norm regulujących stosunki umowne, w sposób szczególny honoruje autonomię woli stron. Względnie obowiązujący charakter art. 746 § 2 k.c. znajduje także potwierdzenie w treści § 3 tego artykułu, który stanowi, iż „Nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów”. Cytowany przepis zachowuje swój sens jedynie przy założeniu, iż wyrażona w art. 746 § 2 k.c. zasada dopuszczalności wypowiedzenia zlecenia w każdym czasie może być zmieniona wolą stron. Granicę ich swobody w tym zakresie wyznacza właśnie art. 746 § 3 k.c. W świetle analizowanych unormowań strony mogą określić w umowie przesłanki uzasadniające wypowiedzenie zlecenia, jednak niezależnie od tych okoliczności obu stronom przysługuje w każdym czasie uprawnienie do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów.

Zdarzeniami kwalifikowanymi jako ważne powody rezygnacji mogą być przyczyny leżące po stronie członka zarządu (np. długotrwała choroba, istotna zmiana sytuacji rodzinnej, zmiana miejsca zamieszkania itp.), jak też po stronie spółki (np. brak możliwości wykonywania swoich funkcji ze względu na niekompletny skład zarządu albo brak porozumienia z innym bądź innymi członkami zarządu). Ewentualny spór dotyczący oceny, czy dana okoliczność stanowi ważny powód uzasadniający rezygnację z pełnionej funkcji, rozstrzyga sąd.

Z dotychczasowych rozważań, a w szczególności z porównania § 2 z 3 art. 746 k.c., płynie wniosek, iż uzasadniona istnieniem ważnych powodów rezygnacja z funkcji w zarządzie może być złożona w każdym czasie. Teza ta nie przesądza jednak o tym, kiedy oświadczenie woli o rezygnacji wywoła skutek prawny. Z zagadnieniem tym wiąże się drugi – sygnalizowany wyżej – kierunek dzia-

wypowiedzieć zlecenie tylko z ważnych powodów” (R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999, s. 556–557).

¹⁸ Zob. Z. Kuniewicz, *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*, Szczecin 2005, s. 90.

łań, mających na celu wzmocnienie trwałości stosunku członkostwa w zarządzie. Wyrazem tego kierunku jest umowne ustalenie terminu rezygnacji, czyli okresu, po którego upływie oświadczenie woli o rezygnacji stanie się skuteczne.

Obowiązywanie odpowiedniego okresu wypowiedzenia przy rezygnacji z członkostwa w zarządzie oraz radzie nadzorczej spółdzielni bez zastrzeżeń przyjmuje doktryna prawa spółdzielczego. M. Gersdorf wyraźnie stwierdza, że „nie może tu w grę wchodzić niezwłoczne zrzeczenie się członkostwa w radzie, lecz jego wypowiedzenie (art. 746 § 2 k.c.), i to wypowiedzenie na taki okres, który umożliwi spółdzielni odpowiednie zorganizowanie swojej działalności (uzupełnienie składu rady). Taki obowiązek wynika z istoty stosunku zlecenia opartego na wzajemnym zaufaniu, a tym bardziej z istoty członkostwa w radzie, stosunku, który wymaga prowadzenia spraw spółdzielni z najwyższą starannością (art. 354 i 355 k.c.)”¹⁹. Z cytowanego fragmentu wypowiedzi wynika, że jej autor formułuje wniosek o obowiązywaniu pewnego okresu wypowiedzenia w każdym przypadku zrzeczenia się funkcji przez członka zarządu bądź rady nadzorczej.

Tezę tę należy uznać za wielce dyskusyjną, gdyż nie znajduje ona uzasadnienia prawnego. Przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy zlecenia nie określają bowiem żadnych okresów wypowiedzenia, natomiast odwołanie się do charakteru prawnego stosunku zlecenia, jako więzi opartej na wzajemnym zaufaniu, nie jest dostateczną podstawą do wyrażenia wniosku o obowiązywaniu takich okresów. Wręcz przeciwnie – uważam, że właśnie cywilnoprawny charakter stosunku członkostwa w zarządzie implikuje konieczność respektowania swobody aktu woli o zrzeczeniu się mandatu przez członka zarządu. W przypadku zatem, gdy brak takich postanowień w umowie (statucie) spółki, rezygnacja powoduje wygaśnięcie mandatu członka zarządu z chwilą dojścia oświadczenia o rezygnacji do adresata w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią (art. 61 w zw. z art. 746 § 2 k.c.).

Sporną kwestią, która pojawia się na tym tle, jest jednak to, czy termin rezygnacji określony w umowie (statucie) spółki może odnosić się także do rezygnacji złożonej z ważnych powodów. Zagadnienie to stało się przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, który w wyroku z 20 kwietnia 2004 r. (V CK 433/03)²⁰ orzekł, iż: „W umowie o świadczenie usług, do której mają zastosowanie przepisy o wypowiedzeniu zlecenia, dopuszczalne jest określenie przez strony terminu jej wypowiedzenia także z ważnych powodów”.

Kluczowe punkty argumentacji wspierającej to stanowisko sprowadzają się do wykazania, że w art. 746 k.c. jedynie § 3 ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Sąd Najwyższy odrzuca pogląd, który przypisując normom prawnym wyrażonym w art. 746 § 1 i 3 k.c. taką samą kwalifikację, tym samym traktuje wyłączenie możliwości wypowiedzenia z ważnych powodów na równi z niemożnością modyfikacji przez strony przepisu § 1 i 2 tego artykułu, polegającej na wprowadzeniu terminu wypowiedzenia. W konkluzji Sąd Najwyższy podnosi,

¹⁹ M. Gersdorf, w: M. Gersdorf, J. Ignatowicz, *Prawo spółdzielcze...*, op. cit., s. 124; idem, *Zarząd spółdzielni w systemie jej organów*, Warszawa 1976, s. 109.

²⁰ OSNC 2004, nr 12, poz. 205.

iż skoro w art. 746 § 3 k.c. mowa jest jedynie o niedopuszczalności wyłączenia uprawnienia do wypowiedzenia, to nie ma przeszkód, aby strony ograniczyły to uprawnienie przez określenie terminu wypowiedzenia.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, chociaż niektóre tezy jego uzasadnienia mogą skłaniać do polemiki. W szczególności dyskusyjne, moim zdaniem, jest przyjęte przez Sąd Najwyższy założenie, w myśl którego określenie terminu wypowiedzenia oznacza zrzeczenie się możliwości wypowiedzenia w każdym czasie. Założenie takie osłabia pogląd wyrażony w tezie wyroku. Prowadzi bowiem do wniosku, że istnienie ważnych powodów uzasadnia możliwość wypowiedzenia w każdym czasie, a to z kolei oznacza, iż nie obowiązują żadne ograniczenia (np. termin wypowiedzenia), które można by wprowadzić do umowy na podstawie § 2 tego artykułu.

W związku z powyższym wykazanie trafności stanowiska, zgodnie z którym dopuszczalne jest umowne określenie terminu wypowiedzenia także z ważnych powodów, wymaga bardzo wyraźnego podkreślenia, że alternatywą dla wypowiedzenia w każdym czasie nie jest wcale wypowiedzenie złożone bez zachowania terminu wypowiedzenia, lecz wypowiedzenie uzasadnione istnieniem pewnych okoliczności (np. ważnych powodów). Tezę tę dobitnie potwierdza brzmienie np. art. 203 k.s.h., który w § 1 wyraża możliwość odwołania członka zarządu w każdym czasie, natomiast § 2, przewidując możliwość umownego ograniczenia prawa do odwołania, wskazuje na ważne powody jako przykład takiego ograniczenia. Przepisy kodeksu cywilnego przewidują także inne ograniczenia uprawnienia do wypowiedzenia umowy w każdym czasie, czego przykładem jest art. 869 § 1 k.c., który pozwala wypowiedzieć udział w spółce cywilnej zawartej na czas nieoznaczony na trzy miesiące naprzód na koniec roku obrachunkowego.

Z kolei alternatywą dla wypowiedzenia ze skutkiem natychmiastowym jest wypowiedzenie z zachowaniem terminu wypowiedzenia. Taka właśnie relacja między wymienionymi uprawnieniami znajduje wyraz w treści art. 70913 § 2 k.c., który w razie zwłoki korzystającego z zapłatą raty pozwala wypowiedzieć umowę leasingu ze skutkiem natychmiastowym, chyba że strony uzgodniły termin wypowiedzenia.

Wyjaśnienia te prowadzą do wniosku, że możliwość wypowiedzenia umowy zlecenia w każdym czasie oznacza jedynie nieobwarowaną żadnymi okolicznościami dopuszczalność złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu, co jednak w żadnej mierze nie przesądza o natychmiastowej skuteczności tego oświadczenia. Chwila powstania skutku prawnego w postaci ustania stosunku zlecenia uzależniona jest od tego, czy obowiązuje termin wypowiedzenia. Niekiedy ustawodawca wyłącza stosowanie umownych bądź kodeksowych postanowień, mówiących o terminie wypowiedzenia. Przykładem takiej regulacji jest art. 869 § 2 k.c., w świetle którego z ważnych powodów wspólnik może wypowiedzieć swój udział w spółce cywilnej bez zachowania terminów wypowiedzenia, chociażby spółka była zawarta na czas oznaczony. Bezwzględnie obowiązujący charakter tego unormowania wyłącza możliwość umownego modyfikowania wyrażonych w nim konsekwencji prawnych.

Przepis art. 746 § 3 k.c., który – jak wcześniej zaznaczyłem – również ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zakazuje jedynie zrzeczenia się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów, nie wyłącza natomiast stosowania postanowień dotyczących okresu wypowiedzenia.

Transponując powyższe uwagi na grunt kodeksu spółek handlowych, należy stwierdzić, że wskazany w umowie (statucie) spółki termin rezygnacji z członkostwa w zarządzie, w przypadku braku bliższego wyjaśnienia, będzie odnosił się zarówno do rezygnacji składanej z ważnych powodów, jak i do rezygnacji, która nie znajduje takiego uzasadnienia. Nie ma bowiem podstaw, aby przyjmować, iż rezygnacja usprawiedliwiona istnieniem ważnych powodów zawsze następuje ze skutkiem natychmiastowym. Próba formułowania takiego wniosku, oparta na treści art. 746 § 3 k.c., wynika z błędnej interpretacji tego przepisu.

RESIGNATION AS A REASON OF MANDATE EXPIRY OF A MEMBER OF CAPITAL COMPANY BODY

Purpose of this article is to clarify two issues related to resignation from the function performed by a member of the Capital company body. The first matter is to establish a legal nature of resignation from mandate, while the other one – is the assessment of admissibility of restriction on resignation handing in to be contained in company's articles of association.

By presenting the divergent judgements of the Supreme Court and the doctrine opinions, the author is expressing a view that resignation from mandate is a unilateral legal transaction. Not only a lack of prescriptive requirement for acceptance of resignation from mandate on the company side speaks for it, but also a clear reference to the regulations of civil code concerning termination of order by a contractor.

Next, while clearing the matter of restriction on possibility of handing resignation in, the author is observing that membership relationship within the body may obtain a nature of better stability through specification of reasons and term of resignation. The provisions of the company articles in this field may follow two directions: firstly, the parties may restrict the admissibility of resignation making it dependent on occurrence of the specified circumstances; secondly, the company articles of association may set up a term of resignation that is a period with a lapse of which a resignation declaration becomes effective. However, considering the absolutely binding nature of Article 746 § 3 of the Civil Code, a member of the body may hand in resignation from performed function at any time by indicating important reasons, which justify his/her decision. On the other hand, if the articles set up the term of resignation, the same shall apply also to the resignation handed in for important reasons.

PIOTR ŚWIDER

EUROPEJSKIE PRAWO KONSUMENCKIE PROCESOWE**I. WPROWADZENIE**

Wspólny rynek i swoboda przepływu towarów i usług w krajach członkowskich Unii Europejskiej stwarza okazję bliższego przyjrzenia się przepisom normującym zagadnienia jurysdykcji międzynarodowej w zakresie prawa konsumenckiego, a w szczególności sporów powstających na tle umów z udziałem konsumentów.

Członkostwo Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej spowodowało szereg zmian w polskim ustawodawstwie. Wynikają one nie tylko z konieczności implementacji unijnych dyrektyw, ale także włączenia do krajowego porządku prawnego rozporządzeń o zasięgu ogólnym i wiążących wszystkie podmioty prawa wspólnotowego: zarówno osoby fizyczne, jak i prawne, a także państwa członkowskie i instytucje. Jedną z konsekwencji prymatu prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, o czym wprost stanowi przepis art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, jest europejska regulacja dotycząca jurysdykcji krajowej w sprawach cywilnych i handlowych, obejmująca także sprawy z zakresu prawa konsumenckiego.

Z dniem 1 maja 2004 r. w stosunkach Polski z innymi krajami Unii Europejskiej (z wyjątkiem Królestwa Danii) postanowienia **rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych** (OJ L 2001.12.1) zastąpiły odpowiednie przepisy części trzeciej kodeksu postępowania cywilnego w sprawach z podmiotami z krajów członkowskich. Przepisy tego rozporządzenia zasługują tym samym na uwagę sędziów, którzy są obowiązani dokonywać na ich podstawie rozstrzygnięć, oraz w nie mniejszym stopniu radców prawnych i adwokatów, zapewniających obsługę prawną przedsiębiorców działających w obrocie międzynarodowym i świadczących pomoc prawną konsumentom, nieuchronnie uczestniczącym w tymże obrocie.

Interesy konsumentów odnoszących przecież korzyści z poszerzonych i otwartych granic są skądinąd zagrożone szkodliwymi i nieuczciwymi praktykami przedsiębiorców-profesjonalistów działających na rynku wspólnotowym. Unijna polityka prokonsumencka, wyrażająca się w przyjęciu szeregu instrumentów ustawodawczych składających się łącznie na uregulowania prawne, zgodnie z którymi przedsiębiorcy winni prowadzić swoje działania na wspólnym rynku w stosunku do konsumentów, została zintegrowana z innym założeniem Unii Europejskiej, którym jest europejski obszar sprawiedliwości.

Rozporządzenie Rady WE nr 44/2001 (dalej „rozporządzenie”) uzupełnia w aspekcie procesowym szczególny charakter i cel europejskiej polityki prokonsumenckiej, będąc kolejnym krokiem na drodze do osiągnięcia w państwach unijnych pełnej jednolitości w uregulowaniu jurysdykcji i wykonywania orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (art. 65 b TWE).

II. PODSTAWOWY ZAKRES STOSOWANIA

Zakres podmiotowy rozporządzenia określony został w przepisie art. 2, wedle którego stosuje się jego postanowienia zasadniczo, jeżeli pozwany ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, niezależnie od posiadanego obywatelstwa, ponieważ do osób, które nie są obywatelami państwa członkowskiego, ale w którym mają miejsce zamieszkania, stosuje się przepisy jurysdykcyjne właściwe dla obywateli tego państwa.

Ze swobodą przepływu towarów (art. 23 TWE) i usług (art. 49 TWE) związany jest szczególny reżim jurysdykcyjny, któremu poświęcona jest w całości Sekcja 4 rozporządzenia zatytułowana „Jurysdykcja w sprawach dotyczących umów konsumenckich”. Naruszenie przepisów dotyczących jurysdykcji w sprawach konsumenckich stanowi podstawę odmowy uznania orzeczenia w świetle rozporządzenia (art. 35 ust. 1).

Zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli przedmiotem postępowania jest umowa lub roszczenia z umowy zawartej przez osobę, konsumenta w celu, który nie może być uważany za działalność zawodową lub gospodarczą tej osoby, jurysdykcję określa się wedle Sekcji 4 bez uszczerbku dla postanowień art. 4 oraz art. 5 pkt 5 rozporządzenia.

Zastrzeżenie wyrażone przepisem art. 4 dotyczy sytuacji, gdy pozwany nie ma miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego. Wówczas jurysdykcję sądów każdego państwa członkowskiego określa prawo tego państwa, lecz z zastrzeżeniem art. 22 dotyczącego jurysdykcji wyłącznej oraz art. 23 regulującego kwestię umów dotyczących jurysdykcji. Oznacza to, że rozporządzenie każdorazowo nakazuje stosować przepisy art. 22 (przepisy o jurysdykcji wyłącznej) i art. 23 (przepisy o prorogacji jurysdykcji), niezależnie od miejsca zamieszkania pozwanego. Przeciwnie pozwanemu, który nie ma miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, każda osoba mająca miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, niezależnie od posiadanego obywatelstwa, może powoływać się w tym państwie – jak obywatel tego państwa – na obowiązujące tam przepisy jurysdykcyjne, w szczególności te, które są wymienione w załączniku I do rozporządzenia. Reasumując, o ile:

- pozwany nie ma miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego ani też
- nie zachodzi jurysdykcja wyłączna państwa członkowskiego na mocy art. 22 rozporządzenia, jak też
- nie została zawarta umowa prorogacyjna (dotycząca umownej jurysdykcji) zgodnie z postanowieniami art. 17 (co do konsumentów) i art. 23 rozporządzenia,

to jurysdykcję każdego państwa członkowskiego określa jego wewnętrzne prawo. W takim przypadku w Polsce, dla spraw rozpoznawanych w procesie, zastosowanie znajdzie przepis art. 1103 k.p.c.

Drugie z zastrzeżeń odnosi się do spraw dotyczących sporów wynikających z działalności filii, agencji lub innego oddziału. Osoba, która ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, może być pozwana w innym państwie członkowskim przed sąd miejsca, gdzie znajduje się filia, agencja lub inny oddział, w sprawach dotyczących sporów związanych z ich działalnością (art. 5 pkt 5).

Jest to ogólna zasada, która zasadniczo wyklucza możliwość pozywania przed sąd miejsca, gdzie znajduje się filia, agencja lub oddział, w przypadku kiedy strona nie ma w ogóle miejsca zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego.

Cytowany przepis art. 5 pkt 5 jest łagodzony przez szczególną względem niego dyspozycję art. 15 ust. 2 rozporządzenia. Jeżeli bowiem kontrahent konsumenta nie ma miejsca zamieszkania (siedziby) na terytorium państwa członkowskiego, ale posiada filię, agencję lub inny oddział w państwie członkowskim, to będzie on traktowany w sporach dotyczących ich działalności, jak gdyby jednak posiadał miejsce zamieszkania (siedzibę) na terytorium tego państwa członkowskiego. Przepis ma na celu włączenie szerszego kręgu przedsiębiorców w orbitę jurysdykcji państw unijnych.

Wyjaśnienia, czym jest filia, agencja lub inny oddział, dostarcza orzeczenie ETS z dnia 22 listopada 1978 r. w sprawie 33/78 *Somafer v. Saar-Ferngas*¹. Zgodnie z tym orzeczeniem podporządkowane przedsiębiorstwo (takie jak filia, agencja lub inny oddział) jest siedzibą jednostki, która posiada przymiot stałości, będąc przedłużeniem niejako centrali, ma zarząd oraz jest wyposażona w możliwość negocjowania warunków współpracy z osobami trzecimi. Przy tym osoby trzecie wiedzą o istnieniu prawnego związku przedsiębiorstwa podporządkowanego z centralą, więc nie są zmuszone prowadzić interesów bezpośrednio z tą ostatnią. Tym samym – jak konkluduje ETS – filia, agencja lub inny oddział jest podmiotem, który ma zdolność bycia głównym lub nawet wyłącznym partnerem negocjacji umów zawieranych z osobami trzecimi, w tym konsumentami.

Pojęcie przedsiębiorstwa podporządkowanego nie obejmuje jednak niezależnego agenta handlowego, który co prawda negocjuje warunki transakcji, ale nie angażuje się w jej wykonanie, jeżeli ponadto korzysta ze swobody w organizowaniu swojej pracy oraz decydowania o czasie, jaki poświęca sprawom zleceńdawcy, i który może działać równocześnie jako przedstawiciel innych jednostek gospodarczych działających w tej samej branży (orzeczenie ETS z dnia 18 marca 1981 r. w sprawie 139/80 *Blanckaerst Willems v. L. Trost*²).

Wreszcie ETS ogłosił, iż pojęcie „filia, agencja lub inny oddział” odnosi się także do spraw, w których osoba prawna mająca siedzibę w jednym państwie nie prowadzi żadnej agencji ani podobnego przedsiębiorstwa w innym państwie,

¹ ECR 1978, s. 2183.

² ECR 1981, s. 819.

ale kontynuuje swoją działalność przez niezależne przedsiębiorstwo pod tą samą nazwą i z tym samym zarządem, który prowadzi interesy w jej imieniu, a działalność tego przedsiębiorstwa traktuje jako ekspansję terytorialną firmy (orzeczenie z 9 grudnia 1987 r. w sprawie nr 218/86, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL*³).

Rozporządzenie, zastępując w stosunkach pomiędzy państwami członkowskimi Konwencję brukselską („z wyjątkiem odnośnie co do tych terytoriów państw członkowskich, które objęte są terytorialnym zakresem zastosowania tejże Konwencji i które na podstawie art. 299 Traktatu wyłączone są z zakresu niniejszego rozporządzenia”), traktuje odesłania do tejże Konwencji za odesłania wprost do rozporządzenia (art. 68 ust. 2 rozporządzenia). Kontynuacja pomiędzy konwencją a rozporządzeniem rozciąga się także na wykładnię postanowień Konwencji brukselskiej przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich.

Tym samym zawarta w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wykładnia postanowień Konwencji brukselskiej jest właściwa również w odniesieniu do odpowiednich postanowień rozporządzenia i winna być respektowana, zwłaszcza w orzecznictwie polskich sądów. Z tego powodu wyjaśnienie pojęć kluczowych dla tematyki tego opracowania zostanie oparte w szczególności na orzeczeniach Trybunału.

III. DEFINICJE

1. Konsument

Ogólna definicja konsumenta pojawia się w orzeczeniu z 3 lipca 1997 r. w sprawie C-269/95 *F. Benincasa v. Dentalkit Srl*⁴. Otóż tylko umowy zawarte celem zaspokojenia własnych potrzeb osoby (*satisfying an individual's own needs*) w ramach użytku prywatnego podpadają pod regulację art. 15 rozporządzenia, którego zadaniem jest ochrona strony ekonomicznie słabszej. W cytowanym wyroku ETS konkluduje, że reżim prawny art. 15 ma zastosowanie wyłącznie do umów zawartych niezależnie i poza (*outside and independently*) działalnością gospodarczą bądź zawodową, zarówno obecnie wykonywaną, jak i przyszłą. Wobec tego specyficzna ochrona konsumenta wyrażona w odpowiednich postanowieniach rozporządzenia nie może znaleźć zastosowania w razie zawarcia umowy pozostającej w wyraźnym związku z wykonywaną działalnością gospodarczą czy zawodową, nawet jeśli zawarto umowę w celu wykonywania dopiero przyszłej działalności zawodowej lub gospodarczej.

Z tej właśnie racji ETS wyrokiem z 19 stycznia 1993 r. w sprawie C-89/91 *Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft*⁵ wyjaśnił, że powód, który działa w ramach wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej

³ ECR 1987, s. 4905.

⁴ ECR 1997, s. I-3767.

⁵ ECR 1993, s. I-139.

bądź zawodowej, a więc nie jest konsumentem, nie może korzystać z zasad specjalnej jurysdykcji dotyczącej umów konsumenckich, nawet jeśli dochodzi roszczenia konsumenta jako cesjonariusz wierzytelności. Trybunał przyjmuje zatem, że rozporządzenie chroni wyłącznie konsumentów występujących osobiście jako strona postępowania. *A contrario* nie istnieją przeszkody, aby cesjonariuszem była osoba fizyczna, która dochodzi praw z nabytej wierzytelności powstałej w związku z umową zawartą pierwotnie przez innego konsumenta.

Jak przyjął ETS w wyroku z 16 września 2004 r. w sprawie C-464/01 *J. Gruber v. Bay Wa AG*⁶, osoba, która zawiera umowę dotyczącą rzeczy ruchomych, wykorzystywanych zarówno prywatnie, jak i zawodowo (gospodarczo), nie może w razie sporu korzystać z prokonsumenckich reguł jurysdykcyjnych, o ile cel zawodowy (gospodarczy) zawartej umowy nie jest ograniczony do tego stopnia, że jawi się jako zupełnie nieistotny (*negligible*) w całościowym kontekście umowy. Ewentualny fakt, że element prywatny umowy byłby przeważający, pozostaje bez znaczenia. Zadaniem sądu właściwego pozostaje wyjaśnienie, czy umowa została zawarta celem zaspokojenia potrzeb związanych z działalnością zawodową (gospodarczą) osoby w rozmiarach istotnych (*non-negligible*) czy przeciwnie, cel zawodowy (gospodarczy) umowy pozostawał niegodny uwagi.

Trybunał poucza, iż w tym celu sąd właściwy musi rozważyć cały stosowny materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy.

Zdaniem sądu nie korzysta jednak ze szczególnej ochrony konsumenckiej osoba zawierająca umowę o podwójnym celu (tzn. zarówno prywatnym, jak i zawodowym w rozmiarze nieistotnym), o ile przy zawarciu umowy zachowywała się w taki sposób, że druga strona umowy mogła posiadać uzasadnione (*legitimate*) wrażenie, że osoba ta zawierała umowę wyłącznie w ramach prowadzonej przez siebie działalności zawodowej (gospodarczej). Tytułem przykładu takiego zachowania może być polecenie dostarczenia nabytych rzeczy pod adres prowadzenia działalności gospodarczej albo choćby wspomnianie o możliwości odliczenia podatku od towarów i usług.

2. Umowa konsumencka

Stosownie do art. 15 rozporządzenia, dla zastosowania szczególnych prokonsumenckich reguł jurysdykcyjnych, przedmiotem postępowania musi być umowa lub roszczenia z umowy, którą zawarła osoba, konsument, w celu, który nie może być uważany za działalność zawodową lub gospodarczą tej osoby. Rozporządzenie dotyczy umowy:

- a) sprzedaży na raty rzeczy ruchomych,
- b) pożyczki spłacanej ratami lub innej umowy kredytowej, przeznaczonych do finansowania kupna rzeczy ruchomych,
- c) gdy druga strona tej umowy w państwie członkowskim, na którego terytorium konsument ma miejsce zamieszkania, prowadzi działalność zawodową lub

⁶ jeszcze niepubl. w ECR.

gospodarczą lub taką działalność w jakikolwiek sposób kieruje do tego państwa członkowskiego lub do kilku państw włącznie z tym państwem członkowskim, a umowa wchodzi w zakres tej działalności (z wyjątkiem umowy przewozu!),

- d) podróży przewidującej w zamian za cenę ryczałtową połączone świadczenia przewozu i zakwaterowania.

Według orzeczenia ETS z 21 czerwca 1978 r. w sprawie 150/77 *Bertrand v. Paul Ott KG*⁷ sprzedaż na raty rzeczy ruchomych ma być rozumiana jako transakcja, w której cena jest uiszczana poprzez kilka wpłat lub która jest połączona z umową kredytu. Przy czym wydanie rzeczy musi nastąpić przed zapłatą ostatniej z rat, czemu wyraz dał ETS w orzeczeniu z 27 kwietnia 1999 r. w sprawie C-99/96 *H.-H. Mietz v. Intership Yachting SneekBY*⁸. Nie jest uważana za umowę sprzedaży na raty umowa nosząca znamiona dostawy (tzn. wytworzenia rzeczy ruchomej na zamówienie konsumenta), nawet gdy cena płatna jest ratalnie. W sytuacji zatem gdy dostawca nie prowadzi działalności gospodarczej ani jej nie kieruje w jakikolwiek sposób na terytorium państwa, gdzie konsument ma miejsce zamieszkania, niemożliwe będzie skorzystanie z reguł jurysdykcji w sprawach konsumenckich.

Dla przedstawienia w pełni poglądu ETS na charakter umowy sprzedaży na raty warto wskazać, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia właściwości sądu pozostaje nazwa umowy, jaką strony jej nadały, decydujące bowiem znaczenie ma wyłącznie jej treść.

Zupełnie nowym rozwiązaniem, w stosunku do Konwencji brukselskiej i lugańskiej, jest rozszerzenie katalogu umów warunkujących skorzystanie z jurysdykcji prokonsumenckiej. Obecnie konsument może dochodzić roszczeń w sądzie przez siebie wybranym (art. 16 ust. 1 rozporządzenia) z każdej umowy wchodzącej w zakres działalności przedsiębiorcy prowadzącego taką działalność na terytorium państwa, w którym konsument zamieszkuje, albo do tego państwa swoją działalność zawodową (gospodarczą) w jakikolwiek sposób kieruje. Na temat możliwych sposobów kierowania tej działalności wypowiedział się ETS w orzeczeniu z 11 lipca 2002 r. w sprawie C-96/00 *Gabriel*⁹, zaliczając do nich wszelkie formy reklamy w państwie członkowskim zamieszkiwanym przez konsumenta, niezależnie od środka przekazu, tj. prasy, radia, telewizji, kina czy innych, jak też adresowanej bezpośrednio, np. za pomocą katalogów dostępnych w tym państwie, jak również ofert handlowych kierowanych osobiście do konsumenta przy pomocy agenta lub sprzedawcy w systemie *door-to-door*.

Koncepcja działalności zawodowej (gospodarczej) wykonywanej lub skierowanej do państwa członkowskiego pozwala uwzględnić także umowy zawierane przez Internet, za pomocą urządzeń dostępnych w państwie zamieszkania konsumenta. Taka umowa będzie traktowana w sposób identyczny jak kontrakty za-

⁷ ECR 1978, s. 1431.

⁸ ECR 1999, s. I-2277.

⁹ ECR 2002, s. I-6367.

wierane za pomocą telefonu, faksu i podobnych środków komunikowania się na odległość¹⁰.

We wspomnianym wyroku w sprawie *Gabriel* ETS przesądził, że postępowanie sądowe, w którym konsument domaga się ochrony w państwie swego zamieszkania, żądając od spółki ustanowionej w innym państwie członkowskim, a świadczącej sprzedaż wysyłkową, wypłaty na jego rzecz korzyści finansowej (nagrody pieniężnej) obiecaniej przez spółkę pod warunkiem, że konsument zamówi towary za ustaloną wartość pieniężną, w sytuacji gdy konsument faktycznie złożył takie zamówienie w państwie swego zamieszkania, jednakże bez wypłaty obiecaniej korzyści finansowej (nagrody pieniężnej), dotyczy umowy w sensie art. 15 rozporządzenia.

W nieco zbliżonym stanie faktycznym w orzeczeniu z 8 lipca 2004 r. w sprawie *C-27/02 P. Engler v. Janus Yersand GmbH*¹¹ Trybunał zawyrokował, iż w sytuacji gdy spółka świadcząca sprzedaż wysyłkową wywołała przeświadczenie u konsumenta przyznania mu nagrody pieniężnej, a ten zażądał jej wypłaty, przy czym nie istniał warunek zamówienia towarów reklamowanych w przesłanym konsumentowi jednocześnie katalogu, to nie doszło do zawarcia umowy w znaczeniu art. 15 rozporządzenia, ale w znaczeniu art. 5 ust. 1 rozporządzenia.

Przepisy sekcji 4 rozporządzenia nie mają zastosowania do umów przewozu, nawet jeżeli mają one charakter konsumencki. Wyłączenie umów przewozu było uzasadnione tym, że przewóz międzynarodowy, tak osób, jak i rzeczy, jest regulowany szczególnymi konwencjami międzynarodowymi dotyczącymi różnych gałęzi przewozu, które zawierają stosowne postanowienia dotyczące jurysdykcji w tych sprawach¹².

Na marginesie powyższych rozważań należy zwrócić uwagę, że o ile orzeczenie zostało wydane w państwie członkowskim, w którym dłużnik będący konsumentem ma miejsce zamieszkania (o czym w dalszej części opracowania), a roszczenie jest bezsporne w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b lub c **rozporządzenia nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. o ustanowieniu Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych** (OJ L 2004.143.15) i dotyczy umowy zawartej przez konsumenta w celu, który nie może być uważany za działalność zawodową lub gospodarczą, może być mu nadane zaświadczenie Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego.

IV. WŁAŚCIWOŚĆ SĄDU

1. Roszczenia konsumenta przeciw jego kontrahentowi

Podobnie jak ma to miejsce w Konwencjach brukselskiej i lugańskiej, jurysdykcja przemienne przysługuje wyłącznie konsumentowi.

¹⁰ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Reguły dotyczące jurysdykcji w sprawach cywilnych i handlowych w prawie wspólnotowym – rozporządzenie Rady 44/2001/WE*, Mon. Prawn. 2004, nr 9.

¹¹ jeszcze niepubl. w ECR.

¹² J. Łopuski, *Konwencja lugańska o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych*, OW Branta, Bydgoszcz 2001, s. 70.

Zgodnie z przepisem art. 16 rozporządzenia, konsument może wytoczyć powództwo przeciwko swemu kontrahentowi albo przed sądami państwa członkowskiego, na którego terytorium ten kontrahent ma miejsce zamieszkania, albo przed sądem miejsca, w którym konsument ma miejsce zamieszkania.

Stosownie do przepisu art. 59 ust. 1 rozporządzenia, jeżeli sprawa wymaga ustalenia, czy strona ma miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego, którego sądy rozpoznają sprawę, sąd stosuje swoje prawo (a więc sąd polski zastosuje przepisy art. 25–28 k.c.).

Jako że kontrahentami w głównej mierze są osoby prawne, przepis art. 60 stanowi, że dla celów stosowania rozporządzenia spółki i osoby prawne mają miejsce zamieszkania w miejscu, w którym znajduje się:

- a) ich statutowa siedziba lub
- b) ich główny organ zarządzający, lub
- c) ich główne przedsiębiorstwo,

przy czym w przypadku Zjednoczonego Królestwa i Irlandii przez pojęcie siedziby statutowej należy rozumieć zarejestrowane biuro (*registered office*) lub jeżeli takowe nigdzie nie istnieje – miejsce uzyskania zdolności prawnej (*place of incorporation*), albo jeżeli i takowe nigdzie nie istnieje – miejsce, zgodnie z którego prawem nastąpiło założenie (*formation*).

Ustalenie sądu państwa członkowskiego, w którym kontrahent ma miejsce zamieszkania, nie powinno nastręczać poważniejszych trudności. Jeszcze prostsza jest reguła pozwalająca konsumentowi na wytoczenie powództwa przed sądem miejsca jego zamieszkania. Użyty zwrot „sąd miejsca zamieszkania”, zamiast „sąd państwa członkowskiego, w którym zamieszkuje”, służy zapewnieniu konsumentowi możliwości pozywania kontrahenta możliwie najbliżej ośrodka działalności życiowej konsumenta¹³.

Miejsce zamieszkania zarówno konsumenta, jak i jego kontrahenta zawsze ustala się w chwili wszczęcia postępowania¹⁴.

2. Roszczenia kontrahenta przeciw konsumentowi

Zupełnie odmiennie przedstawia się sytuacja kontrahenta, który ma zamiar pozwać konsumenta. Otóż wedle przepisu art. 16 ust. 2 rozporządzenia, kontrahent może wytoczyć powództwo tylko przed sądami państwa członkowskiego, na którego terytorium konsument ma miejsce zamieszkania. W uregulowaniu tym znajduje odzwierciedlenie postulat wyrażony w preambule rozporządzenia, że w sprawach z zakresu spraw konsumenckich strona słabsza (niewątpliwie konsument) powinna być chroniona przez przepisy jurysdykcyjne dla niej bardziej korzystne niż przepisy ogólne. Dlatego po stronie kontrahenta nie została przewidziana żadna możliwość jurysdykcji przemiennej.

¹³ J. Maliszewska-Nienartowicz, op. cit.

¹⁴ K. Weitz, *Europejskie prawo procesowe cywilne*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Kraków 2005, s. 529–530.

3. Powództwo wzajemne

Niemniej przepis art. 16 ust. 3 rozporządzenia ustanawia jeden wyjątek, przepisy Sekcji 4 nie naruszają bowiem prawa do wytoczenia powództwa wzajemnego przed sądem, przed którym zgodnie z Sekcją 4 zawisło powództwo główne. Jeżeli zatem konsument wystąpił przeciwko swemu kontrahentowi z roszczeniem przed sądem państwa, w którym kontrahent ma swą siedzibę (miejsce zamieszkania), innym niż miejsce zamieszkania konsumenta, to pozwany kontrahent może wystąpić z powództwem wzajemnym na zasadach ogólnych przed sądem w państwie miejsca zamieszkania konsumenta albo przed sądem, w którym toczy się postępowanie przeciw niemu z powództwa konsumenta.

Charakterystykę powództwa wzajemnego przynosi przepis art. 6 ust. 3 rozporządzenia, jako że powództwo wzajemne musi się opierać na tej samej umowie lub na tym samym stanie faktycznym, na których zostało oparte powództwo główne.

Przepis art. 6 ust. 3 dotyczy wyłącznie kwestii jurysdykcji krajowej i właściwości miejscowej sądu. Pozostałe przesłanki dopuszczalności powództwa wzajemnego wynikają z przepisów prawa krajowego (np. termin wniesienia powództwa wzajemnego – art. 204 § 1 k.p.c.), przy czym nie mogą one naruszać praktycznej skuteczności uregulowania zawartego w cyt. przepisie¹⁵.

Orzeczeniem z 13 lipca 1995 r. w sprawie C-341/93 *Danvaern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co*¹⁶, Trybunał ocenił, że powództwo wzajemne znajduje rację bytu wyłącznie, kiedy jest wnoszone na podstawie żądań pozwanego, który poszukuje realnej ochrony i domaga się wydania orzeczenia przez sąd. Nie jest natomiast dopuszczalne w sytuacji, kiedy pozwany podnosi żądania, które mu domniemanie przysługują, w celu ich ewentualnego uwzględnienia (*as a pure defence*), ale nie wymaga przy tym ich zasądzenia. Wówczas roszczenia takie oraz warunki ich podnoszenia są regulowane wyłącznie prawem krajowym, a przepisy rozporządzenia nie znajdują do nich zastosowania.

4. Umowa prorogacyjna

Od przepisów Sekcji 4 rozporządzenia można odstąpić jedynie na podstawie umowy o jurysdykcji, zachowując przy tym określone wymogi wskazane w art. 17, czyli jeżeli umowa została zawarta po powstaniu sporu lub jeżeli przyznaje ona konsumentowi uprawnienie do wytaczania powództwa przed sądami innymi niż wymienione w tej sekcji, albo jeżeli została zawarta między konsumentem a jego kontrahentem, którzy w chwili zawarcia umowy materialnoprawnej będącej podstawą sporu mają miejsce zamieszkania lub zwykłego pobytu w tym samym państwie członkowskim, a umowa jurysdykcyjna uzasadnia jurysdykcję sądów tego państwa członkowskiego, chyba że taka umowa nie jest dopuszczalna według prawa tego państwa członkowskiego.

¹⁵ K. Weitz, op. cit., s. 519.

¹⁶ ECR 1995, s. I-2053.

Umowy dotyczące jurysdykcji nie wywołują skutku prawnego, jeżeli są sprzeczne z art. 23 ust. 5 rozporządzenia.

Swoboda ustalania jurysdykcji umownej została wydatnie ograniczona celem zabezpieczenia konsumenta przed niekorzystnymi regulacjami w zawieranych umowach z przedsiębiorcami. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie, że nieuczciwy kontrahent mógłby wykorzystać przewagę, jaką posiada w danym stosunku prawnym, i zaproponować zawarcie umowy z klauzulą umowną prorogacyjną wedle własnego uznania. Podstawowym warunkiem ważności takiej umowy o jurysdykcję jest zawarcie jej dopiero po powstaniu sporu, co wydatnie uwzględnia interes słabszej ze stron. Gwarancją, że strony zawarły umowę już po powstaniu sporu, jest treść umowy o jurysdykcję, która winna wskazywać dokładnie spór podlegający wybranej jurysdykcji. Umowa prorogacyjna powinna być podpisana przez obie strony¹⁷.

Umowa dotycząca jurysdykcji musi być zawarta:

- w formie pisemnej (w tym elektronicznych przekazów umożliwiających trwały zapis umowy) lub
- w formie ustnej potwierdzonej na piśmie, lub
- w formie, która odpowiada praktyce przyjętej między stronami, lub
- w handlu międzynarodowym w formie odpowiadającej zwyczajowi handlowemu, który strony znały lub musiały znać i który strony umów tego rodzaju w określonej dziedzinie handlu powszechnie znają i którego stale przestrzegają (art. 23 ust. 1 rozporządzenia).

Orzeczeniem z dnia 11 lipca 1985 r. w sprawie 221/84 *F. Berghoefér GmbH & Co. KG v. ASA SA* Trybunał potwierdził, że formalne wymaganie odnośnie do umowy zostaje zachowane, o ile ustne porozumienie zostało potwierdzone na piśmie, przy czym druga strona nie wniosła sprzeciwu w rozsądnym czasie po otrzymaniu tego potwierdzenia¹⁸.

5. Sąd właściwy na skutek wdania się w spór przez pozwanego

Ostatni, szczególnie przypadek uzyskania przez sąd jurysdykcji zawiera przepis art. 24 rozporządzenia, stanowiący, iż jeżeli sąd państwa członkowskiego nie ma jurysdykcji na podstawie innych przepisów rozporządzenia, uzyskuje on jurysdykcję, jeżeli pozwany przed sądem tym wda się w spór. Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli pozwany wdaje się w spór w tym celu, aby podnieść zarzut braku jurysdykcji, lub jeżeli inny sąd ma na podstawie art. 22 jurysdykcję wyłączną.

W orzeczeniu z dnia 24 czerwca 1981 r. w sprawie 150/80 *Elefanten Schuh GmbH v. P. Jacqmain* ETS stwierdził, iż art. 24 rozporządzenia stosuje się także wówczas, gdy strony wiązane są umową o jurysdykcję¹⁹. Ponadto dla skuteczne-

¹⁷ K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Konwencja z Lugano. Komentarz*, t. III, Warszawa 2002.

¹⁸ ECR 1985, s. 2699.

¹⁹ ECR 1981, s. 1671.

go zakwestionowania jurysdykcji uczestnictwo pozwanego w procesie powinno ograniczyć się wyłącznie do zakresu niezbędnego do wykazania braku jurysdykcji sądu, w przeciwnym bowiem razie zachowanie się pozwanego może być uznane za wdanie się w spór co do istoty sprawy.

Innym wyrokiem z 7 marca 1985 r. w sprawie 48/84 *H. Spitzley v. Sommer Exploitation SA* Trybunał przyjął, że sąd rozpoznający sprawę, przed którym strona podniosła zarzut potrącenia z innego stosunku prawnego, pomijając jednak milczeniem stosowny zarzut braku jurysdykcji, jest właściwy do rozpoznania sprawy na podstawie art. 24 rozporządzenia²⁰.

Podstawowe znaczenie ma zatem wyraźne zakwestionowanie jurysdykcji. Musi ono nastąpić przed wdaniami się w spór lub równocześnie z podniesieniem zarzutów natury merytorycznej. Wdanie się bowiem w spór bez natychmiastowego zakwestionowania jurysdykcji sąd musi uznać za konkludentne wyrażenie zgody na jurysdykcję sądu, do którego pozew został wniesiony.

V. PODSUMOWANIE

Wraz z rozszerzeniem Unii Europejskiej dostęp do Wspólnotowego rynku towarów i usług znacząco się zwiększył, problem stwierdzania jurysdykcji nabrał więc praktycznego znaczenia. Zasady przewidziane w rozporządzeniu w stosunku do stwierdzania jurysdykcji w sprawach konsumenckich należy ocenić pozytywnie. Są one najczęściej zbieżne (czasem nawet identyczne) z unormowaniami zawartymi w Konwencji brukselskiej i Konwencji lugańskiej. Umożliwiają one stronom sporu wybór sądu przez zawarcie umowy prorogacyjnej, przy jednoczesnym obostrzeniu wymogów zabezpieczających interesy konsumenta. Jasno precyzują, kiedy sądowi polskiemu przysługuje jurysdykcja w sprawach konsumenckich.

JURISDICTION OVER CONSUMER CASES ACCORDING TO EUROPEAN COMMUNITY LAW

This article examines the issue of procedural point of view on European pro-consumer policy regarding Council Regulation (EC) no 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Currently aforementioned Council Regulation has replaced some rules of Polish Civil Procedure Code. The author identifies legal definitions of consumer and consumer contracts elaborated by European Court of Justice. The analysis covers also different aspects of jurisdiction over consumer contracts. It deals namely with situation when consumer brings proceedings against the other party; when proceedings are brought against him by the other party; a counter-claim of both: consumer and the other party; prorogatory

²⁰ ECR 1985, s. 787.

agreements and finally with the consequences when a defendant enters an appearance before the initially inappropriate court. The consideration was mainly based on ECJ case law that still remains crucial source of reconstruction of EU legal principles.

RYSZARD SZOSTAK

UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W TRYBIE TZW. ZAPYTANIA O CENĘ

Znaczne uproszczenia proceduralne w zakresie udzielania zamówień publicznych w trybie zapytania o cenę sprawiają, że jest to w praktyce jeden z najczęściej stosowanych sposobów zamawiania sprzętu, materiałów oraz innych dostaw i usług przez jednostki sektora finansów publicznych, zwłaszcza przez urzędy, szkoły, instytucje kultury, placówki publicznej służby zdrowia i pomocy społecznej. Z naturalnych względów regulacja prawna tego rodzaju postępowania rzutuje wyraźnie także na interesy przedsiębiorców, zwłaszcza drobnych dostawców i wykonawców świadczeń zamawianych na cele publiczne.

I. POJĘCIE

Według art. 69 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹ zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w ramach którego zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców (dostawców) i zaprasza ich do składania ofert. Ten sposób udzielenia zamówienia stanowi w istocie rodzaj unormowanego w kodeksie cywilnym przetargu pisemnego (art. 703 k.c.), zwanego w praktyce przetargiem zamkniętym². Zamawiający nie zaprasza bowiem do ubiegania się o zamówienie wszystkich zainteresowanych konkurentów w drodze publicznego ogłoszenia, lecz wybranych przez siebie (swobodnie, lecz nie dowolnie) wykonawców. Niezbyt fortune określenie „zapytanie o cenę”³ pożytywane bywa niekiedy za uzasadnienie błędnie pojmowanego sondażu cenowego (niewiążącego), poprzedzającego bezpośrednie udzielenie zamówienia w drodze klasycznej oferty składanej przez zamawiającego wybranemu wykonawcy albo za podstawę możliwości ograniczenia treści oferty składanej przez „zapytanego” wykonawcę jedynie do samej propozycji ceny

¹ Zwana dalej p.z.p., Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.

² Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 37–38. Funkcjonował na gruncie przepisów § 32 i n. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa oraz instytucji prawa publicznego (Dz.U. R.P. Nr 13, poz. 92).

³ Zaciążyła nad nim – jak się zdaje – terminologia z art. 19 i 40 ustawy modelowej UNCITRAL (Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services, Wien, Juli 1993), na której wzorowano się przy konstruowaniu art. 67 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 z późn. zm.), zwłaszcza w nawiązaniu do „zaproszenia do składania ofert cenowych”.

(wynagrodzenia) deklarowanej na wypadek udzielenia mu zamówienia. Jednakże nowe unormowanie art. 69 p.z.p. eliminuje już większość występujących dawniej trudności interpretacyjnych przez wyraźne wskazanie na zamawiającego jako zapraszającego wybranych konkurentów do składania ofert. Z kolei z art. 71 ust. 2 p.z.p. normującego warunki udzielenia zamówienia w trybie zapytania o cenę oraz z przepisów art. 82–95 p.z.p. regulujących ogólne zasady eliminacyjnego wyboru oferty wynika już jednoznacznie, że chodzi o procedurę przetargową, w ramach której indywidualnie zapraszani wykonawcy mogą składać oferty w rozumieniu art. 66 k.c., stanowiące kompletne propozycje zawarcia umowy⁴. W konsekwencji do zapytania o cenę stosować trzeba subsydlamie kodeksowe przepisy o przetargu, zgodnie zresztą z generalnym odesłaniem z art. 14 p.z.p., w świetle którego do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych – jako *lex specialis* – nie stanowią inaczej.

Procedury tej nie można łączyć z przetargiem ograniczonym w rozumieniu art. 47 p.z.p., który ukształtowany został na wzór europejski, jako postępowanie otwarte, rozpoczynane na podstawie ogłoszenia. W pierwszej jego fazie dokonuje się wstępnej selekcji konkurentów, ograniczając ich liczbę do liczby z góry ustalonej w ogłoszeniu (tzw. przetarg redukcyjny). Kwalifikacja odbywa się na podstawie oceny stopnia spełniania wymaganych warunków. Dopiero w dalszym toku postępowania zamawiający zaprasza wykonawców zakwalifikowanych do przetargu do składania ofert. Kolejne czynności przebiegają, tak samo jak w przetargu nieograniczonym.

Niebezpieczeństwo nadużycia analizowanej procedury przez niesumiennych urzędników reprezentujących instytucje zamawiające, zwłaszcza poprzez tendencyjny dobór zapraszanych wykonawców, legło zapewne u podstaw ustawowego ograniczenia dopuszczalności jej zastosowania tylko do drobnych zamówień, tzw. obrotu zaopatrzeniowego, obejmujących bieżące zakupy towarów i świadczenie usług powszechnie oferowanych, o ustalonych standardach jakościowych, nieprzekraczających wartości 137 tys. euro, a w sferze samorządowej 211 tys. euro⁵ (art. 70 p.z.p.). Nie bez znaczenia jest i to, że wykonawcy pominięci przy zapraszaniu do tego rodzaju eliminacji nie mogą korzystać z protestów i odwołań, ponieważ środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie konkurentom mającym interes prawny w uzyskaniu zamówienia⁶. Konkurent pominięty przy zapraszaniu może mieć co najwyżej interes faktyczny. Pojęcie interesu prawnego dotyczy

⁴ Odnośnie do pojęcia oferta przetargowa zob. zwłaszcza R. Szostak, *Zagadnienia konstrukcyjne przetargu w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, KPP 2004, nr 1, s. 94 i n.

⁵ Jest to górna granica kwotowa drobnych zamówień publicznych, wynikająca z rozporządzenia Komisji 2004/1874/WE, powołanego w przypisie 8. Chodzi o zamówienia uzależnione całkowicie od rozwiązań prawa krajowego. Bliżej o tym A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych – Komentarze*, Kraków 2006, s. 137 i n.

⁶ Wyjątek dotyczy jednak organizacji zrzeszających wykonawców wpisanych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia takich środków, prowadzoną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

bowiem jedynie korzyści związanej bezpośrednio z prawami i obowiązkami (sferą prawną) określonego podmiotu wynikającymi z jego udziału w konkretnym stosunku prawnym⁷. Za prawnie zainteresowanego w uzyskaniu zamówienia uważany może być zatem tylko rzeczywisty uczestnik rozpoczętego już postępowania, jako reflektant pozostający z zamawiającym w proceduralnym stosunku przedkontraktowym z tytułu zaproszenia połączonego z udostępnieniem mu warunków zamówienia, a potem wyłącznie oferent, który zdecydował się na złożenie oferty. Oferta pochodząca od wykonawcy niezaproszonego do jej złożenia podlega odrzuceniu. Dlatego przetarg zamknięty nie został objęty rozwiązaniami zawartymi w dyrektywach europejskich⁸. Jako procedura pozostająca całkowicie w domenie prawa krajowego może być dopuszczona jedynie poniżej progu kwotowego przesądzającego o zastosowaniu rozwiązań europejskich (aktualnie poniżej 137 (211) tys. euro przy zamawianiu dostaw i usług oraz 5,9 mln. euro przy zamawianiu robót budowlanych)⁹.

W wyniku przekazania zaproszenia do złożenia oferty wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) pomiędzy zamawiającym-organizatorem postępowania a zaproszonym wykonawcą nawiązuje się przedprzetargowy stosunek przygotowawczy jednostronnie zobowiązujący, w ramach którego zamawiający obowiązany jest w szczególności do udzielania wyjaśnień, rozpoznawania ewentualnych protestów i korygowania wadliwych dyspozycji warunków zamówienia (art. 38 p.z.p.). Dopiero z chwilą złożenia oferty przez zainteresowanego reflektanta stosunek ten przekształca się w wielostronnie wiążącą więź prawną generowaną porozumieniem proceduralnym, nawiązywanym poprzez przystąpienie ze strony każdego z oferentów do deklarowanych przez zamawiającego warunków przetargu¹⁰. Dlatego zamawiający-organizator już od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami zaproszenia, a także warunków przetargu (art. 701 § 4 k.c.).

⁷ Por. P. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 22 oraz uchwałę SN z dnia 17 lipca 2003 r. (III CZP-44/03) „Wokanda” 2004, nr 9, s. 2 z aprobowaną glosą R. Szostaka, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 12, s. 80.

⁸ Por. przepisy nowych dyrektyw z dnia 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez dostawców wody, energii, usług transportowych lub pocztowych oraz 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (OJ L 134, s. 1 i 114).

⁹ Por. rozporządzenie Komisji 2004/1874/WE z dnia 28 października 2004 r. w sprawie zmian dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE i 2004/18/WE w odniesieniu do progów ich stosowania w zakresie zamówień publicznych (OJ L 326, s. 17), zmienione rozporządzeniem 2083/2005/WE z 19 grudnia 2005 r. (OJ L 333, s. 28).

¹⁰ Bliżej o proceduralno-instrumentalnym stosunku przetargowym zob. zwłaszcza G. Ćmiekiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, część II, PPHZ 1983, nr 7, s. 31 i n., M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85 i n.; S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Księga pierwsza, część ogólna, Warszawa 2004, s. 313; J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 7 i n. oraz Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. 2, *Prawo cywilne*, część ogólna (Suplement), Warszawa 2004, s. 63–64.

Podstawą prawną całej procedury jest bowiem wielostronny stosunek przedkontraktowy wynikający z porozumienia organizatora z uczestnikami przetargu zapewniającego niezbędne z punktu widzenia należytej organizacji toku postępowania związanie prawne i ochronę wzajemnych uprawnień stron. Zamawiający ma możliwość wywołać zainteresowanie zamówieniem i przeprowadzić zapowiadane postępowanie, natomiast reflektanci akceptujący deklarowane warunki mają prawo co najmniej oczekiwać ich przestrzegania i sprawiedliwego rozstrzygnięcia przetargu. W szczególności przysługuje im możliwość podważenia rozpoczęcia błędnej czynności zamawiającego-organizatora, nie tylko w celu skorygowania wadliwego elementu procedury, lecz także w celu prawidłowego wypełnienia jej toku, którego nie wolno zmieniać, wstrzymywać ani zamykać bez wyboru oferty najkorzystniejszej, nieliczne zaś wyjątki dotyczą przypadku tzw. unieważnienia postępowania (art. 93 p.z.p.). Z kolei każdy z oferentów powinien spełniać wymagane warunki uczestnictwa w postępowaniu (art. 22–26 p.z.p.) pod rygorem niedopuszczenia do eliminacji, równoznacznego z tzw. wykluczeniem z postępowania, a ponadto zachować określone wymagania formalne przewidziane na wypadek złożenia oferty pod rygorem jej odrzucenia (art. 89 p.z.p.). Dopuszczalne jest złożenie tylko jednej oferty w formie pisemnej, w sposób zapewniający poufność jej treści ze względu na gwarancję ochrony zasad równości, bezstronności i uczciwej konkurencji. Oferty – tak jak w przetargu otwartym – przedkładane są równolegle, w oznaczonym terminie, zamykającym możliwość dalszego ich składania, a następnie pod nieobecność konkurentów podlegają kwalifikacji i porównawczej ocenie. Oferta spóźniona zwracana jest bez otwierania. Wszystkich konkurentów ubiegających się o zamówienie obciąża obowiązek lojalności i powstrzymania się od zachowań niedopuszczalnych z punktu widzenia przewidzianego toku przetargu, zwłaszcza od zachowań noszących znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (np. tzw. zmowy przetargowej, dumpingu, czy złożenia nieprawdziwych informacji).

Podstawowe powinności zamawiającego-organizatora mają charakter organizacyjno-proceduralny, stymulują prawidłowy przebieg postępowania eliminacyjnego. Najpierw dokonuje on kwalifikacji ubiegających się o zamówienie konkurentów pod względem zasadności dopuszczenia ich do przetargu. Potem przeprowadza rzetelną kwalifikację ofert, albowiem te spośród nich, które uchybiają obowiązującym wymaganiom, muszą być odrzucone. Dopiero w trzeciej fazie postępowania eliminacyjnego odbywa się merytoryczna ocena ofert, przy zastosowaniu jednego (w trybie zapytania o cenę) kryterium: wysokości żądanej za oferowany przedmiot ceny (wynagrodzenia). Na podstawie wyniku tej oceny dochodzi w końcu do wyboru oferty z najniższą ceną i jej przyjęcia skutkującego nawiązaniem ze zwycięskim oferentem autonomicznego stosunku cywilnoprawnego, kreującego dwustronny obowiązek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 p.z.p.). Zgodnie bowiem z art. 703 § 3 w zw. z art. 70⁷ § 3 k.c., jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator procedury przetargowej, jak i jej uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy.

W rezultacie charakter proceduralnego stosunku obejmującego tryb zapytania o cenę, a także charakter poszczególnych czynności zapadających w wykonaniu tego stosunku upoważnia do wniosku, że procedura ta będąca uproszczonym przetargiem pisemnym powinna być opatrzona bardziej sugestywną (w świetle prawa polskiego) nazwą, tym bardziej że nowe uniwersalne przepisy kodeksowe o przetargu dopuszczają rozmaite jego wersje.

II. PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA

W świetle ogólnego unormowania art. 10 p.z.p. podstawowymi sposobami udzielenia zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, a pozostałe procedury, w tym tryb zapytania o cenę (art. 70 p.z.p.), dopuszczalne są wyjątkowo, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zastosowanie procedury zapytania o cenę zostało całkowicie wyłączone przy zamawianiu robót budowlanych, nawet drobnych robót remontowych obejmujących proste prace o ustalonych standardach (np. układanie parkietu, tynkowanie ścian czy montaż okien). Brak jakichkolwiek wyjątków wynika zapewne z założenia, że ta uproszczona procedura mogłaby być nadużywana do zamawiania różnych robót nietypowych, nienależących do świadczeń powszechnie oferowanych¹¹. Tymczasem *ratio legis* przepisu ograniczającego jej zastosowanie sprowadza się do tego, że dostawy i usługi tego samego rodzaju wszędzie dostępne o ustalonych standardach jakościowych mają zbliżoną cenę, w sytuacji naruszenia konkurencyjności postępowania od razu ujawnia się rozmiar uszczuplenia interesu publicznego.

Przez dostawy rozumie się świadczenia mające za przedmiot nabycie rzeczy, praw lub innych dóbr (energii, papierów wartościowych czy zwierząt) przez zamawiającego, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu (art. 2 pkt 2 p.z.p.). Ustawowy reżim udzielania zamówień publicznych nie dotyczy jednak umów o nabycie własności lub innych praw do nieruchomości, w tym umów o korzystanie z cudzych nieruchomości (por. wyłączenie z art. 4 pkt 3 lit. i p.z.p.)¹². Tak szerokie ujęcie dostaw zmusza do objęcia nimi także umów o nabycie praw autorskich lub wynalazczych, choć z drugiej strony według wspólnotowego słownika zamówień pożyczka i kredyt mieszczą się w pojęciu usług, bez względu na tradycyjne ich usytuowanie w typologii kontraktów cywilnoprawnych. Przez usługi bowiem należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane (zdefinio-

¹¹ W kategoriach usług, a nie robót budowlanych rozpatrywać należy rozmaite prace polegające na tzw. konserwacji i utrzymaniu obiektu budowlanego we właściwym stanie, choć w świetle przepisów europejskich malowanie pomieszczeń mieści się już w pojęciu robót budowlanych. Por. rozporządzenie z dnia 5 listopada 2002 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2195/2002/WE w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych (CPV).

¹² Połączenie umów o przeniesienie praw z umowami o korzystanie z cudzych rzeczy i praw w obrębie jednej grupy „dostaw” nastąpiło pod wpływem znacznych uproszczeń terminologicznych wynikających z dyrektyw europejskich. Występujące w praktyce trudności interpretacyjne na tle niezbyt fortunnego pojęcia „nabycie innych praw” usuwać trzeba w zgodności z wymaganiami prawa europejskiego.

wane w art. 2 pkt 8 p.z.p.) lub dostawy. Przyjęte uproszczenia klasyfikacyjne doprowadziły zatem do nadania pojęciu usług znaczenia dopełniającego. Z kolei, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy, jednakże gdy zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi polegające na rozmieszczeniu bądź instalacji dostarczanej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw, choć w przypadku robót budowlanych powiązanych z dostawami przedmiotów niezbędnych do ich wykonania – udzielenie zamówienia następuje z zastosowaniem przepisów dotyczących robót budowlanych (art. 6 p.z.p.).

Z powyższego wyraźnie wynika, że uproszczony podział zamówień na trzy rodzaje odnosi się jedynie do ich udzielania, a więc wyłącznie do czynności poprzedzających zawarcie umowy, natomiast nie podważa on przyjętej typologii kontraktów i ich kwalifikacji prawnej wynikającej z ogólnych przepisów prawa cywilnego, które są wiążące przy podpisywaniu i wykonywaniu każdej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych na terenie całego kraju. Rynek jest nimi nasycony, wszędzie i ciągle są oferowane jako dobra łatwo dostępne, które można nabyć na rynku lokalnym lub regionalnym. Są to przede wszystkim dobra z zakresu bieżącego zaopatrzenia (żywność, materiały biurowe, opał, paliwo czy usługi pralnicze, sprzątnia, drukarskie itd.). Nie są nimi zaś przedmioty specjalnego przeznaczenia (wojskowo-policyjnego, medycznego, czy naukowego) albo rzeczy objęte wyłączną dystrybucją handlową ze strony określonej sieci dealerów (niektóre urządzenia, sprzęt, samochody). Podobnie za takie dobra nie mogą być uważane rozmaite usługi nietypowe, zwłaszcza wymagające szczególnych kwalifikacji (np. eksperckie, poszukiwawcze, artystyczne) albo rzadkiego bądź wyjątkowego zastosowania (np. geologiczne, detektywistyczne czy ratownicze)¹³.

Ustalone standardy jakościowe to przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itd.) bądź powtarzalne parametry technologiczne lub czynnościowe (przy usługach), chodzi o właściwości przedmiotu świadczenia, które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do transakcji skomplikowanych, jej zawarcie wystarczy poprzedzić przetargiem uproszczonym charakteryzującym się przeciętną konkurencyjnością postępowania. Nie ma znaczenia to, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu), pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgod-

¹³ Por. M. Rzeźniczuk, *Jak udzielać zamówień publicznych po nowelizacji*, Informator Urzędu Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, s. 108; T. Siedlecki, w: *Prawo zamówień publicznych z komentarzem*, Warszawa 2004, s. 191 oraz T. Kwieciński, w: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2004, s. 192.

ności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości.

Powyższe przesłanki warunkujące dopuszczalność zastosowania procedury zapytania o cenę wyjątkowo nie są wiążące przy zamawianiu kilkunastu rodzajów usług wymienionych w art. 5 ust. 1 p.z.p. (socjalnych, hotelarskich, restauracyjnych, transportu kolejowego i żeglugi śródlądowej, prawniczych, szkoleniowych, zdrowotnych, ochrony osób i mienia, a także w dziedzinie kultury, sportu i rekreacji oraz doradztwa personalnego), w zakresie których zamawiający ma swobodę wyboru sposobu udzielenia zamówienia, byleby nie naruszył ustawowo ustalonego progu maksymalnej wartości zamówienia.

Wspomniane zagrożenia związane z różnymi praktykami ograniczania konkurencyjności postępowania i licznymi sposobnościami do nadużycia trybu zapytania o cenę w przypadkach niedozwolonych przyczyniły się do zredukowania możliwości jego zastosowania do zamówień nieprzekraczających wartości 137 (211) tys. euro. Chodzi o rynkową wartość zamówienia obejmującą całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku VAT, ustalone zawczasu przez zamawiającego z należytą starannością, a jeśli z jakichś racjonalnych powodów zamawiający kilkakrotnie zamierza udzielać zamówień tego samego rodzaju (podstawą oceny jest zwłaszcza plan finansowy), przy doborze procedury powinien kierować się sumaryczną wartością powtarzalnych zamówień (art. 32 p.z.p.). Jednakże podstawą ustalenia wartości zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo (np. w zakresie dostarczania prasy bądź odbioru odpadów) jest, zgodnie z wyborem zamawiającego: łączna wartość zamówień na dostawy lub usługi należące do tego samego rodzaju, udzielonych w okresie 12 miesięcy lub w ogóle w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, albo których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie (art. 34 p.z.p.). Jeśli jednak zamówienia udziela się na czas dłuższy niż 12 miesięcy, jego wartością jest wartość ustalona z uwzględnieniem rzeczywiście zakładanego okresu jego realizacji. Celem tych ograniczeń jest zapobieganie nadużywaniu procedur uproszczonych i unikaniu przetargu otwartego przy zamawianiu świadczeń o większej wartości w wyniku tzw. rozdrabniania przedmiotu zamówienia. Według art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁴ niedozwolone posłużenie się trybem zapytania o cenę obwarowane jest odpowiedzialnością karno-administracyjną.

III. USTALENIE WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Podobnie jak przy przetargu otwartym zamawiający powinien z góry ustalić warunki przetargu uproszczonego toczzonego w trybie zapytania o cenę, z tym,

¹⁴ Dz.U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114.

że od razu udostępnia je bez wezwania wraz z zaproszeniem do konkurencji każdemu z wybranych przez siebie wykonawców. Wyznaczają one wymagania dalszego toku postępowania oraz warunki zamierzonej umowy finalnej. Nie zależą jednak całkowicie od swobodnej woli organizatora postępowania, lecz w interesie publicznym w dużym stopniu normowane są przepisami bezwzględnie wiążącymi zawartymi w art. 36 p.z.p. Zaproszenie do przetargu i wyodrębnione redakcyjnie warunki zamówienia nie mają samodzielnego znaczenia, nawet gdy wyrażone zostały w postaci osobnych dokumentów. Pozostają ze sobą w sprzężeniu (art. 701 § 2 i 4 k.c.), tworząc łącznie jedno źródło generujące stosunek przetargowy¹⁵. Jest to tzw. dokumentacja przetargowa, którą udostępnia się nieodpłatnie (art. 37 p.z.p.). Spośród objętych ogólnym wyliczeniem z art. 36 ust. 1 p.z.p. warunków zamówienia niektóre mogą być pominięte z uwagi na drobną wartość przedmiotu (do 137 (211) tys. euro), zwłaszcza określenie waluty, w jakiej dokonane zostanie rozliczenie zapłaty za wykonanie zamówienia, opis kryteriów pozacenowych (wyłącznym kryterium wyboru jest cena) oraz ustalenie formalności poprzedzających zawarcie umowy finalnej. Z mocy art. 36 ust. 2 p.z.p. są to bowiem warunki fakultatywnego zastosowania. Jednocześnie zgodnie z art. 71 ust. 2 zd. 2 p.z.p. całkowicie wyklucza się zastrzeżenia dotyczące możliwości udzielenia w przyszłości tzw. zamówień uzupełniających, dopuszczalności przedstawiania ofert wariantowych, ustanowienia wadium, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Po doręczeniu zaproszeń i warunków przetargu wybranym wykonawcom zamawiający obowiązany jest udzielać im niezwłocznie wszelkich wyjaśnień (z zachowaniem zasady równego dostępu do informacji), chyba że prośba o wyjaśnienie treści s.i.w.z. wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem składania ofert (art. 38 ust. 1–3 p.z.p.). Niezależnie od tego zamawiający powinien należycie załatwiać ewentualne protesty, z którymi mogą obecnie występować wszyscy zainteresowani zamówieniem, bez względu na wartość przedmiotu zamówienia. Zamawiający, z własnej inicjatywy, pod wpływem okoliczności towarzyszących wyjaśnianiu wątpliwości, czy też wskutek uwzględnienia protestu może w szczególnie uzasadnionych przypadkach, w każdym czasie, przed upływem terminu do składania ofert, zmodyfikować określone dyspozycje warunków zamówienia, z wyjątkiem jednak warunków uczestnictwa w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania (art. 38 ust. 4–6 p.z.p.). W razie potrzeby zamawiający musi przedłużyć termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z dokonanej modyfikacji s.i.w.z. Wyjątkową możliwość modyfikacji warunków zamówienia rozpatrywać trzeba w kategoriach szczególnego uprawnienia kształtującego, przysługującego zamawiającemu z mocy ustawy, wymagającego złożenia oświadczenia woli wszystkim zainteresowanym, ograniczonego terminem, po którego upływie warunki zamówienia stają się ostatecznie wiążące, chyba że są sprzeczne z prawem¹⁶.

¹⁵ Por. R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 46.

¹⁶ Por. R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 49.

Wyznaczenie warunków udziału w przetargu wraz ze wskazaniem sposobu oceny ich spełniania oraz oświadczeń i dokumentów, jakie ubiegający się o zamówienie oferenci powinni przedłożyć celem potwierdzenia spełnienia tych warunków, otwiera listę wymagań proceduralnych. Według zasad europejskich (zob. art. 44–48 dyrektywy nr 2004/18/WE) zamówienie może być udzielone wyłącznie wykonawcy zdolnemu do należytego jego wykonania i wiarygodnemu. W ogóle nie wolno udzielać zamówień osobom skazanym za niektóre przestępstwa lub poważne wykroczenia zawodowe, a także jednostkom organizacyjnym posługującym się takimi osobami w charakterze członków organów zarządzających. Oprócz bezwzględnie koniecznych wymagań ustawowych oferenci muszą spełniać też warunki i właściwości ustalone przez samego zamawiającego, choć w granicach ustawowo zakreślonych. W świetle art. 22 p.z.p. o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy są uprawnieni do wykonywania określonej działalności (regulowanej, objętej zezwoleniami, koncesjonowanej lub choćby tylko zwyczajnie zalegalizowanej), dysponują uprawnieniami do wykonywania ustawowo zastrzeżonych czynności (dotyczy osób z certyfikatami zawodowymi), posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz wystarczający potencjał techniczny, dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pracownikami, podwykonawcami), a także znajdują się w sytuacji majątkowej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wymogi w zakresie predyspozycji do należytej realizacji zamówienia ustala sam zamawiający, kierując się rzeczywistymi potrzebami w odniesieniu do ilości i jakości zamawianego świadczenia. Bardzo łatwo więc o różne praktyki dyskryminacyjne, stąd nie wolno mu kształtować warunków udziału w przetargu w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Poza tym z ubiegania się o udzielenie zamówienia wykluczeniu podlegają zwłaszcza wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich 3 lat dopuścili się niewykonania lub nienależytego wykonania jakiegokolwiek zamówienia publicznego, wyrządzając szkodę, której nie naprawili, otworzyli likwidację bądź popadli w upadłość, zalegają z uiszczaniem podatków (opłat lub składek publicznoprawnych), zostali prawomocnie skazani za przestępstwa związane z udzielaniem zamówień, przekupstwa lub przeciwko bezpieczeństwu obrotu gospodarczego bądź za inne przestępstwa popełnione z pobudek majątkowych albo jako jednostki organizacyjne dopuszczają osoby skazane do czynności zarządzających bądź też złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania (art. 24 p.z.p.).

Weryfikacji wszystkich tych okoliczności dokonuje zamawiający w trakcie badania ofert, na podstawie stosownego oświadczenia-deklaracji i ewentualnych dokumentów dodatkowych towarzyszących ofercie, których zamawiający może żądać w niezbędnym zakresie w ramach kształtowania warunków uczestnictwa celem dowodowego potwierdzenia ich spełniania (art. 44 w zw. z art. 73 p.z.p.)¹⁷. Niespełnienie choćby pojedynczego warunku uczestnictwa w przetargu bądź zło-

¹⁷ Rodzaj dokumentów, jakich fakultatywnie można wymagać przy udzielaniu zamówień o wartości nieprzekraczającej 137 (211) tys. euro, określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605).

zenie oświadczenia (dokumentu) z brakami dyskwalifikuje z udziału w przetargu, wykonawca podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta – odrzuceniu.

Określenie sposobu przygotowania oferty przetargowej ze wskazaniem miejsca i terminu jej złożenia, a także jawnego jej otwarcia ma duże znaczenie praktyczne. Umożliwia realizację zasad równości i uczciwej konkurencji. W szczególności w przetargu każdy reflektant może złożyć tylko jedną ofertę, w formie pisemnej pod rygorem nieważności albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 82 p.z.p.)¹⁸. Treść oferty powinna odpowiadać treści s.i.w.z. pod rygorem jej odrzucenia, głównie dlatego, że zakres świadczenia wykonawcy według umowy zawartej w następstwie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być tożsamy z jego zobowiązaniem wyrażonym w ofercie, umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w s.i.w.z. (art. 140 p.z.p.). Wykonawca może przed upływem terminu do składania ofert zmienić lub wycofać ofertę. Ofertę złożoną po terminie zwraca się bez otwierania po upływie 7-dniowego terminu przewidzianego na wniesienie protestu.

Pod względem znaczenia prawnego oferta przetargowa odpowiada pojęciu oferty z art. 66 k.c. rozumianej jako stanowcza propozycja zawarcia umowy. Przyjęcie oferty z zastrzeżeniami jest w zasadzie wykluczone, z wyjątkiem przypadku tzw. oferty częściowej (zob. dalej). Funkcjonujące niekiedy w praktyce w odniesieniu do procedury zapytania o cenę pojęcie tzw. oferty cenowej stanowi jedynie przejaw swoistego uproszczenia. Z istoty swej oferta jest kompletna, w tym sensie, że obejmuje wszystkie elementy zobowiązania (umowy), a nie tylko propozycję w zakresie samej ceny, natomiast pod względem redakcyjnym oferta składana w trybie zapytania o cenę ogranicza się zazwyczaj do wskazania ceny żądanej za przedmiot zamówienia, ponieważ pozostałe elementy objęte są prostą akceptacją warunków (tzw. oferta wywołana)¹⁹, bardzo często w postaci podpisania przez oferenta gotowego projektu umowy.

Termin składania ofert powinien uwzględniać czas niezbędny na przygotowanie i przedłożenie oferty (art. 64 w zw. z art. 73 p.z.p.). Z praktyki wynika, że wynosi on ok. 10 dni. Miejsce i termin otwarcia ofert powinny być także z góry wyznaczone w warunkach zamówienia w celu wymuszenia późniejszego ich zachowania wobec konkurentów. Powyższe terminy stanowią rodzaj terminu z woli stron, który niekoniecznie musi kończyć się z upływem pełnego ostatniego dnia, jego bieg często wyczerpuje się nieco wcześniej o określonej godzinie przed końcem ostatniej doby²⁰.

Zamawiający może dopuścić możliwość złożenia tzw. oferty częściowej, zawierającej propozycję wykonania jedynie części zamówienia, jeżeli jego przed-

¹⁸ Por. bliżej M. Drozdowicz, *(Nie)bezpieczny podpis elektroniczny*, PPH 2003, nr 1, s. 10 i n.

¹⁹ Por. zwłaszcza A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 283 oraz M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim (zagadnienia cywilistyczne)*, Warszawa 2001, s. 127 i n.

²⁰ Por. R. Szostak, *Bieg niektórych terminów przewidzianych w prawie zamówień publicznych*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 5, s. 12 i n.

miot jest podzielony. Poszczególne części przedmiotu wymagają dokładnego wyodrębnienia z góry w warunkach zamówienia. W takim przypadku oferta może obejmować jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający zastrzeże maksymalną liczbę części, które mogą być objęte przez jednego wykonawcę (art. 83 p.z.p.). Z ustawy pośrednio wynika, że gdy oferta obejmuje kilka części zamówienia, stanowi w istocie połączenie wielu propozycji, które podlegają odrębnej ocenie w toku przetargu, *in casu* może zatem się okazać, że konkretna oferta będzie najkorzystniejsza dla zamawiającego w zakresie tylko niektórych części zamówienia, a w pozostałych zostanie wyeliminowana na rzecz ofert złożonych przez innych wykonawców. W konsekwencji w pojedynczym postępowaniu może dojść do wyłonienia kilku zwycięskich oferentów i zawarcia większej liczby umów. Nie wydaje się jednak, aby zachodziła konieczność operowania rozwiązaniem, według którego jeśli konkurent ubiega się o całe lub znaczną część zamówienia, powinien złożyć równolegle kilka odrębnych ofert częściowych. Prowadziłoby to do niepotrzebnej kolizji z zasadą jednej oferty przetargowej (art. 82 ust. 1 p.z.p.) i zasadą przedmiotowej zgodności umowy z ofertą (art. 140 p.z.p.). Wystarczającą konstrukcją będzie – jak się zdaje – dopuszczenie odrębnej oceny wartościującej poszczególnych elementów oferowanego zobowiązania z uwarunkowanym przyjęciem oferty.

Określenie z góry terminu związania ofertą przetargową zapewnia zachowanie prawidłowego toku postępowania. Złożona oferta musi bowiem przez pewien czas wiązać oferenta, tak żeby zamawiający zdołał poddać rzetelnej ocenie wszystkie złożone oferty, wybrać najkorzystniejszą i doprowadzić do zawarcia ważnej umowy, a w razie gdyby zwycięski oferent uchylił się od zawarcia umowy, zamawiający powinien dysponować jeszcze możliwością wyboru kolejnej oferty (art. 94 ust. 2 p.z.p.). Żaden z oferentów nie może zapobiec tym konsekwencjom²¹. Kodeks cywilny realizuje zasadę nieodwoływalności oferty przetargowej po nadejściu terminu przetargu połączonego z otwarciem ofert (art. 703 § 1 k.c.). Oferent traci możliwość uwolnienia się od stanu związania poprzez kolejne oświadczenie woli (art. 84 ust. 1 p.z.p.), dlatego termin związania ofertą wyznacza jednakowo dla wszystkich sam zamawiający, a oferta niezgodna z tym zastrzeżeniem podlega odrzuceniu. Termin związania ofertą staje się elementem treści każdej oferty (w wyniku dostosowania jej do zastrzeżenia), gdyż w przeciwnym wypadku byłaby ona ofertą bezterminową. Okres związania ofertą nie może być zbyt długi, ponieważ rzutuje na sytuację prawną oferenta, należy go ograniczyć tylko do czasu niezbędnego do uporania się z rozstrzygnięciem przetargu. Przy udzielaniu drobnych zamówień publicznych o wartości do 137 (211) tys. euro nie powinien być on dłuższy niż 30 dni, choć w uzasadnionym przypadku zamawiający może zwrócić się do oferentów (jednorazowo) o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż kolejne 30 dni. Odmowa zgody na przedłużenie okresu związania ofertą pociąga koniecz-

²¹ O związaniu ofertą zob. szczegółowo B. Gawlik, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego* (art. 66–72 k.c.), Kraków 1977, s. 48 i n.

ność wykluczenia oferenta z postępowania i odrzucenie jego oferty (art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.).

Wskazanie na jedyne kryterium ceny należy do istotnych warunków procedury zapytania o cenę. Zgodnie z art. 72 p.z.p. każdy z wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Oferta z ewentualną ceną alternatywną musi być odrzucona. Nie prowadzi się żadnych negocjacji w sprawie ceny. Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę. Problem określenia kryterium oceny ofert wymaga rozwinięcia w razie dopuszczenia tzw. ofert częściowych o dalsze zasady operowania tym kryterium.

Proceduralne warunki zamówienia wyczerpują się na ustaleniu niezbędnych instrukcji i pouczeń dla oferentów, stosownie do dyspozycji art. 36 ust.1 pkt 10, 11 i 22 p.z.p.

Opis przedmiotu zamówienia z ewentualnym jego podziałem na części to podstawowy element warunków zamówienia, który *via* oferta wprowadzony zostaje każdorazowo do umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 140 p.z.p.). Chodzi o dostateczną indywidualizację świadczenia niepieniężnego albowiem swoisty automatyzm procedury nie zezwala na jakiegokolwiek negocjacje uzupełniające po wyborze oferty najkorzystniejszej. Szczegółowe zasady opisu przedmiotu zamówienia narzucają przepisy art. 29–30 p.z.p., które stanowią *lex specialis* względem ogólnych reguł konkretyzacji świadczeń niepieniężnych zawartych w kodeksie cywilnym. Po pierwsze, przedmiot należy zidentyfikować z uwzględnieniem jego oficjalnej nazwy i kodu według CPV. Po drugie, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych przy przestrzeganiu (a nie przywoływaniu) Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane, a w razie ich braku lub w przypadku konfliktu między różnymi rodzajami norm technicznych stosuje zasady wyrażone w art. 30 p.z.p. Po trzecie, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z uwagi jednak na fakt, że w przetargu uproszczonym mogą być zamawiane tylko dostawy i usługi o ustalonych standardach (powszechnie znane), opis przedmiotu zamówienia nie musi być zbyt szczegółowy, wystarczy odwołać się do tych standardów. Po czwarte, w świetle art. 29 ust. 2–3 p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jego identyfikacja, jak i opis właściwości powinny być neutralne, w oderwaniu od nazw handlowych i innych elementów podmiotowo odróżniających. W szczególności przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub zamawiający nie może opisać zamawianego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” bądź inne równoznaczne zastrzeżenie.

Tytułem ochrony interesu publicznego na wypadek posłużenia się przez wykonawcę wyłonionego w przetargu osobami trzecimi działającymi w charakterze

jego wyřęczyli (podwykonawców) zamawiający musi zgodnie z art. 36 ust. 4 p.z.p. żądać od każdego ubiegającego się o zamówienie konkurenta wskazania z góry w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć innej osobie. Chodzi o to, aby podwykonawstwo zawczasu mogło być zweryfikowane, zwłaszcza żeby podwykonawca był zdolny do należytego wykonania zamówienia i nie był gorszy od samego wykonawcy, choć – jak wiadomo – ten, kto posługuje się innymi osobami przy realizacji zobowiązania, odpowiada za ich zachowania, tak jak za swoje własne działania i zaniechania (art. 474 k.c.). Poza tym zamawiający może też zastrzec w s.i.w.z., która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom (art. 36 ust. 5 p.z.p.). Ograniczenie to ma znaczenie przy niektórych usługach wymagających szczególnych umiejętności ze strony wykonawcy. Zamawiającemu nie wolno jednak kształtować warunków zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1 p.z.p.).

Termin wykonania zamówienia, ze względu na ochronę interesu publicznego, należy do podmiotowo istotnych warunków umowy. Ustala go z góry sam zamawiający stosownie do potrzeb publicznych, które mają być zaspokajane w wyniku udzielenia zamówienia, a także w zgodzie z dyspozycjami planu finansowego i możliwościami płatniczymi²². Tylko w nielicznych wypadkach zamówienia można udzielić na czas nieoznaczony, gdy obejmuje ono tzw. sieciowe dostawy wody, energii elektrycznej, gazu i ciepła albo usługi odbioru ścieków. Wyznaczenie terminu wykonania zamówienia równoznaczne jest z reguły z zastrzeżeniem terminu spełnienia świadczenia wskazującego na jego wymagalność (art. 455 k.c.), chyba że idzie o termin kończący zobowiązanie ze skutkiem rozwiązującym (art. 116 § 2 k.c.), zwłaszcza przy zobowiązaniach trwałych (np. z najmu, dzierżawy lub leasingu).

Opis sposobu obliczenia ceny należnej za zamawiany przedmiot umożliwia zachowanie jednakowej podstawy porównania ofert, a także usuwa nieporozumienia pomiędzy stronami w czasie realizacji zamówienia (np. w razie tylko częściowego jego wykonania). W wypadku dopuszczenia indeksacji wysokości zapłaty, konieczne jest wskazanie właściwego wskaźnika oraz pułapu dopuszczalnego wzrostu wartości zobowiązania pieniężnego w postaci warunku rozwiązującego.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 p.z.p.). Jest to również warunek prawny (przrzeczenie udzielenia zamówienia do zastrzeżonej kwoty), choć odroczony w czasie. Ustalenie tej kwoty odbywa się na podstawie należytego oszacowania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem podatku VAT. Jeżeli później w trakcie oceny ofert okaże się, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższy kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie podlega unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), chyba

²² Por. art. 138 pkt 2–3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104), zwana dalej ustawą o f.p.

że ujawni się błąd w oszacowaniu wartości zamówienia, wymagający korekty (ze skutkiem *ex nunc*), pod rygorem odpowiedzialności za unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (art. 93 ust. 4 p.z.p.).

Określenie dalszych istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy o zamówienie publiczne, wyczerpuje krąg „zapowiadanych” z góry warunków umowy. Te dalsze postanowienia to przede wszystkim dodatkowe zastrzeżenia umowne (dotyczące kar umownych, odstąpienia od umowy, czy harmonogramu dostaw) oraz rozmaite wymogi z zakresu współdziałania stron przy spełnianiu świadczenia niepieniężnego, warunki płatności itd. W praktyce dla uproszczenia często doręcza się oferentom gotowy projekt umowy do akceptacji, który staje się następnie integralnym składnikiem oferty.

Informacja o formalnościach, jakie powinny być dopełnione w związku z zawarciem umowy docelowej, ma tylko znaczenie instrukcyjne, ponieważ obecnie – tak jak przy przetargu otwartym – wybór oferty nie prowadzi do automatycznego nawiązania umowy, lecz jedynie do wykreowania obowiązku jej zawarcia.

IV. DORECZENIE ZAPROSZEŃ DO SKŁADANIA OFERT

Obok wezwania do konkurencji zaproszenie do składania ofert powinno zawierać także objaśnienie celu i znaczenia procedury ze wskazaniem na załączone warunki przetargu. Według art. 27 p.z.p. wymaga ono formy pisemnej, choć może być też doręczone faksem lub drogą elektroniczną, ale na żądanie zamawiającego wymaga niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania.

Doniosłym wymogiem ustawowym warunkującym zastosowanie analizowanej procedury jest zaproszenie do składania ofert takiej liczby wykonawców świadczących w ramach prowadzonej przez nich działalności dostawy lub usługi będące przedmiotem zamówienia, żeby została zapewniona konkurencja oraz wybór oferty najkorzystniejszej, nie mniej niż pięciu (art. 71 ust. 1 p.z.p.). Ustawa wymusza zatem konieczność uprzedniego upewnienia się, czy wszyscy zaproszeni wykonawcy rzeczywiście zajmują się świadczeniem zamawianych dostaw lub usług, aby w razie potrzeby można było rozszerzyć krąg zaproszonych. Nie wydaje się jednak, że chodzi tu o zaproszenie wyłącznie wykonawców zajmujących się zawodową działalnością gospodarczą, wbrew ogólnej zasadzie równego dostępu do zamówień publicznych (art. 33 ustawy o f.p.), lecz jedynie o problem zdolności do należytego wykonania zamówienia, o którego udzielenie mogą ubiegać się także osoby niezajmujące się zawodową działalnością gospodarczą. Rolą zaś tego niezbyt fortunnego zastrzeżenia ustawowego jest przeciwdziałanie praktykom nieuczciwego ograniczania konkurencji poprzez zapraszanie do składania ofert podmiotów niezdolnych do należytego wykonania zamówienia albo nawet w ogóle niezainteresowanych udziałem w postępowaniu (wytworzenia stanu rzekomej konkurencji). Podstawową bowiem przesłanką dozwolonego kontynuowania procedury zapytania o cenę jest zaproszenie takiej liczby wykonawców, aby zaistniał stan potencjalnej konkurencji (reprezentatywny krąg konkurentów), a w przypadku wyjątkowej niemożności efektywnego jej spełnie-

nia wystarczy zaprosić choćby tylko pięciu realnych konkurentów²³. Naruszenie powyższego wymogu uzasadnia odpowiedzialność karno-administracyjną osoby odpowiedzialnej za udzielenie zamówienia.

V. OCENA OFERT I WYBÓR OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ

Po zebraniu ofert zamawiający przystępuje w terminie ustalonym z góry do ich jawnego otwarcia, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, musi być jednocześnie dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 p.z.p.). Do tego czasu nie można zapoznać się z zawartością przesylek ofertowych ze względu na ochronę uczciwej konkurencji. Otwarcie jest jawne, w posiedzeniu mogą wziąć udział zwłaszcza wykonawcy, którzy złożyli oferty. Posiedzenie prowadzi upoważniona osoba działająca w imieniu zamawiającego. Komisja przetargowa nie jest konieczna, ponieważ przy udzielaniu drobnych zamówień ustanowienie jej pozostaje fakultatywne (art. 19 p.z.p.). Jednakże do osób wykonujących czynność w postępowaniu po stronie zamawiającego-organizatora zastosowanie mają ograniczenia z art. 17 p.z.p. W szczególności osoba pozostająca z którymkolwiek z wykonawców ubiegających się o zamówienie w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności, podlega wyłączeniu i musi być zastąpiona inną osobą. Samo otwarcie ofert polega na ich prezentacji, podaje się nazwy (firmy) oraz adresy oferentów, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania, okresu gwarancji i warunków płatności proponowanych w poszczególnych ofertach (art. 86 ust. 4 p.z.p.). Informacje te przekazuje się niezwłocznie wykonawcom, którzy nie byli obecni przy otwarciu ofert, na ich wniosek.

W ramach oceny ofert najpierw weryfikuje się spełnianie podmiotowych warunków uczestnictwa w postępowaniu. Możliwe są więc wykluczenia. Zamawiający zawiadamia wykonawcę o wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie, podając mu uzasadnienie faktyczne i prawne, natomiast oferta jego podlega odrzuceniu, o czym należy zawiadomić także pozostałych konkurentów (art. 24 ust. 3–4 p.z.p.). Oba powyższe oświadczenia mogą być objęte jednym pismem.

Nie można uzupełniać ofert ani towarzyszących im dokumentów. Brak choćby pojedynczego dokumentu albo niewystarczająca jego treść kwalifikują zasadniczo wykonawcę do wykluczenia. Jednakże zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym czasie, chyba że mimo ich nieuzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 p.z.p.). Poza tym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą jakichkolwiek negocjacji dotyczących złożonej oferty, zwłaszcza w zakresie oferowanej ceny, ani dokony-

²³ Por. też T. Kwieciński, op. cit., s. 193.

wania jakichkolwiek zmian w jej treści (art. 87 p.z.p.). Wyjątkowo zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Omyłki rachunkowe zamawiający koryguje wyłącznie w zakresie i trybie określonym w art. 88 p.z.p.

W dalszej kolejności zamawiający sprawdza zgodność każdej oferty z obowiązującymi wymaganiami formalnymi. Według art. 89 zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

- jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (np. z art. 14, 82–83 i 78 k.c.),
- jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia,
- jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji²⁴, zwłaszcza popełniony w okolicznościach zмовы przetargowej lub innej pozornej rywalizacji albo rzekomej tajemnicy handlowej bądź niedozwolonego naśladownictwa produktu,
- zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (dumping), potwierdzoną sprawdzeniem dokonany w trybie art. 91 p.z.p.,
- została złożona przez wykonawcę wykluczonego lub w ogóle niezaproszonego do składania ofert,
- zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie da się skorygować w trybie art. 88 p.z.p.,
- wykonawca w terminie 7 dni od otrzymania zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny,
- w jakikolwiek inny sposób uchybia ustawie, np. złożona została bez zgody przedstawiciela ustawowego (art. 18 k.c.) albo przez rzekomego pełnomocnika (art. 103 k.c.)²⁵.

W wyniku doręczenia oświadczenia woli o odrzuceniu oferty zakwestionowana oferta gaśnie nieodwołalnie (art. 68 k.c.). Jeżeli jednak odrzucenie okazało się bezpodstawne (np. w obliczu uwzględnienia protestu) zniesienie stanu związania nie nastąpi, a ofertę należy dopuścić do merytorycznej oceny. Oświadczenie o odrzuceniu oferty wymaga uzasadnienia faktycznego (okoliczności dyskwalifikacji) oraz uzasadnienia prawnego (wyjaśnienia podstawy ustawowej), a także notyfikacji konkurentom, ponieważ rzutuje na ich sytuację prawną.

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch prawidłowych ofert niepodlegających odrzuceniu, procedura nie może być kontynuowana, a zamawiający ma obowiązek przedwczesnego zamknięcia postępowania na drodze jego unieważnienia z uwagi na niemożność prawną wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 93 ust. 1 pkt 2 p.z.p.)²⁶.

Dopiero w trzecim etapie kolaudacji dochodzi do merytorycznej oceny ofert, która przebiega w sposób uproszczony, ponieważ następuje wyłącznie na pod-

²⁴ W rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

²⁵ Por. R. Szostak, *Odrzucenie oferty*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 4, s. 8.

²⁶ O znaczeniu tego sposobu zakończenia postępowania zob. R. Szostak, *Unieważnienie postępowania*, *Zamówienia Publiczne – Doradca* 2005, nr 7, s. 8 i n.

stawie porównania oferowanych cen. Każdy z zaproszonych wykonawców może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić. Zamawiający wybiera ofertę z najniższą ceną, powiadamiając o tym niezwłocznie wszystkich ubiegających się o zamówienie konkurentów, czyli tych, którzy zdecydowali się na złożenie oferty²⁷.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować art. 72 ust. 2 p.z.p., zamawiający nie udziela zamówienia publicznego od razu w wyniku wyboru oferty z najniższą ceną, lecz zgodnie z art. 94 p.z.p. przyjęcie oferty kreuje jedynie dwustronny obowiązek zawarcia umowy finalnej w terminie nie krótszym niż 7 dni, nie później jednak niż przed upływem terminu związania ofertą tak, aby w razie uchylecia się zwycięskiego oferenta od podpisania umowy zamawiający zdołał wybrać jeszcze kolejną ofertę.

W obliczu wyłączenia możliwości zastrzeżenia wadium w ramach procedury zapytania o cenę, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zastosowanie dwustopniowego rozwiązania z art. 94 ust. 1 p.z.p. *de lege ferenda* nie wydaje się trafne, ponieważ niepotrzebnie komplikuje postępowanie, rozszerzając je o dodatkowy element dwustronnego obowiązku kontraktowania, oraz naraża zamawiającego na trudności związane z dochodzeniem odszkodowania w wypadku uchylecia się zwycięskiego oferenta od przymusu zawarcia umowy przyrzeczonej. Wzorem rozwiązań niemiecko-austriackich²⁸ lepsze byłoby chyba dopuszczenie bezpośredniego działania art. 703 § 3 k.c., według którego do umowy dochodzi od razu w wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Natomiast w celu stworzenia możliwości efektywnego zaskarżenia wyniku postępowania w drodze protestów wystarczyłoby wprowadzić ustawową konieczność powstrzymania się z przyjęciem oferty (z automatycznym zawarciem umowy) do czasu bezskutecznego upływu 7-dniowego terminu na wniesienie protestu lub jego ostatecznego rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 182 ust. 2 p.z.p. Najpierw zatem zamawiający zawiadamiałby wszystkich konkurentów o wyborze oferty najkorzystniejszej (oświadczenie wiedzy), a dopiero potem składałby zwycięskiemu oferentowi oświadczenie o przyjęciu jego oferty. Problem formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego załatwiałby ustawowy wymóg złożenia oferty oraz jej przyjęcia w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający zwraca wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych. Wykonawcy, składając oferty dodatkowe, nie mogą proponować cen wyższych, niż zaoferowane zostały uprzednio w złożonych ofertach pod rygorem odrzucenia oferty jako sprzecznej z ustawą (art. 91 ust. 5–6 p.z.p.). Nieco wbrew swojej nazwie „oferta dodatkowa” stanowi

²⁷ Odmienne jednak T. Siedlecki, op. cit., s. 195, według którego trzeba powiadomić wszystkich zaproszonych.

²⁸ Por. bliżej o tym R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 160–161.

jedynie wyjątkowo dopuszczalną zmianę pierwotnie oferowanej ceny²⁹. W razie gdyby okazało się, że oferty dodatkowe znowu zawierają taką samą cenę, postępowanie należy zamknąć w drodze jego unieważnienia ze względu na niemożność wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 93 ust. 1 pkt 5 p.z.p.).

Poza przypadkami wymienionymi powyżej zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania jeszcze w trzech innych sytuacjach, a mianowicie gdy okaże się, że:

- cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia³⁰,
- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć,
- postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W toku procedury zamawiający na bieżąco prowadzi protokół postępowania o udzielenie zamówienia w wersji uproszczonej (art. 96 p.z.p.), obejmujący opis przedmiotu zamówienia, uzasadnienie uproszczonego trybu jego udzielenia, informacje o wykonawcach, cenę i inne istotne elementy każdej z ofert oraz wskazanie wybranej oferty. Dokumenty w postaci ofert, opinii biegłych, oświadczeń, zawiadomień i inne dokumenty (informacje) składane przez zamawiającego i wykonawców, a także dokument umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z tymi załącznikami jest jawny, lecz same załączniki udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (unieważnieniu postępowania), jednakże oferty są jawne już od chwili ich otwarcia. Tylko wyjątkowo nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

VI. ZAWIERANIE UMOWY FINALNEJ

Udzielenie zamówienia wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę, następuje w wykonaniu dwustronnego obowiązku zawarcia umowy przyrzeczonej. Obie strony (każda na żądanie drugiej) obciążone są powinnością złożenia oznaczonego oświadczenia, którego treść zostaje ostatecznie zindywidualizowana w wyniku wyboru i przyjęcia oferty najkorzystniejszej. Jeżeli z warunków zamówienia nie wynika nic innego, sposób i miejsce wywiązania się z tej powinności uzgadniane są *ad hoc* przez strony, bezpośrednio przed zawarciem umowy. W razie posłużenia się sposobem ofertowym zastosowanie znajdzie art. 70 § 1 k.c., zgodnie

²⁹ Ibidem, s. 113. Zob też J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 196.

³⁰ Zamawiającemu nie wolno przeznaczyć na udzielenie zamówienia kwoty wyższej, niż wynika z prawidłowego oszacowania. Zamiast unieważnienia postępowania, może on jednak dokonać korekty sumy błędnego oszacowania. Wynika to z art. 93 ust. 4 p.z.p. przewidującego odpowiedzialność odszkodowawczą za unieważnienie postępowania z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Por. bliżej o tym R. Szostak, *Unieważnienie...*, op. cit., s. 11–12.

z którym w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w miejscu otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu. W braku podstaw do ustalenia tego miejsca na podstawie czynności prawnej będzie nim siedziba drugiej strony (art. 454 § 1 k.c.). Oznacza to, że strona uprawniona powinna udać się w celu odebrania oświadczenia woli, tam też może wiążąco domagać się od drugiej strony złożenia obligatoryjnego oświadczenia³¹. Wezwanie do zawarcia umowy przyrzeczonej nie jest konieczne (wymagalność konkretyzuje termin), ale w praktyce dopuszcza się je w ramach „formalności poprzedzających zawarcie umowy”. Ułatwia ono współdziałanie stron, a pośrednio także sytuację dowodową na wypadek uchylania się zobowiązanego od zawarcia umowy, zwłaszcza gdy oświadczenia mają być złożone między obecnymi. Posłużenie się zaś negocjacyjnym sposobem zawarcia umowy nie jest wprawdzie wykluczone, ale z uwagi na konieczność zachowania zgodności postanowień umowy z treścią wybranej oferty i groźbę różnych praktyk obstrukcyjnych odwlekających zawarcie kontraktu – nie jest pożądane.

Termin podpisania umowy określa często zamawiający dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty albo nawet jeszcze później, gdy upłynie czas na oprotestowanie wyników przetargu, jako termin „odpowiedni” do okoliczności, z uwzględnieniem czasu na załatwienie koniecznych formalności. Nie ma też przeszkód, aby termin ten został ustalony na podstawie dodatkowego porozumienia między stronami, a nawet pierwotnie określony termin stronom wolno potem przedłużyć³². Jeżeli wyznaczenia terminu zaniedbał zamawiający, może potem określić go zwycięski oferent, ponieważ obie strony uprawnione są do żądania zawarcia umowy finalnej (art. 389 § 2 k.c.). Wyjątkowo umowę wolno zawrzeć także po ustaniu związania ofertą, ale przedstawiciel organizatora dopuszcza się wtedy uchylenia, ponieważ pozbawia on zamawiającego „awaryjnej” możliwości wybrania kolejnej oferty na wypadek, gdyby zwycięski oferent uchylił się od zawarcia umowy przyrzeczonej³³. Na gruncie umowy przedwstępnej dominuje bowiem pogląd, że upływ terminu do wywiązania się z obowiązku kontraktowania nie powoduje automatycznie upadku roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej, lecz jedynie stan zwłoki po drugiej stronie, zagrożonej odpowiedzialnością odszkodowawczą (art. 471 k.c.)³⁴. Nowy art. 94 ust. 1a p.z.p. dopuszcza już wyraźnie możliwość zgodnej prolongaty przez strony uprzednio wyznaczonego terminu zawarcia umowy finalnej. Jeśli jedna ze stron uchyla się od zawarcia umowy przyrzeczonej, druga strona może dochodzić przymusowego jej zawarcia (art. 702 § 3 k.c.) albo naprawienia szkody, którą poniosła przez to, że liczyła na jej zawarcie (negatywny interes umowy)³⁵.

³¹ R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 179 i n.

³² Por. wyrok SN z dnia 7 października 1999 r. (VI CKN-262/98), OSNC 2000, nr 4, poz. 71.

³³ Bliżej o tym R. Szostak, *Przetarg...*, op. cit., s. 179 i n.

³⁴ Por. zwłaszcza wyrok SN z 27 stycznia 2000 r. (II CKN-707/98) z aprobowaną glosą M. Krajewskiego, OSP 2000, nr 10, poz. 147, a także Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga trzecia – zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2005, s. 169–170.

³⁵ Por. wyrok SN z 24 marca 1998 r. (I CKN-562/97), Lex Polonica Maxima (CD) oraz M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2000, s. 148 i Cz. Żuławska, op. cit., s. 172.

Zgodnie z art. 78 k.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarczy też wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.

GIVING PUBLIC PROCUREMENT CONTRACT IN A FORM OF QUESTION OF PRICE

Question of price procedure it is a kind of auction which is open to selected persons. This procedure is started by inviting chosen contractors to submitting offers. It is not covered by European Law. It can be used only while ordering small deliveries or services, the amount of which do not exceed 137 thousand EUR. Person who orders, invites enough contractors to allow real competition, but not less than 5 persons. A threat to fair competition is obvious. Condition of ordering together with bidder's requirements, but also essential provisions of final contract are delivered in advance along with invitation. Procedure is efficient on the condition that there will come at least 2 proper offers. Choosing and accepting the most favorable offer leads to concluding temporary and preliminary contract, which creates an obligation to sign public procurement contract. This contract should be concluded in a period not shorter than 7 days (protests), but no later than all other offers will expire. Because if the the winner evaded contract, person who orders will have to chose next offer, unless there is a basis to annul the whole procedure.

MACIEJ ROGALSKI

ZASADA *NE BIS IN IDEM* W POLSKIM PROCESIE KARNYM

Zasady procesu karnego są podstawami, na których opiera się określony model procesu. Nadają procesowi karnemu kształt jednolitego systemu rządzącego się pewnymi ideami przewodnimi, które pozwalają zrealizować postawione przed tym procesem cele. Ułatwiają wykładnię przepisów prawnych lub wskazują kierunek wykładni. Kształtują praktykę wymiaru sprawiedliwości.

Czy zakaz *ne bis in idem*, czyli zakaz prowadzenia kolejnego (powtórnego) postępowania w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie, po jego prawomocnym zakończeniu, można uznać za zasadę polskiego procesu karnego?

I. ZASADA *NE BIS IN IDEM* W HISTORII

Przed udzieleniem odpowiedzi na to pytanie warto przedstawić długoletnią historię obowiązywania tej zasady w prawie karnym oraz jej uregulowanie w systemach prawnych różnych państw.

W starożytnej Grecji, Atenach i Sparcie obowiązywała zasada *ne bis in eadem re* – nikt nie mógł być dwukrotnie sądzony za to samo przewinienie. Zasada ta miała zapobiegać wielokrotnemu wszczynaniu postępowania przeciwko tej samej osobie¹. O zakazie tym, jako jednej z gwarancji praw oskarżonego w procesie, wspomniał już w 355 r. p.n.e. Demostenes: „prawo zabrania oskarżania dwukrotnie tej samej osoby za ten sam czyn”².

Prawomocność wyroków w sprawach karnych i wynikający z niej zakaz *ne bis in idem* był uznawany za zasadę zarówno w prawie kanonicznym, jak i w starszym prawodawstwie niemieckim. Wspomina o niej Gracjan, który opierając się na Starym Testamencie używa sformułowania: *non iudicabit Deus bis in id ipsum*³. Obowiązywania tej zasady próbowano się dopatrzeć w tych stwierdzeniach Starego Testamentu, które mówiły, że „nieszczęście (doświadczenie) nie będzie zsyłane dwa razy”. Interpretowano to w ten sposób, że „nawet Bóg nie karze dwa razy za ten sam czyn”. Nie wszyscy badacze Starego Testamentu zgadzają się z taką interpretacją. Niektórzy z nich uważają, że sformułowanie „nieszczęście

¹ J.W. Jones, *Law and Legal Theory of the Greeks*, Oxford 1956, s. 148.

² M.L. Friedland, *Double Jeopardy*, Oxford 1969, s. 15–16.

³ F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem”*, „Juristische Schulung” 1997, nr 3, s. 228.

(doświadczenie) nie będzie zsyłane dwa razy” oznacza, iż „drugiego doświadczenia” nie będzie, gdyż pierwsze będzie wystarczające⁴.

Zasada *ne bis in idem* występowała w Zwierciadle Saskim. Prawodawstwo karne cesarza Karola V z 1532 r. (*Constitutio Criminalis Carolina*) nie zawiera jednak postanowień w zakresie prawomocności wyroków skazujących i wynikającej z niej zasady *ne bis in idem*. W okresie procesów inkwizycyjnych została całkowicie zniesiona zasada *ne bis in idem*. W XVI w. zasada *ne bis in idem* została zastąpiona na kontynencie europejskim opracowaną przez mediolańskich prawników instytucją „zwolnienia instancyjnego” (*absolutio ab instantia*). Polegała ona na tym, że w przypadku gdy dowody nie były wystarczające do osądzenia, wówczas zawieszano postępowanie, które mogło być jednak wznowione na podstawie nowych dowodów⁵. W Niemczech instytucja *absolutio ab instantia* została wprowadzona w 1635 r. Pod koniec XVIII w. stała się powszechną praktyką sądową. W 1751 r. obowiązywanie „zwolnienia instancyjnego” potwierdził *Codex Juris Bavarici Criminalis*. Zgodnie z obowiązującą wtedy konstrukcją *absolutio ab instantia*, podjęcie rozstrzygnięcia końcowego było uzależnione od pojawienia się nowych okoliczności⁶.

Rewolucja Francuska przywraca ponownie pod koniec XVIII w. zasadę *ne bis in idem*. Pierwsze uregulowania w prawie francuskim (rozdział V Konstytucji z września 1791 r. oraz art. 9 kodeksu postępowania karnego z 1808 r.) ograniczyły jednak tę zasadę do zakazu ponownego karania i oskarżania po uniewinnieniu⁷.

W Niemczech w okresie oświecenia zwiększyły się uprawnienia jednostki w procesie karnym⁸. Ramy dla nowoczesnego procesu karnego stworzyła Konstytucja Frankfurcka z 1849 r. Ograniczyła znacznie m.in. możliwość ponownego prowadzenia procesu karnego w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie, zwiększając w ten sposób znaczenie instytucji prawomocności. W Procedurze Karnej Rzeszy Niemieckiej z dnia 1 lutego 1877 r. przyjęta została zasada *ne bis in idem*, która jest od tego momentu powszechnie akceptowana w orzecznictwie Sądów Rzeszy⁹. Podobnie jak w Austrii¹⁰.

Szczególno znaczenia nabiera obowiązywanie zasady *ne bis in idem* w okresach rządów totalitarnych. W czasach narodowego socjalizmu w Niemczech wielokrotnie był naruszany zakaz *ne bis in idem*. W 1938 r. Trybunał Narodowy (*Volksgesichtshof*) podważył obowiązywanie zasady prawomocności oraz *ne bis in idem*. Gdyby ich stosowanie prowadziło do „sprzeczności z interesami państwa i narodu”, nie musiały być przestrzegane. W dniu 16 września 1939 r. weszła

⁴ G.C. Thomas III, *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York 1998, s. 72.

⁵ G. Schwarplies, *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „ne bis in idem” im Strafprozess*, Zurich 1970, s. 27.

⁶ U. Dithmar, *Der Grundsatz „ne bis in idem” und das fortgesetzte Delikt*, Berlin 1993, s. 6.

⁷ F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 228.

⁸ T. Maciejewski, *Historia powszechna ustroju i prawa*, Warszawa 2000, s. 838–840.

⁹ U. Dithmar, *Der Grundsatz...*, op. cit., s. 7.

¹⁰ S. Budziński, *O powadze rzeczy osądzonej w procesie cywilnym i kryminalnym oraz o wzajemnym wpływie na siebie*, Petersburg 1861, s. 63–64.

w życie ustawa, która regulowała postępowanie w stosunku do wyroków, co do których istniało „uzasadnione podejrzenie, że są nieprawidłowe”. Postępowanie dotyczyło wyroków, w stosunku do których specjalny senat *Reichsgerichts* zdecydował o ponownym rozpoznawaniu sprawy. W późniejszym okresie stworzono pojęcie tzw. „skargi o nieważność wyroku”. Wyrok mógł być unieważniony m.in., „jeżeli był niesprawiedliwy wskutek błędów w stosowaniu prawa”¹¹.

Po upadku rządów nazistów w 1945 r. w większości krajów związkowych RFN wprowadzono do ich systemów prawnych zasadę *ne bis in idem*. Przeważnie w brzmieniu następującym: „nikt nie powinien być osądzony i skazany za ten sam czyn dwukrotnie”¹². Niemiecka ustawa zasadnicza z 1949 r. przewiduje w art. 103 ust. 3 zasadę *ne bis in idem*, uznając ją za podstawową zasadę prawa. Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*) wskazywał, że zakaz podwójnego karania, zawarty w artykule 103 ust. 3 ustawy zasadniczej, opiera się na zasadzie prawa procesowego i stanowi normę prawa konstytucyjnego. Ustawy i inne akty prawne niższego rzędu muszą być zgodne z tą zasadą¹³. Przyjmuje się, że art. 103 ust. 3 zawiera nie tylko zakaz wielokrotnego karania, ale także zakaz prowadzenia ponownego postępowania w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie¹⁴.

Możliwość prowadzenia ponownie postępowania w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie po prawomocnym zakończeniu postępowania karnego jest przewidziana jedynie w formie wyjątków także w prawie duńskim i fińskim¹⁵.

W nauce anglosaskiej zakaz *ne bis in idem* określa norma zabraniająca „dwukrotnego zagrożenia odpowiedzialnością” (*Rule against Double Jeopardy*). Zakaz ten jest tak stary jak samo *common law*. W Anglii w XII w. w okresie sporu pomiędzy królem Henrykiem II a arcybiskupem Thomasem Becketem o niezależność Kościoła zasada ta została wykorzystana dla obrony niezależności sądownictwa kościelnego. Oskarżony w 1164 r. o zabójstwo urzędnik był sądzony przez sąd kościelny. W celu wyłączenia właściwości sądu królewskiego powołano się na obowiązującą w sądownictwie kościelnym zasadę: *ne bis in idipsum* – „nikt nie może być karany dwukrotnie za to samo przestępstwo”¹⁶. Przez następne dziesięciolecia w Anglii można dostrzec wyraźną tendencję do ograniczania możliwości wielokrotnego prowadzenia postępowania karnego przeciwko tej samej osobie w tej samej sprawie. W 1660 r. pierwszy raz sąd zajął się problemem prowadzenia postępowań w sprawie różnych przestępstw, ale pozostających ze sobą w związku. Odbывało się to w tym samym czasie, gdy *the Court of Kings Bench* pierwszy raz w Anglii zakazał prowadzenia kolejnego postępowania w tej samej sprawie przeciwko tej samej osobie, ale przed innym sądem (władzą sądową).

¹¹ U. Dithmar, *Der Grundsatz...*, op. cit., s. 8.

¹² W. Wegener, *Die neuen deutschen Verfassungen*, Essen 1947, s. 76, 101, 148.

¹³ U. Dithmar, *Der Grundsatz...*, op. cit., s. 8–10.

¹⁴ C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München 1993, s. 355; E. Schlichter, *Vonder Unabhangigkeitstheze zu materiell-rechtlich begrenzter Tatidentitat beim Dauerdelikt*, „Juristenzeitung” 1991, nr 12, s. 1058.

¹⁵ R. Taylor, M. Wasik, R. Leng, *Blackstones Guide to The Criminal Justice Act 2003*, Oxford University Press 2004, s. 98.

¹⁶ M.L. Friedland, *Double Jeopardy...*, op. cit., s. 5.

Od tego momentu można mówić o rozwoju instytucji *double jeopardy* we współczesnym tego słowa znaczeniu¹⁷. Instytucje *res judicata* oraz *double jeopardy* znane są także od dawna w Irlandii¹⁸.

W nauce anglosaskiej koncepcja powaga rzeczy osądzonej dotyczy niejednej, ale wielu, powiązanych ze sobą instytucji. Wśród nich należy wskazać na instytucję *autrefois acquit* oraz *autrefois convict*, instytucję przeszkody procesowej opartej na *res judicata* i wreszcie koncepcję *abuse of process*, czyli nadużycia prawa do procesu, polegające na wykorzystywaniu przepisów procesowych w celu przedłużenia postępowania. Określenia instytucji *autrefois acquit* i *autrefois convict* pochodzą z języka angielskiego, ale z okresu, gdy w Normandii pod panowaniem angielskim był używany język francuski. Obie te nazwy odnoszą się do instytucji *double jeopardy*. W większości natomiast krajów dla opisanie instytucji *double jeopardy* używa się łacińskiej sentencji *ne bis in idem*. *Autrefois acquit* jest specjalnym zarzutem stosowanym w procedurze karnej, który ma zapobiec ponownemu ściganiu sprawcy za czyny, w sytuacji gdy został on już wcześniej uniewinniony od popełnienia tych czynów. Trwają spory co do tego, czy zarzut ten jest po prostu jednym z zarzutów opartych na powadze rzeczy osądzonej, tak jak w procesie cywilnym, czy też należy go traktować jako odrębny, inny zarzut. Według S. Bowera zarzut *autrefois acquit* jest zarzutem przejętym z procedury cywilnej, opartym na koncepcji powagi rzeczy osądzonej¹⁹. Natomiast *autrefois convict* oznacza, że osoba, która już raz została oskarżona i skazana za przestępstwo, nie może być ponownie oskarżona za ten sam czyn. Odpowiedzialność karna oskarżonego za przestępstwo oraz obowiązek poniesienia kary został już zrealizowany we wcześniejszym procesie²⁰.

Używane w Stanach Zjednoczonych określenie *double jeopardy* pochodzi z Piątej Poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych. Zgodnie z tą Poprawką „żadna osoba nie może za to samo przestępstwo dwukrotnie odpowiadać” (*no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*). Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznaje ją za jedną z podstawowych gwarancji praw obywatelskich. Piąta Poprawka zawiera w sobie trzy instytucje *autrefois acquit*, *autrefois convict* oraz zakaz wielokrotnego karania za to samo przestępstwo. W literaturze podkreśla się, że zasada *double jeopardy* nie wyczerpuje wszystkich zasad związanych z wielokrotnym oskarżaniem i musi być traktowana jako uzupełnienie wielu innych zasad zapewniających sprawiedliwy i sprawny przebieg postępowania karnego²¹.

W ogromnej większości krajów systemu *common law*, włączając Australię, Nową Zelandię, Kanadę i Szkocję, obowiązuje zasada, że nie może przeciwko tej

¹⁷ P.A. McDermott, *Res Judicata and Double Jeopardy*, Butterworths 1999, s. 200.

¹⁸ Ibidem, s. 200 i n.

¹⁹ Zob. S. Bower, *The Doctrine of Res Judicata*, Kingcome Turner 1969, s. 51.

²⁰ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 197–198.

²¹ R. Taylor, M. Wasik, R. Leng, *Blackstones Guide...*, op. cit., s. 96.

samej osobie i w tej samej sprawie toczyć się postępowanie karne po prawomocnym wyroku uniewinniającym²².

Instytucja *double jeopardy* wywodzi się wprawdzie z *common law*, ale często w krajach anglosaskich jest wprowadzana do prawa stanowionego²³. Przykładowo uregulowania w zakresie *double jeopardy* można znaleźć w licznych aktach prawa stanowionego w Irlandii. Postanowienia takie przewiduje *the Licensing Act* z 1872 r., *the Road Traffic Act* z 1961 r., *the Interpretation Act* z 1937 r. oraz *the Criminal Law Act* z 1997 r.²⁴.

II. UZASADNIENIE ISTNIENIA ZAKAZU *NE BIS IN IDEM*

Zasada *ne bis in idem* jest dla oskarżonego gwarancją, że nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czyn, który został już raz osądzony²⁵. Chroni go przed publicznym poniżeniem, życiem w stanie niepewności i w poczuciu braku bezpieczeństwa. Chroni go także przed dodatkowymi wydatkami o charakterze finansowym, które są związane z kolejnym procesem²⁶. Zasada *ne bis in idem* stanowi prawo podmiotowe sprawcy czynu karalnego, który może się domagać niewszczywania postępowania, a jeżeli zostało wszczęte jego umorzenia, gdy przeciwko niemu w tej samej sprawie postępowanie karne zostało już prawomocnie zakończone.

Wskazuje się, że osoba, która została uniewinniona w poprzednim procesie, w przypadku wszczęcia ponownie procesu, może już nie dysponować odpowiednimi środkami do prowadzenia po raz kolejny obrony, np. nie posiadać odpowiednich funduszy dla opłacenia adwokatów. Nawet posiadając odpowiednie środki do prowadzenia obrony w kolejnym procesie, jej sytuacja będzie gorsza niż w poprzednim procesie, gdyż prokurator w kolejnym postępowaniu będzie znał wszystkie argumenty podnoszone ponownie przez oskarżonego, ponieważ zostały już przedstawione w pierwszym postępowaniu. Ponadto prokurator będzie mógł wnikliwie przeanalizować i wykorzystać w drugim postępowaniu (oczywiście na niekorzyść ponownie oskarżonej osoby) np. nieścisłości lub sprzeczności po stronie osoby oskarżonej, które pojawiły się w pierwszym procesie. Innymi słowy, prokurator będzie mógł się lepiej przygotować do drugiego postępowania²⁷.

W sytuacji gdy prokurator może ponownie wszcząć postępowanie karne przeciwko tej samej osobie w tej samej sprawie równowaga stron jest zachwiana.

²² Ibidem, s. 98.

²³ Zob. J. Sigler, *Double Jeopardy*, 1969, s. 195.

²⁴ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 211–212, 249.

²⁵ Zob. H. Zachariae, *Wykład postępowania karnego niemieckiego*, wyd. 1874, t. II, s. 363 i n.; A. Kaftal, *Obowiązywanie zasady ne bis in idem przy przestępstwie ciągłym*, „Palestra” 1966, nr 3–4, s. 72. A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach tożsamości przedmiotowej czynu przy przestępstwie ciągłym*, „Palestra” 1964, nr 8, s. 33.

²⁶ L.M. Baum, *Pursuing Justice in a Climate of Moral Outrage: An Evaluation of the Rights of the Accused in the Rome Statute of the International Criminal Court*, „Wisconsin International Law Journal” 2001, t. 25, s. 216.

²⁷ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 203–204.

Równość stron jest zachwiana w tym znaczeniu, że prokurator może wszcząć ponownie postępowanie w przypadku niekorzystnego dla niego rezultatu, tj. uniewinnienia oskarżonego. Nie może już natomiast tego zrobić oskarżony w wypadku niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia, tj. jego skazania²⁸.

Powszechnie przyjmuje się, że zasada *ne bis in idem* służy przede wszystkim ochronie osądzonych, zarówno skazanych, jak i uniewinnionych. Zasada ta oznacza także, iż nie może być prowadzone postępowanie, którego celem jest uniewinnienie lub złagodzenie kary dla prawomocnie skazanego²⁹. Zwraca się jednak uwagę, że zakaz *ne bis in idem* może być w pewnych sytuacjach przeszkodą do wykazania niewinności przez oskarżonego³⁰. Należy więc zauważyć, że w nowoczesnych procedurach karnych obowiązuje zasada domniemania niewinności, która wzruszona może być tylko prawomocnym orzeczeniem sądu stwierdzającym winę oskarżonego (art. 5 § 1 k.p.k.). Oskarżony uznawany jest za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem, który stwarza zakaz *ne bis in idem*. Błędy popełnione przez sąd, które doprowadziły do skazania niewinnej osoby, nie powinny być naprawiane z naruszeniem tej zasady.

Każda osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo, może liczyć na merytoryczne rozpoznanie sprawy przez niezawisły sąd. Prawo obywatela do sądu, czyli sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą, jest jednym z podstawowych praw człowieka, przewidzianych w art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³¹. Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP potwierdza to uprawnienie, stanowiąc, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.

Z prawa tego nie można jednak korzystać, gdy sprawa jest już prawomocnie rozstrzygnięta (poza wyjątkami przewidzianymi ustawą, takimi jak kasacja czy wznowienie postępowania). Nie pozwala na to powaga rzeczy osądzonej i wynikający z niej zakaz *ne bis in idem*. Nie może więc zarówno oskarżyciel, jak i pokrzywdzony zrealizować tego uprawnienia w sytuacji, gdy w tej samej sprawie przeciwko tej samej osobie zapadło już prawomocne rozstrzygnięcie, a o fakcie tym wiedzą zainteresowani. Nie oznacza to, że zakaz *ne bis in idem* ogranicza prawo do sądu, gdyż zainteresowany mógł skorzystać z prawa do sądu i przeważnie skorzystał z tego uprawnienia. Nie może natomiast domagać się po raz drugi skorzystania z drogi sądowej, gdy sprawa jest już prawomocnie rozstrzygnięta.

Zasada *ne bis in idem* może prowadzić do ograniczenia innej fundamentalnej zasady procesu karnego – zasady prawdy materialnej. Zgodnie z tą zasadą

²⁸ Ibidem, s. 203–204.

²⁹ G. Grunwald, *Die materielle Rechtskraft im Strafverfahren der Bundesrepublik Deutschland*, w: H.H. Jescheck (red.), *Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Teheran 1974*, Berlin–New York 1974, s. 97.

³⁰ M.L. Friedland, *Double Jeopardy...*, op. cit., s. 4.

³¹ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

podstawę wszystkich rozstrzygnięć powinny stanowić ustalenia faktyczne zgodne z rzeczywistością. Zakaz ponownego postępowania niewątpliwie ogranicza poznanie prawdy. Postulat jednak stałości wyroków sądowych i potrzeba ostatecznego zakończenia procesu karnego ma znaczenie decydujące, nawet gdyby wyrok nie był „doskonały”.

W nauce niemieckiej podkreśla się, że zakaz ponownego postępowania w tej samej sprawie ma pierwszeństwo przed zasadą sprawiedliwości. Może to być niekiedy trudne do zaakceptowania z uwagi na „społeczne poczucie sprawiedliwości”. W związku z tym wydaje się godne zauważenia, że w Niemczech Rada Parlamentarna dodała do obowiązującej niemieckiej Konstytucji przepis art. 103 ust. 3, który zawiera zakaz wielokrotnego karania, pod wpływem „doświadczeń przeszłości”, tzn. nagminnego naruszania prawa przez instytucje i urzędy narodowego socjalizmu. Złe doświadczenia w tym zakresie nie dotyczyły jednak naruszania zakazu wielokrotnego karania. Związane były natomiast z tym, że na podstawie zażalenia nadzwyczajnego oraz wniosku o unieważnienie uchylano jakoby zbyt niskie wyroki i wymierzano wyższe kary. Nie były to więc przypadki podwójnego karania, lecz zwykłego wielokrotnego ścigania³².

Doktryna niemiecka stworzyła pojęcia sprawiedliwości materialnej oraz bezpieczeństwa prawnego, które są podstawowymi elementami państwa prawa. Sprawiedliwość materialna oznacza uprawnienie i obowiązek ukarania przez państwo sprawcy czynu, stosownie do stopnia jego winy i rodzaju przestępstwa. Koncepcja bezpieczeństwa prawnego polega natomiast na tym, że sprawca czynu, który został osądzony przez aparat państwowy, nie może być już ponownie sądzony za ten sam czyn, w tej samej sprawie. Państwo, wszczynając i prowadząc postępowanie przeciwko określonej osobie, niejako konsumuje swoje prawo do osądzenia sprawcy. W niemieckiej nauce przyjmuje się powszechnie, że zasada bezpieczeństwa prawnego ma pierwszeństwo przed zasadą sprawiedliwości materialnej³³.

Bezpieczeństwo prawne powinno być zapewnione zarówno dla ogółu społeczeństwa, jak i dla jednostki. Społeczeństwo powinno mieć zaufanie do obowiązującego w danym państwie porządku prawnego. Zaufanie to jest budowane m.in. przekonaniem o niewzruszalności wyroków sądowych. Zasada bezpieczeństwa prawnego posiada także znaczenie dyscyplinujące dla organów państwowych prowadzących proces. Organy te powinny prowadzić postępowanie niezwykle starannie, gdyż nie będą już później miały możliwości ponownego przeprowadzenia postępowania i naprawienia popełnionych błędów. Ograniczać ich będzie zasada *ne bis in idem*. Zasada bezpieczeństwa prawnego jest niezwykle ważna dla obywateli. Każdy obywatel, którego sprawa została prawomocnie osądzona, może się nie obawiać, że będzie ponownie prowadzone przeciwko niemu po-

³² F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 228.

³³ E. Schmidt, *Strafprozeß und Rechtsstaat, Strafprozeßrechtliche Aufsätze und Vorträge (1952 bis 1969)*, Göttingen 1970, s. 273; H.J. Behrendt, *Der Tatbegriff im materiellen und formellen Steuerrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1982, nr 94, s. 888; U. Dithmar, *Der Grundsatz...*, op. cit., s. 11–12.

stępowania w tej samej sprawie. Stanowi to wyraz ochrony godności i wolności jednostki³⁴.

Nie jest także w interesie wymiaru sprawiedliwości podważanie prawomocnych orzeczeń (poza ściśle określonymi przez przepisy prawa wyjątkami). Kwestia odpowiedzialności karnej została prawomocnie rozstrzygnięta zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i z zapewnieniem wszystkim uczestnikom postępowania karnego możliwości skorzystania z przysługujących im uprawnień. Ponowne prowadzenie postępowania w tej samej sprawie i przeciwko temu samemu oskarżonemu pozostaje w sprzeczności z interesem wymiaru sprawiedliwości rozumianym tutaj jako zapewnienie ostatecznego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonej osoby³⁵.

III. KRYTYKA ZAKAZU *NE BIS IN IDEM*

Przedstawiając zakaz *ne bis in idem*, nie można nie wspomnieć o podnoszonych zastrzeżeniach co do jego obowiązywania. Szczególnie krytyczne wypowiedzi są formułowane w doktrynie anglosaskiej. Przede wszystkim wskazuje się, że zakaz prowadzenia powtórnego postępowania w tej samej sprawie pozwala sprawcy często uniknąć odpowiedzialności, gdy po wydaniu wyroku uniewinniającego wyjdą na jaw nowe fakty i dowody wskazujące na jego winę. Podkreśla się, zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych, że koncepcja *double jeopardy* pojawiła się w okresie, gdy przykładowo kara śmierci była przewidziana za blisko sto przestępstw. Stawiało to oskarżonego w wyjątkowo niekorzystnej sytuacji. Oskarżony występował często bez obrońcy i mógł wnosić o powołanie świadków tylko w ograniczonym zakresie. Nierzadko zdarzało się, że z powodu słabych dowodów sąd i prokurator po prostu nie wiedzieli co począć z oskarżonym i kończyli postępowanie, aby po pewnym czasie, po zebraniu kolejnych dowodów, ponownie wszcząć postępowanie w tej samej sprawie. Krytycy tej instytucji wskazują, że powody jej ustanowienia już nie istnieją. Uważają, że należy wnikliwie przyjrzeć się zasadności dalszego istnienia tej instytucji³⁶.

Jednym z najbardziej zagorzałych krytyków instytucji *double jeopardy* był W. Comley. Według niego, instytucja ta nie chroni niewinnych ludzi, ale pozwala uniknąć odpowiedzialności sprawcom przestępstw. Uważa, że „we współczesnym wydaniu instytucja *double jeopardy* jest pozbawionym jakiegokolwiek krytycyzmu przejściem całkowicie nieaktualnych współcześnie koncepcji średnio-wiecznych prawników”³⁷. Inni krytycy wskazują, że zmiany w procedurze karnej

³⁴ M. Faber, *Strajklageverbrauch und fortgesetzte Handlung*, München 1966, s. 29; W. Stree, *Teilrechtskraft und fortgesetzte Tat*, w: *Festschrift für Karl Engisch zum 70 Geburtstag*, Frankfurt am Main 1969, s. 676; R. Neuhaus, *Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff – „ne bis in idem”*, Bochum 1985, s. 165; U. Dithmar, *Der Grundsatz...*, op. cit., s. 12–14.

³⁵ Zob. także S. Ebensperger, *Strafrechtliches „ne bis in idem” in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationaler Übereinkommen*, „Österreichisch Juristenzeitung” 1999, nr 5, s. 171.

³⁶ R.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 205.

³⁷ W. Comley, *Former Jeopardy*, „Yale Law Journal” 1926, nr 35, s. 681–682.

wykluczają prawdopodobieństwo nadużywania władzy przez państwo poprzez wielokrotne wszczynanie postępowania karnego w tej samej sprawie przeciwko tej samej osobie. W konsekwencji nie ma powodu dla dalszego utrzymywania tej instytucji³⁸.

W odpowiedzi na te zarzuty wskazuje się, że nie są one oparte na badaniach empirycznych, ale wynikają raczej z subiektywnych odczuć³⁹. Wiele przykładów zastosowania instytucji *double jeopardy* pokazuje, że jest to instytucja potrzebna. Nie można także wykluczyć, że władza państwowa będzie starała się wpływać na przebieg procesu i dążyć do wielokrotnego jego wszczynania. J. Hall zauważa, że argumenty oparte na twierdzeniu, że ze względu na korzystne zmiany w procedurze karnej dla oskarżonego nie ma potrzeby dalszego utrzymywania instytucji *double jeopardy*, sprowadzają się do twierdzenia, że „skoro obecnie jest tak dużo praw dla oskarżonego, w porównaniu z XVI czy XVII w., to nie ma potrzeby przyznawania mu kolejnego uprawnienia w postaci instytucji *double jeopardy*”⁴⁰.

J. Resnik, krytykując instytucję *double jeopardy*, wskazuje, że z uwagi na duże obciążenie pracą sądów, wynikające z braków kadrowych i niedofinansowania, nie można przyjmować, że wydane w danej sprawie ostateczne rozstrzygnięcie nie jest obciążone błędami⁴¹.

Inni przedstawiciele nauki zgadzają się co do zasady z potrzebą istnienia instytucji *double jeopardy*, ale dostrzegają w niej, co ciekawe, nie tyle jedną z podstawowych zasad procesu karnego, ale element polityki społecznej. W ten sposób zapewnia się, według nich, że przeciwko oskarżonemu nie będzie wszczynany kolejny proces. Z drugiej strony istnieje obawa, że w ten sposób pomaga mu się także uniknąć odpowiedzialności. Z upływem czasu instytucja *double jeopardy* zmienia się, według krytyków tej instytucji, z gwarancji prawa obywatela do ochrony przed kolejnym procesem w instytucję, która kompensuje błędy popełnione w toku procesu. Podkreśla się, że powinna być zapewniona równowaga pomiędzy rolą instytucji *double jeopardy*, jako ochrony oskarżonego przed kolejnym procesem, a jej funkcją, która polega na kompensowaniu błędów popełnionych w toku procesu karnego⁴².

W sytuacji gdy nie ma jednolitych poglądów co do potrzeby zmiany instytucji *double jeopardy* i zakresu tych zmian, J. Sigler słusznie podkreśla, że bezpieczniej jest przyjąć takie rozwiązania w zakresie *double jeopardy*, które zapewnią ochronę jednostki przed wszechwładzą państwową⁴³. Aktualny jest nadal pogląd sędziego lorda Earlsforta, który w 1788 r. w Dublinie powiedział, że „podstawowym zadaniem prawa karnego powinno być zapewnienie tego, aby niewinny

³⁸ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 205.

³⁹ J. Sigler, *Double Jeopardy...*, op. cit., s. 192.

⁴⁰ J. Hall, *Objectives of Federal Criminal Procedural Revision*, „Cornell Law Review” 1942, nr 51, s. 723.

⁴¹ J. Resnik, *Precluding Appeals*, „Cornell Law Review” 1985, nr 70, s. 603.

⁴² R.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 206–207.

⁴³ J. Sigler, *Double Jeopardy...*, op. cit., s. 194.

człowiek nie ucierpiał. Lepiej będzie, jeżeli sprawca nie poniesie zasłużonej kary, niż gdyby miała ucierpieć niewinna osoba”⁴⁴.

IV. ZAKAZ *NE BIS IN IDEM* W POLSKICH KODEKSACH POSTĘPOWANIA KARNEGO

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. w swojej pierwotnej wersji stanowił w art. 3, że „sąd nie wszczyna postępowania, a wszczęte umarza, w razie śmierci oskarżonego, przedawnienia lub innej okoliczności, wyłączającej ściganie”. Końcowa część art. 3 wskazywała, że przepis ten zawiera tylko przykładowe wyliczenie przesłanek postępowania. Równocześnie nakładał na organy procesowe obowiązek uwzględniania wszystkich innych, aktualnych w danej sprawie oraz fazie postępowania przesłanek, wynikających z przepisów szczegółowych⁴⁵.

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. według stanu z 1969 r. w art. 3 stanowił już, że „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza w razie: a) braku znamion przestępstwa w czynie zarzucanym oskarżonemu; b) śmierci oskarżonego, lub c) innej okoliczności wyłączającej ściganie”. Sąd Najwyższy w orzeczeniach wskazywał jednak, że przepis art. 3 nie obejmuje wszystkich przypadków, gdy postępowanie nie będzie mogło być wszczęte lub będzie musiało być umorzone. Kodeks postępowania karnego przewidywał umorzenie postępowania przygotowawczego lub odmowę jego wszczęcia także z powodu braku dostatecznych podstaw faktycznych do ścigania karnego (art. 230 i 2452) oraz umorzenie postępowania z powodu znikomego społecznego niebezpieczeństwa czynu (art. 49 i 478 § 3). Niedopuszczalność procesu karnego wynikała z szeregu przepisów znajdujących się nie tylko w prawie karnym, ale także w innych działach prawa⁴⁶.

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. rozszerzył znacznie zakres przesłanek procesowych. Wyliczenie przesłanek było jednak nadal tylko przykładowe. Art. 11 tego kodeksu posługiwał się bowiem określeniem – „w szczególności”. Zgodnie z art. 11 d.k.p.k. nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy: „1) czynu nie popełniono albo czyn nie zawiera ustawowych znamion czynu zabronionego oraz gdy ustawa uznaje, że sprawca nie popełnia przestępstwa, 2) ustawa określa, że czyn nie stanowi przestępstwa z powodu jego znikomego niebezpieczeństwa społecznego albo że sprawca nie podlega karze, 3) sprawca nie podlega orzecznictwu sądów karnych, 4) brak skargi uprawnionego oskarżyciela albo zezwolenia na ściganie lub wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, 5) oskarżony zmarł, 6) nastąpiło przedawnienie, 7) postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie ukończone lub wcześniej wszczęte toczy się”. W pkt. 7 art. 11 k.p.k. z 1969 r. wymieniony jest już zakaz *ne bis in idem*.

⁴⁴ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 208.

⁴⁵ Por. T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 177.

⁴⁶ Zob. A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1932, s. 16.

Art. 17 k.p.k. z 1997 r. w porównaniu z art. 11 k.p.k. z 1969 r. został znacznie rozbudowany. Uzupełniono go o dwa paragrafy, w których znalazły się nowe przepisy wcześniej nieznane kodeksowi postępowania karnego z 1969 r. Katalog negatywnych przesłanek procesowych został przebudowany, lecz jest w dalszym ciągu katalogiem otwartym, gdyż w § 1 w pkt. 11 wskazuje się jeszcze na „inną okoliczność wyłączającą ściganie”. Zbiór warunków dopuszczalności procesu, czyli przesłanek procesowych, został sformułowany w § 1 art. 17 k.p.k. od strony negatywnej⁴⁷.

Zakaz *ne bis in idem* jest sformułowany w pkt. 7 art. 17 § 1 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy „postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone”.

V. ZASADA *NE BIS IN IDEM* W UREGULOWANIACH MIĘDZYNARODOWYCH

Zasada *ne bis in idem* występuje w licznych regulacjach prawa międzynarodowego. Zawiera ją Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r. Zgodnie z art. 14 ust. 7: „nikt nie może być ponownie ścigany lub karany za przestępstwo, za które już raz został prawomocnie skazany lub uniewinniony zgodnie z ustawą i procedurą karną danego kraju”⁴⁸. Postanowienia te dotyczą tylko postępowania karnego w danym państwie⁴⁹.

Zasada ta znajduje się także w Protokole nr 7 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej 22 listopada 1984 r. w Strasburgu, który stanowi w art. 4 ust. 1: *No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State* („Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które został uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem lub uniewinniony zgodnie z ustawą i zasadami postępowania karnego tego państwa”)⁵⁰. Zwrócić należy uwagę, że tak określony zakaz *ne bis in idem*, zakazuje prowadzenia kolejnego postępowania w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie, ale przed sądem danego państwa. Nie stanowi natomiast przeszkody dla prowadzenia postępowania w tej samej sprawie i przeciwko tej samej osobie, ale przed sądem innego państwa. Nie jest także przeszkodą dla prowadzenia przeciwko tej samej osobie postępowań o różnym charakterze, przykładowo postępowania karnego oraz dyscyplinarnego.

⁴⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, 1.1, Warszawa 1999, s. 119.

⁴⁸ Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁴⁹ Zob. J. Tylman, *Postępowanie karne. Zbiór przepisów, orzecznictwo i literatura*, Bydgoszcz–Łódź 2002, s. 30.

⁵⁰ Dz.U. z 2003 r. Nr 42, poz. 364.

W wersji angielskiej w art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw człowieka i Podstawowych Wolności użyte jest pojęcie *criminal*. W polskiej wersji nie ma natomiast użytego słowa „karne”. Mowa jest tylko o postępowaniu, a dopiero z kontekstu można wywnioskować, że chodzi w tym przepisie o postępowanie karne, skoro jest mowa o „przestępstwie” i „zasadach postępowania karnego”. Trudno zrozumieć, dlaczego w polskim brzmieniu zostało pominięte określenie „karne”. W konsekwencji trzeba w sposób pośredni wywodzić, że chodzi o postępowanie karne, a nie jakiekolwiek postępowanie. Nie jest to tylko problem precyzji i staranności tłumaczenia. W literaturze zagranicznej trudności nastrocza bowiem wykładnia określenia *criminal* (w polskiej literaturze tego problemu nie ma, gdyż po prostu brak jest określenia „karne”). W literaturze zagranicznej wskazuje się, że wykładnia tego pojęcia powinna uwzględniać kontekst, w jakim jest użyte to określenie w przepisie art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵¹.

W przepisie art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 użyte jest także określenie, że wyrok jest prawomocny (*final*). Przepis art. 3 Protokołu nr 7 definiuje, kiedy orzeczenie jest prawomocne. Orzeczenie jest prawomocne, gdy *is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the limit to expire without availing themselves of them*⁵². Orzeczenie jest więc prawomocne, zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7, w następujących trzech sytuacjach:

- 1) nie przysługują już zwyczajne środki odwoławcze;
- 2) strony wyczerpały środki odwoławcze;
- 3) upłynęły terminy do wniesienia środków odwoławczych.

W Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności zasada *ne bis in idem* jest zasadą niederogowalną, co oznacza, że państwa nie mogą czasowo zawiesić jej obowiązywania nawet w sytuacji nadzwyczajnej w rozumieniu art. 15 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (art. 4 ust. 3)⁵³.

W dniu 26 listopada 1991 r. Polska stała się członkiem Rady Europy. W tym samym dniu podpisana została przez Polskę Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., a następnie zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2). W dniu 19 stycznia 1993 r. Polska ratyfikowała Konwencję. Po

⁵¹ P.A. McDermott, *Res Judicata...*, op. cit., s. 287.

⁵² Ibidem, s. 288.

⁵³ Zob. B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: z dnia 23 października 1995 r., 33/1994/480/562 Gradinger v. Austria oraz z dnia 30 czerwca 1998 r., 84/1997/868/1080, Oliveira v. Szwajcaria* „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 11–12, s. 150; F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 230. Zob. także R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny Część ogólna*, Kraków–Lublin 1999, s. 205–206; R. Kmiecik, *Prawomocność postanowień prokuratora w świetle k.p.k. z 1997 r.*, w: *Nowy Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1998, s. 193.

ratyfikacji ogłoszona została w dniu 10 lipca 1993 r. w Dzienniku Ustaw RP⁵⁴. W dniu 19 marca 1993 r. rząd RP złożył deklarację w sprawie uznania kompetencji Europejskiej Komisji Praw Człowieka do zajmowania się skargami indywidualnymi wnoszonymi przeciwko Polsce oraz o uznaniu jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności „wymusza” na organach państwa nie tylko dostosowanie norm prawa wewnętrznego do regulacji międzynarodowych w zakresie ochrony praw człowieka, lecz również doprowadzenie do tego, aby wykładnia obowiązującego prawa krajowego była zgodna z duchem poszanowania tych praw⁵⁵.

Zakaz *ne bis in idem* występuje także w Europejskiej Karcie Praw Podstawowych (fr. *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, ang. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*). Europejska Karta Praw Podstawowych składa się z preambuły oraz 54 artykułów zamieszczonych w 7 rozdziałach. Rozdział VI poświęcony jest wymiarowi sprawiedliwości (art. 47–50). Wśród sformułowanych w tym rozdziale zasad znajduje się także zasada *ne bis in idem procedatur*. Artykuł 50 jest zatytułowany: „Zakaz ponownego sądzenia lub karania w sprawach karnych dotyczących tego samego czynu zagrożonego karą”. Zgodnie z tym przepisem: „Nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zagrożony karą, od którego został uprzednio uniewinniony lub za który został uprzednio skazany na terenie Unii prawomocnym wyrokiem wydanym zgodnie z prawem”⁵⁶.

Zakaz *ne bis in idem* jest przyjęty w wielu nowoczesnych procesowych ustawodawstwach europejskich, a nawet przewidują go postanowienia konstytucji niektórych państw, np. Niemiec. W niemieckiej ustawie zasadniczej, pomimo że jest w niej mniej niż w polskiej konstytucji zasad odnoszących się do procesu karnego, wymieniona została zasada *ne bis in idem*⁵⁷. W doktrynie niemieckiej przeważa jednak pogląd, że zawarta w tym przepisie gwarancja nie odnosi się do orzeczeń zapadłych za granicą⁵⁸. Stanowisko takie zajmuje także Związkowy Sąd Konstytucyjny, wywodząc jednocześnie z zasady proporcjonalności oraz

⁵⁴ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁵⁵ Zob. P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 16; K. Dudka, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w polskich sprawach karnych a konieczność zmian polskiego prawa karnego procesowego i praktyki stosowania prawa*, w: *Nowe prawo karne po zmianach*, Lublin 2002, s. 70. Zob. także K. Grajewski, *Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego a niektóre regulacje Konstytucji z 1997 roku*, w: *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, t. XI, s. 471–481.

⁵⁶ Polski tekst Europejskiej Karty Praw Podstawowych dostępny: www.sprawymiedzynarodowe.pl/nawosci/karta/karta_pol.html. Zob. także M.A. Nowicki, *Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej*, Kraków 2001, s. 73.

⁵⁷ S. Waltoś, *Konstytucja a proces karny*, w: *Konstytucyjne podstawy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych*, Warszawa 1989, s. 76–88; C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München 1997, s. 11–12; F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 227.

⁵⁸ O. Łagodny, *Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in idem?*, w: A. Donatsch, M. Forster, Ch. Schwarzenegger (red.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Basel 2002, s. 38.

państwa prawa konstytucyjny nakaz zaliczenia każdego rodzaju kary odbytej za granicą⁵⁹.

W Holandii zasada *ne bis in idem* obowiązuje zarówno w zakresie własnych orzeczeń, jak i w zakresie orzeczeń państw obcych. Podobnie jest w Hiszpanii, aczkolwiek brak tam przepisu, który wyraźnie regulowałby kwestię obowiązywania tej zasady także w odniesieniu do orzeczeń zapadłych poza granicami kraju. Obowiązywanie zasady *ne bis in idem* również do orzeczeń wydanych poza granicami kraju judykatura wywodzi jednak z zasady demokratycznego państwa prawa⁶⁰.

Większość jednak państw europejskich nie respektuje w pełnym zakresie obowiązywania zasady *ne bis in idem*. Na przykład rozwiązania karne w Belgii, z wyjątkiem umów zawartych z Holandią i Luksemburgiem, umożliwiają wszczęcie postępowania karnego o to samo przestępstwo, mimo zapadłego za granicą wyroku uniewinniającego bądź skazującego⁶¹. Podobne unormowania mają miejsce we Francji, Włoszech i Słowenii. W krajach tych ściganie jest możliwe tylko wtedy, gdy przestępstwo popełnione poza granicami kraju narusza istotny interes państwa. We Włoszech i w Słowenii dopuszczalność takiego postępowania uzależniona jest dodatkowo od zezwolenia ministra sprawiedliwości⁶². Podobne regulacje przewiduje austriacki system prawny⁶³.

Pełną ochronę zasady *ne bis in idem* przewidują natomiast kodeksy karne Estonii oraz Federacji Rosyjskiej, uniemożliwiając ponowne wszczęcie postępowania, jeżeli w państwie obcym zapadł wyrok⁶⁴. Rosyjski kodeks karny, obowiązujący od 1 stycznia 1997 r., który zastąpił poprzedni kodeks karny z 1960 r., w art. 6 ust. 2 stanowi: „Nikt nie może dwukrotnie ponosić odpowiedzialności za jeden i ten sam czyn karalny”. W rosyjskim prawie karnym zasada *ne bis in idem* unormowana jest w kodeksie karnym, choć z uwagi na charakter tej zasady powinna się ona znaleźć raczej w kodeksie postępowania karnego. Nie jest to jednak oczywiste. Na przykład przepisy o przedawnieniu, chociaż stanowią przeszkodę procesową, są tradycyjnie uregulowane w kodeksie karnym. Zasadniczo podział przedmiotów regulacji pomiędzy kodeks karny a kodeks postępowania karnego powinien prowadzić do tego, aby instytucje prawa przyporządkować tam, gdzie one należą zgodnie z ogólnie przyjętą systematyką⁶⁵.

Z uwagi na postępującą globalizację istnieje niebezpieczeństwo, że na podstawie tradycyjnych kryteriów odpowiedzialności, np. represji wszechświatowej, dana osoba będzie za ten sam czyn wielokrotnie ścigana lub nawet skazana.

⁵⁹ B. Nita, *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie prawnym*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 3, s. 21.

⁶⁰ Ibidem, s. 20.

⁶¹ Ch. Van den Wyngaert, G. Stessens, *The international non bis in idem principle: Resolving some of the unanswered questions*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, nr 48, s. 783; A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem na gruncie art. 114 kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 10, s. 123.

⁶² Zob. B. Nita, *Zasada...*, op. cit., s. 20.

⁶³ A. Sakowicz, *Zasada...*, op. cit., s. 123.

⁶⁴ Ibidem, s. 123.

⁶⁵ F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 227.

Problem ten jest w pewnym stopniu łagodzony dzięki obowiązującej w większości państw zasadzie zaliczania kary odbytej za granicą na poczet kary nałożonej za ten sam czyn w kraju pochodzenia przestępcy⁶⁶. Wyrażany jest także pogląd całkowicie odmienny, tzn. że w związku z postępującą globalizacją nastąpi ujednolicenie systemów prawnych i problem podwójnego karania lub ścigania przestanie istnieć⁶⁷. Ostatni pogląd jest bardziej przekonujący. Najlepszym przykładem potwierdzającym to stanowisko są uregulowania prawne Unii Europejskiej zmierzające do wyeliminowania niebezpieczeństwa wielokrotnego ścigania i karania tej samej osoby za ten sam czyn.

Współpraca prawna w zakresie prawa karnego nie zawsze jest jednak łatwa, nawet w Europie⁶⁸. Realizacji zasady *ne bis in idem* sprzyjają postanowienia Europejskiej Konwencji o Międzynarodowej Ważności Wyroków Karnych z dnia 28 maja 1970 r. Celem tej Konwencji jest zarówno poprawienie efektywności walki z przestępczością, jak i ułatwienie resocjalizacji skazanych w drodze przewycięzania tradycyjnych ograniczeń wynikających z zasady terytorialnej skuteczności wyroków karnych⁶⁹. Konwencja zmierza do rozszerzenia ważności zagranicznych wyroków karnych. Wprowadza pojęcie „europejskiego wyroku karnego”, przez który należy rozumieć każde prawomocne orzeczenie wydane przez sąd karny państwa-strony, w wyniku postępowania karnego (art. 1 lit. a Konwencji)⁷⁰. Polska nie podpisała jednak tej Konwencji.

W 1987 r. w Brukseli zostało podpisane pomiędzy państwami członkowskimi Wspólnoty Europejskiej Porozumienie o zakazie podwójnego ścigania karnego („Porozumienie *ne bis in idem*”). Po ratyfikowaniu Porozumienie *ne bis in idem* ma moc porozumienia prawa międzynarodowego. Przepisy art. 1–5 porozumienia *ne bis in idem* odpowiadają postanowieniom art. 54–58 Układu z Schengen. W art. 1 Porozumienia sformułowana jest zasada *ne bis in idem*. Do Porozumienia mogą przystąpić tylko państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej. Z uwagi na podwójną regulację w zakresie zakazu *ne bis in idem*, tj. w Układzie z Schengen oraz w Porozumieniu *ne bis in idem*, występuje przeszkoda procesowa, ale tylko na obszarze obowiązywania jednego lub drugiego porozumienia (układu). Skazanie w jednym państwie, w którym obowiązuje Układ z Schengen, ale nie obowiązuje Porozumienie *ne bis in idem*, nie stanowi przeszkody procesowej w innym państwie, w którym odwrotnie, obowiązuje Porozumienie *ne bis in idem*, ale nie obowiązuje Układ z Schengen. W takim przypadku możliwe jest więc teoretycznie podwójne wymierzenie kary. Zapobiec temu może tylko

⁶⁶ S. Ebensperger, *Strafrechtliches...*, op. cit., s. 171.

⁶⁷ F.C. Schroeder, *Die Rechtsnatur...*, op. cit., s. 230. Zob. także T. Hackner, W. Schomburg, O. Łagodny, N. Wolf, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Miinchen 2003, s. 167.

⁶⁸ Zob. stanowisko Corepera do Rady Unii Europejskiej z dnia 24 listopada 2000 r. w sprawie Programu przedsięwzięć ukierunkowanych na wdrożenie zasady wzajemnego uznawania decyzji w sprawach karnych, tekst dostępny na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości, www.ms.gov.pl.

⁶⁹ Z. Knypl, *Komentarz do Europejskiej Konwencji o Międzynarodowej Ważności Wyroków Karnych*, w: *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i Komentarze*, t. III, Warszawa 1997, s. 360.

⁷⁰ A. Sakowicz, *Zasada...*, op. cit., s. 121.

ratyfikacja Porozumienia *ne bis in idem* przez wszystkie państwa strony Układu z Schengen⁷¹.

Zasadę *ne bis in idem* zawiera również art. 10 Konwencji sporządzonej na podstawie art. K.3 ust. 2 lit. c Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie zwalczania korupcji, w której uczestniczą urzędnicy Wspólnoty Europejskiej lub urzędnicy państw członkowskich Unii Europejskiej⁷², oraz art. 18 Konwencji o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa podpisanej w Strasburgu 8 listopada 1990 r.⁷³

Zasadę *ne bis in idem* przewiduje Układ z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r., uzupełniony o Konwencję Wykonawczą z dnia 19 czerwca 1990 r. Na mocy Protokołu dodatkowego do Traktatu Amsterdamskiego z dniem jego wejścia w życie, tj. z dniem 1 maja 1999 r., postanowienia Układu z Schengen zostały włączone do dorobku wspólnotowego Unii Europejskiej. Od tego momentu konwencja wiąże wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej z wyjątkiem Irlandii oraz Wielkiej Brytanii, które na mocy Protokołów dodatkowych do Traktatu Amsterdamskiego uzyskały szczególny status i nie są związane ustaleniami z Schengen pomimo włączenia ich do dorobku wspólnotowego Unii. Z dniem więc wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego umowa z Schengen nie wymaga ratyfikacji. W konsekwencji postanowienia Układu z Schengen obowiązują Polskę od dnia jej przystąpienia do Unii Europejskiej. W szczególności oznacza to prymat postanowień umowy z Schengen w zakresie obowiązywania zakazu *ne bis in idem* nad uregulowaniami krajowymi, zgodnie z zasadą supremacji prawa wspólnotowego wobec państw członkowskich⁷⁴.

Na podstawie art. 35 Traktatu o Unii Europejskiej Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu jest właściwy do ustalania w trybie odpowiedzi na pytania prejudycjalne wykładni zawartych w Układzie z Schengen przepisów z mocą wiążącą dla wszystkich sądów wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej. W lutym 2003 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu po raz pierwszy dokonał wykładni Układu z Schengen. Zgodnie z tym rozstrzygnięciem zakaz ponownego ścigania, sążenia i karania przez inne kraje Wspólnoty ma zastosowanie nie tylko do prawomocnych wyroków sądowych, ale również do innych postępowań zakończonych wydaniem środka karnego przez prokuratora⁷⁵.

Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z dnia 11 lutego 2003 r. dotyczy dwóch łącznie rozpatrywanych spraw karnych *Huseyina Góziitok*

⁷¹ S. Ebensperger, *Strafrechtliches...*, op. cit., s. 180.

⁷² Polskie tłumaczenie konwencji znajduje się na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości, www.ms.gov.pl/ue/translation.

⁷³ Polski tekst jest opublikowany na stronie internetowej zatytułowanej *Zbiór dokumentów. Dokumenty z zakresu polityki zagranicznej Polski i stosunków międzynarodowych*, <http://www.zbiordokumentow.pl/1998/3-4/15.html>.

⁷⁴ B. Nita, *Zasada...*, op. cit., s. 23.

⁷⁵ Ł. Wardyn, *Zasada „ne bis in idem” Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Nie można sądzić dwa razy w tej samej sprawie*, „Gazeta Prawna” 2003, nr 51, s. Biznes i Prawo; wyrok ten jest także opublikowany w „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, nr 16, s. 1173–1174.

(C-187/01) oraz *Klausa Briigge* (C-385/01), które zostały przez narodowe sądy zawieszone i przekazane, na podstawie art. 35 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), Trybunałowi do rozstrzygnięcia w trybie prejudykacyjnym, czyli na zasadzie analogii. Pytanie prawne postawione równocześnie przez sąd w Belgii oraz Niemczech dotyczyło wykładni art. 54 Konwencji z Schengen (Schengen II) z 19 czerwca 1990 r. będącej aktem wykonawczym Porozumienia Schengen z 14 czerwca 1985 r. w sprawie stopniowego znoszenia kontroli granicznej na wspólnych granicach (Schengen I) między krajami Beneluksu, Niemcami oraz Francją. Na podstawie drugiego Protokołu dodatkowego do Traktatu Amsterdamskiego oraz uchwał Rady Europejskiej (1999/435 oraz 1999/436) dorobek prawny (z wyjątkiem Systemu Informacji Schengen) został przeniesiony na szczebel wspólnotowy, z wyłączeniem Wielkiej Brytanii i Irlandii. W konsekwencji nowi członkowie Unii Europejskiej przejmują ten dorobek od dnia akcesji⁷⁶.

ETS wyjaśnił, że z analizy i interpretacji art. 54 Schengen II, zakazującego dwukrotnego sądzenia oraz skazania za to samo przestępstwo, jak też regulacji prawnych tytułu VI dotyczących postanowień o współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych (w szczególności art. 31 i 34 TUE), nie można wnioskować, iż zakaz *ne bis in idem* dotyczy tylko i wyłącznie orzeczeń wydanych w czasie postępowania sądowego przez niezawisły sąd⁷⁷. Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjął szeroką wykładnię pojęcia prawomocne zakończenie postępowania. Nie ograniczył zakazu *ne bis in idem* tylko i wyłącznie do orzeczeń wydanych w czasie postępowania sądowego przez niezawisły sąd. Uznał, że zakaz ten obowiązuje także w przypadku innych postępowań zakończonych wydaniem środka karnego przez prokuratora. W przypadku więc umorzenia postępowania z powodu zaistnienia przesłanki procesowej o charakterze formalnym i bezwzględny, jaką jest powaga rzeczy osądzonej, zgodnie z wykładnią Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości będzie obowiązywał zakaz *ne bis in idem*⁷⁸. Stanowisko Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest wyrazem dążenia do jak najszerszego objęcia zakresem obowiązywania zakazu *ne bis in idem* osób, przeciwko którym mogłoby się toczyć kolejne postępowanie w tej samej sprawie.

Polska jest stroną licznych międzynarodowych umów dwustronnych o pomocy prawnej w sprawach karnych oraz o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych⁷⁹. W umowach tych także są przewidziane postanowienia dotyczące *res iudicata* oraz zakazu *ne bis in idem*⁸⁰.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Por. B. Nita, *Zasada...*, op. cit., s. 30–31.

⁷⁹ Zob. B. Kurzępa, *Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Przepisy i orzecznictwo*, Toruń 2002, s. 101–615.

⁸⁰ Zob. przykładowo art. 42 lit. e Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Algierską Republiką Ludowo-Demokratyczną dotyczącej obrotu prawnego w sprawach cywilnych i karnych, podpisanej w Algierze dnia 9 listopada 1976 r., Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 73; art. 3 ust. 1 lit. d Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Australią o ekstradycji, sporządzonej w Canberze dnia 3 czerwca 1998 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 5, poz. 51; art. 7 Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Austrii o ekstradycji, podpisanej w Wiedniu dnia 27 lutego 1978 r., Dz.U. z 1980 r. Nr 14,

VI. ZASADA *NE BIS IN IDEM* JAKO ZASADA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

W prawie międzynarodowym zakaz *ne bis in idem* jest coraz częściej traktowany jako zasada prawa międzynarodowego. Obowiązywanie zakazu *ne bis in idem* w międzynarodowym prawie karnym może być analizowane na trzech płaszczyznach: horyzontalnej, czyli w aspekcie kolizji jurysdykcji krajowych, wertykalnej, tj. w znaczeniu zbiegu jurysdykcji krajowej oraz międzynarodowej, i wreszcie jako konflikt międzynarodowych trybunałów karnych⁸¹.

Podczas obrad XVII Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego, który odbył się w Pekinie w dniach 12–19 września 2004 r., podjęto uchwałę, w której rozdział trzeci został poświęcony zagadnieniom związanym z obowiązywaniem zasady *ne bis in idem* w prawie międzynarodowym. Rozdział ten został zatytułowany: *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle Ne Bis In Idem*. W § 2 tego rozdziału stwierdza się, że wzrastająca kolizja jurysdykcji krajowych powoduje wiele zagrożeń:

- może spowodować prowadzenie wielu postępowań karnych, opartych na tej samej podstawie faktycznej;
- wywiera negatywny wpływ na podstawowe prawa i wolności obywatelskie osób, których dotyczą te postępowania;
- może utrudniać ustalenie całej działalności przestępczej sprawcy⁸².

Postuluje się więc wypracowanie mechanizmów pozwalających na eliminację tego rodzaju zagrożeń. W okresie, w którym nie zostaną jeszcze stworzone takie mechanizmy, problemy związane z kolizją jurysdykcji powinny być rozwiązy-

poz. 46; art. 11 Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych, sporządzonej w Wiedniu dnia 19 kwietnia 1990 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 14, poz. 58; art. 3 pkt 3 Konwencji o ekstradycji i pomocy sądowej w sprawach karnych między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Belgii, podpisanej w Brukseli, dnia 13 maja 1931 r., Dz.U. z 1932 r. Nr 59, poz. 564; art. 68 ust. 1 pkt 4 Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białorusi o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych, sporządzonej w Mińsku dnia 26 października 1994 r., Dz.U. z 1995 r. Nr 128, poz. 619; art. 66 ust. 1 pkt 4 Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Estońską o pomocy prawnej i stosunkach cywilnych, pracowniczych i karnych, sporządzonej w Tallinie dnia 27 listopada 1998 r., Dz.U. z 2000 r. Nr 5, poz. 49; art. 4 pkt 4 Traktatu ekstradycyjnego między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Francuską, podpisanego w Paryżu dnia 30 grudnia 1925 r., Dz.U. z 1929 r. Nr 63, poz. 491; art. 33 ust. 1 lit. c Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Grecką o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych, podpisanej w Atenach dnia 24 października 1979 r., Dz.U. z 1982 r. Nr 4, poz. 24; art. 32 lit. c Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Iraku o pomocy prawnej i sądowej w sprawach cywilnych i karnych, sporządzonej w Bagdadzie dnia 29 października 1988 r., Dz.U. z 1989 r. Nr 70, poz. 418; art. 7 Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji, sporządzonej w Waszyngtonie dnia 10 lipca 1996 r., Dz.U. z 1999 r. Nr 93, poz. 1066.

⁸¹ Zob. rozdział III zatytułowany *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle 'Ne Bis In Idem'*, uchwały XVII Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego, który się odbył w Pekinie w dniach 12–19 września 2004 r. Tekst w języku angielskim dostępny na stronach internetowych *China Law Society*, <http://www.chinalawsociety.com>. Zob. także J.L. de la Cuesta, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle „ne bis in idem”*, *General Report*, „Revue Internationale de Droit Penal” 2002, nr 3–4, s. 708.

⁸² Zob. tekst w języku angielskim, dostępny na stronach internetowych *China Law Society*, <http://www.chinalawsociety.com>.

wane poprzez stosowanie i rozwój międzynarodowych regulacji prawnych w zakresie współpracy międzynarodowej w sprawach karnych. Na podkreślenie zasługuje fakt, że podczas obrad poprzedniego XVI Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego, który odbył się w dniach 5–11 września 1999 r. w Budapeszcie, zasada *ne bis in idem* została uznana za jedno z podstawowych praw człowieka, które powinno być *also applicable on the international or transnational level*. Biorąc pod uwagę liczne umowy i porozumienia międzynarodowe, które są w stadium podpisywania lub ratyfikowania przez państwa, postuluje się przyspieszenie prac związanych z ich podpisaniem lub ratyfikacją. Zachęca się także państwa do wypracowania jednolitych standardów stosowania tej zasady. Powinny być stworzone na poziomie międzynarodowym rozwiązania, uwzględniające odmienności systemów politycznych i prawnych poszczególnych krajów⁸⁴.

Wskazuje się, że co do zasady uregulowania w zakresie zakazu *ne bis in idem* na poziomie krajowym oraz międzynarodowym są podobne. Występują jednak pewne odmienności w zakresie poszczególnych uregulowań. Postuluje się więc, aby *idem* było rozumiane jako to samo zachowanie (*the same act*), które zostało ustalone w postępowaniu, w szczególności w akcie oskarżenia oraz (lub) w końcowym orzeczeniu, wydanym na podstawie obowiązujących przepisów. Przedstawiony sposób definiowania *idem* jest uznawany za obiektywne i jasne kryterium, w przeciwieństwie do konstrukcji przestępstw podobnych, które są różnie definiowane w poszczególnych ustawodawstwach krajowych⁸⁵.

Postuluje się stosowanie określonych kryteriów, sformułowanych zarówno w ramach regulacji krajowych, jak i w umowach międzynarodowych, które pozwolą uniknąć prowadzenia równocześnie lub po sobie następujących postępowań karnych przez właściwe organy zainteresowanych państw. W sytuacji gdy postępowanie karne zostało rozpoczęte w innym państwie, pierwszeństwo powinna mieć jurysdykcja tego kraju, który w większym stopniu zapewnia realizację zasady uczciwego procesu oraz jego sprawny przebieg⁸⁶.

Obowiązywanie zasady *ne bis in idem* w międzynarodowym prawie karnym można także rozpatrywać w płaszczyźnie wertykalnej, czyli w aspekcie kolizji jurysdykcji krajowej oraz międzynarodowej, tj. pomiędzy sądami krajowymi oraz międzynarodowymi.

Postuluje się, aby nikt nie mógł być sądzony przez sąd danego państwa za przestępstwa, które naruszyły międzynarodowe regulacje, w sytuacji gdy za te przestępstwa został już osądzony przez sąd międzynarodowy. Sąd danego kraju powinien uwzględnić orzeczenia wydane w postępowaniu prowadzonym przez sąd międzynarodowy. Postuluje się także, aby sądy krajowe na odpowiednim, wczesnym etapie postępowania identyfikowały pojawiający się konflikt pomię-

⁸³ Zob. sprawozdanie z tej konferencji B. Kunicka-Michalska, *XVI Międzynarodowy Kongres Prawa Karnego AIDP (Budapeszt, 5–11 IX 1999)*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 3, s. 98–100.

⁸⁴ Zob. tekst w języku angielskim, dostępny na stronach internetowych *China Law Society*, <http://www.chinalawsociety.com>.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

dzy jurysdykcją krajową oraz międzynarodową, w celu zapewnienia przestrzegania zasady *ne bis in idem*⁸⁷.

Zwrócić należy w tym miejscu uwagę, że zasada *ne bis in idem*, powszechnie uznawana za zasadę chroniącą oskarżonego przed kolejnym postępowaniem w tej samej sprawie, jest przede wszystkim utożsamiana z toczącym się postępowaniem na gruncie polskiego kodeksu postępowania karnego. Szczegółowo są analizowane sytuacje, kiedy zakaz ten może się pojawić, ale praktycznie zawsze w aspekcie polskiego postępowania karnego. Z uwagi na przystąpienie Polski do Unii Europejskiej i w konsekwencji do jej systemu prawnego oraz postępujący w bardzo szybkim tempie proces znoszenia barier między państwami, także prawnych, zasada *ne bis in idem* nabiera nowego znaczenia. Płaszczyzna prawa krajowego, na której obowiązuje zasada *ne bis in idem*, odgrywa i będzie odgrywać zawsze decydującą rolę. Coraz większego znaczenia nabiera jednak jej obowiązywanie na płaszczyźnie międzynarodowej. Oczywiście bowiem rzeczą jest, że zakaz *ne bis in idem* nie może chronić danej osoby przed kolejnym postępowaniem w tej samej sprawie tylko w ramach regulacji prawnych danego kraju, ale osoba ta musi być chroniona w każdym innym państwie, jeżeli jej sprawa została już prawomocnie zakończona w danym państwie.

Kluczową kwestią jest więc stworzenie regulacji prawnych, zarówno na poziomie prawa krajowego, jak i międzynarodowego, które pozwalałyby w sposób skuteczny unikać sytuacji, gdy osoba, skazana w jednym państwie, byłaby ścigana lub sądzona w innym państwie. Chodzi tutaj nie tylko o regulacje prawne, które nie zezwalają na tego rodzaju sytuacje, ale także i o uregulowania o charakterze techniczno-organizacyjnym, które zapewniłyby skuteczny przepływ informacji i dokumentów, zapobiegając powstawaniu takich sytuacji nawet przez pomyłkę.

VII. ZASADA *NE BIS IN IDEM* ZASADĄ POLSKIEGO PROCESU KARNEGO

W polskiej nauce niestety nie ma zgody co do znaczenia pojęcia „zasada procesu karnego”. Przez to pojęcie rozumie się bowiem zarówno „podstawowe normy prawne, określające główne cechy procesu karnego (...) i wynikające z nich dyrektywy oraz prawa i obowiązki dla uczestników postępowania karnego”⁸⁸, jak i idee charakteryzujące podstawowe założenia procesu⁸⁹. W definicjach spotykanych w literaturze w zasadach procesowych dominują następujące elementy:

- 1) zasady procesowe są normami prawnymi;
- 2) zasady procesowe są charakterystycznymi cechami danego procesu;
- 3) zasady procesowe są dyrektywami dotyczącymi form prawnych zachowania się organów procesowych oraz osób uczestniczących w postępowaniu, a także przebiegu czynności procesowych;

⁸⁷ Zob. § 3 rozdziału III zatytułowanego *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle „JVe Bis In Idem”*, uchwały XVII..., op. cit.

⁸⁸ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 92.

⁸⁹ A. Marek, *Pojęcie zasady procesu karnego*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 3–4, s. 544.

- 4) zasady procesowe są wyrazem panujących poglądów ideologiczno-społecznych, charakterystycznych dla danej formacji społeczno-ekonomicznej;
- 5) zasady procesowe to określone idee prawne;
- 6) zasady procesowe w istotny sposób wpływają na ukształtowanie innych norm lub są przez inne normy prawne konkretyzowane i realizowane⁹⁰.

Zasada *ne bis in idem* spełnia wszystkie wymienione kryteria. Stanowi normę prawną, która charakteryzuje proces karny. Jedną z cech charakterystycznych polskiego procesu karnego jest zakaz prowadzenia kolejnego postępowania w tej samej sprawie po prawomocnym zakończeniu postępowania. Wyznacza ona określony sposób zachowania się organów procesowych oraz osób uczestniczących w postępowaniu. Niewątpliwie także jest pewną ideą prawną, która znana jest w prawie karnym już od bardzo długiego czasu. Występuje zarówno w systemie prawa stanowionego, jak i zwyczajowego (*common law*). Wreszcie w istotny sposób wpływa na kształtowanie się innych norm procesu. Nie wolno bowiem wszczynać postępowania, gdy okaże się, że sprawa już została prawomocnie osądzona, a gdy zostało wszczęte postępowanie musi zostać niezwłocznie umorzone. Wydanie orzeczenia, pomimo że postępowanie karną co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone, stanowi bezwzględny powód odwoławczy (art. 438 § 1 pkt 8 k.p.k.⁹¹).

M. Cieślak i S. Waltoś⁹² rozróżniają zasadę abstrakcyjną procesu oraz zasadę konkretną procesu. „Zasada procesowa ujęta abstrakcyjnie jest pewną ideą prawną o charakterze ogólnym i krańcowym. Jako wynik abstrakcji da się odnieść do różnych systemów procesowych należących do różnych historycznych form procesu”. Inny natomiast charakter ma zasada procesowa konkretna, która stanowi ukształtowanie odpowiedniej zasady abstrakcyjnej w konkretnym systemie procesowym⁹³. W tych znaczeniach, zasada *ne bis in idem* może być ujmowana zarówno jako zasada abstrakcyjna procesu, jak i zasada konkretna procesu.

„Zasada procesowa konkretna jest normą prawną, ponieważ jej treścią jest określona reguła zachowania się w procesie. Jest ona normą o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym, gdyż nakazuje swym adresatom zachowywać się w pewien rodzajowo określony sposób”. Zasada procesowa konkretna jest obowiązującą normą prawną zarówno wtedy, gdy przepis prawny wyraźnie ją określa (zasada skodyfikowana), jak i wtedy, gdy wynika z całości przepisów lub instytucji prawa procesowego⁹⁴. Zasada *ne bis in idem* wynika z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., który zakazuje wszczynać postępowania, a wszczęte nakazuje umorzyć, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie

⁹⁰ P. Hofmański, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego*, Katowice 1988, s. 85–86.

⁹¹ W niemieckiej doktrynie procesu karnego nie ma wątpliwości, że zakaz *ne bis in idem* jest podstawową zasadą procesu karnego, zob. T. Maunz, G. Durig, R. Herzog, R. Scholz, P. Lerche, H. J. Papier, A. Randelzhofer, E. Schmidt-ABmann, *Grundgesetz-Kommentar*, München 1994, uwaga 271 do art. 103.

⁹² A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 2002, s. 228–229.

⁹³ M. Cieślak, *Zasady procesu karnego i ich system*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prawo” 1956, nr 3, s. 158 i n.

⁹⁴ A. Marek, *Pojęcie zasady...*, op. cit., s. 545–546.

zakończone. Zasada *ne bis in idem* w procesie karnym jest więc obowiązującą normą prawną.

Zasada *ne bis in idem* posiada ogólnoprosesowy charakter ze względu na jej znaczenie dla całego postępowania karnego. Wyraża cechy dominujące w całym procesie, a nie tylko w poszczególnych jego stadiach. Zasada *ne bis in idem* jest więc normą prawną, która ma charakter normy zasadniczej, cechującej proces karny.

Według S. Wronkowskiej, M. Zielińskiego i Z. Ziemińskiego można ujmować zasady prawa: a) opisowo, czyli jako pewien typ ukształtowania instytucji prawnej, pozostającej w relacji z określoną dziedziną spraw, oraz b) dyrektywalnie, czyli jako dyrektywy postępowania⁹⁵. Zasadę *ne bis in idem* można ujmować opisowo, gdyż jest pewnym wzorcem dla wszystkich organów stosujących prawo. Jednocześnie stanowi pewną dyrektywę, nakazującą określony sposób postępowania.

Dokonyuje się również podziału zasad na zasady konstytucyjne, czyli dyrektywy, które wymienione zostały przez konstytucję, i zasady pozakonstytucyjne, czyli dyrektywy niesformułowane w konstytucji⁹⁶. W przeciwieństwie do niemieckiej konstytucji (art. 103), polska konstytucja nie przewiduje zasady *ne bis in idem*. Zasada *ne bis in idem* może więc być uznana tylko za zasadę pozakonstytucyjną.

W nauce procesu karnego wyróżnia się także pojęcie podstawowych (naczelnych) zasad procesu. Według A. Marka podstawowymi zasadami procesu są tylko takie zasady, które „wyrażają cechy dominujące w całym procesie, a nie tylko w poszczególnych jego stadiach”. Podstawowe zasady procesu nie tylko stanowią regułę w danym procesie, ale wyrażają podstawowe jego założenia i przez fakt swego obowiązywania należą do cech charakteryzujących model tego procesu⁹⁷. Naczelne zasady procesu karnego stanowią społecznie ważne, ogólne dyrektywy, które regulują najbardziej istotne kwestie z zakresu procesu⁹⁸.

Wydaje się, że zasada *ne bis in idem* jest zasadą podstawową (naczelną) procesu karnego i obowiązuje we wszystkich jego stadiach. Stanowi nie tylko regułę w procesie karnym, ale wyraża podstawowe jego założenia i przez fakt swego obowiązywania jest cechą charakteryzującą model tego i innych procesów. Zasada *ne bis in idem* nie dotyczy jedynie procesu karnego. Występuje bowiem także w postępowaniu cywilnym czy administracyjnym. Nie przekreśla to jednak jej charakteru zasady procesu karnego. Uwzględniając podział R. Kmiecika i E. Skrętowicza naczelnych zasad procesu na zasady naczelne w znaczeniu szerszym, które znajdują zastosowanie nie tylko w procedurze karnej, ale i innych procedurach, np. cywilnej, oraz na zasady naczelne w znaczeniu węższym, które odnoszą się tylko do procedury karnej, można zaliczyć zasadę *ne bis in idem* do

⁹⁵ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa*, Warszawa 1974, s. 24 i n.

⁹⁶ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa...*, op. cit., s. 229.

⁹⁷ A. Marek, *Pojęcie zasady...*, op. cit., s. 547; A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa...*, op. cit., s. 228.

⁹⁸ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa...*, op. cit., s. 228.

zasad naczelnych w znaczeniu szerszym⁹⁹. Do uznania zasady *ne bis in idem* za zasadę podstawową (naczelną) procesu karnego w znaczeniu szerszym upoważniają następujące fakty:¹⁰⁰

- 1) zasada *ne bis in idem* wynika z przepisów prawa karnego procesowego;
- 2) posiada podstawowe znaczenie dla procesu karnego, określa najważniejsze jego cechy i jest nadrzędna w stosunku do innych norm procesu;
- 3) posiada określoną treść ideologiczną i społeczną;
- 4) ma charakter dyrektywny;
- 5) dotyczy bezpośrednio dziedziny procesu.

W polskiej procedurze karnej pojęcie stanu rzeczy osądzonej oraz wynikającą z niego regułę *ne bis in idem* wyprowadza się z instytucji kasacji i wznowienia postępowania. Instytucje te tylko w wyjątkowych wypadkach pozwalają na wzruszenie prawomocnych wyroków. Obowiązuje zasada niepodważalności decyzji procesowych, która oznacza, że podważenie stanu prawnego określonego w decyzji procesowej może nastąpić tylko w wypadkach i w granicach przewidzianych w ustawie. W przypadku nieskorzystania z instytucji pozwalających na wzruszenie prawomocności danego orzeczenia obowiązuje ono łącznie ze wszystkimi wynikającymi z niego skutkami prawnymi¹⁰¹. Obowiązywanie zasady *ne bis in idem* wynika jednak przede wszystkim z treści art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem, gdy postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone, nie można wszcząć postępowania, a wszczęte należy umorzyć. Przepis ten formułuje więc wprost zakaz ponownego prowadzenia postępowania w tej samej sprawie. Zakaz *ne bis in idem* oznacza, że nie tylko nie można wymierzyć ponownie w tej samej sprawie kary, ale w ogóle nie można wszcząć i prowadzić postępowania.

Zasada *ne bis in idem* posiada podstawowe znaczenie dla procesu karnego, określa najważniejsze jego cechy i jest nadrzędna w stosunku do innych norm procesu. Podstawowe znaczenie tej zasady dla procesu wyraża się w tym, że poza nielicznymi wyjątkami obowiązuje na każdym etapie postępowania wszystkich uczestników postępowania. Do wyjątków tych należy zaliczyć kasację, wznowienie postępowania, zmianę orzeczenia na skutek zmiany ustawy, orzeczenia w sprawie wykonywania kary i innych środków karnych, zmianę orzeczeń probacyjnych, postępowanie karne o to samo w przypadku orzeczeń zapadłych za granicą, wyrok zmieniający poprzednie orzeczenie na skutek warunków ekstradycji, sprostowanie oczywistej pomyłki pisarskiej, rachunkowej lub w obliczeniu terminów, przywrócenie terminu zawitego, postępowanie uzupełniające rozstrzygnięcia zawarte w wyroku, ułaskawienie, amnestię, postępowanie na podstawie ustawy z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wo-

⁹⁹ Zob. R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2002, s. 65.

¹⁰⁰ Posługuję się kryteriami wyodrębnienia naczelných zasad procesu sformułowanymi przez A. Murzynowskiego i S. Waltośa. Zob. A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 89–90; S. Waltoś, *Proces karny. Zaiys systemu*, Warszawa 2002, s. 206–207.

¹⁰¹ A. Murzynowski, *W sprawie mocy wiążącej ustaleń prawomocnych wyroków sądowych*, „Państwo i Prawo” 1966, z. 11, s. 749.

bec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego.

Zasada *ne bis in idem* posiada określoną treść ideologiczną i społeczną. W części artykułu poświęconej uzasadnieniu istnienia zakazu *ne bis in idem* wskazano na aspekty ideologiczne oraz społeczne, z których wynika potrzeba obowiązywania tej zasady. Przede wszystkim chodzi o zapewnienie oskarżonemu gwarancji, że nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czyn, który został już raz osądzony. Zasada *ne bis in idem* stanowi więc dla sprawcy czynu karalnego swoiste prawo podmiotowe. Zakaz ponownego postępowania w tej samej sprawie ma pierwszeństwo przed zasadą sprawiedliwości, a zasada bezpieczeństwa prawnego pierwszeństwo przed zasadą sprawiedliwości materialnej.

Zasada *ne bis in idem* ma charakter dyrektywny i dotyczy bezpośrednio dziedziny procesu. Okoliczność, że obowiązuje także w innych postępowaniach niż postępowanie karne, nie przekreśla jej charakteru jako zasady procesu karnego.

Nie bez znaczenia pozostaje także okoliczność, że zasada *ne bis in idem* obowiązuje w wielu regulacjach międzynarodowych, a w szczególności w aktach prawnych Unii Europejskiej. Polska jest również stroną licznych umów międzynarodowych, które przewidują zakaz *ne bis in idem*. Wreszcie zwrócić należy uwagę na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu, który jest właściwy do ustalania, w trybie odpowiedzi na pytania prejudycjalne, wykładni zawartych w aktach prawnych Unii Europejskiej przepisów z mocą wiążącą dla wszystkich sądów wewnętrznych państw członkowskich Unii Europejskiej. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu wypowiedział się także co do zakresu obowiązywania zakazu *ne bis in idem*.

Wskazane cechy i wyznaczniki zasady *ne bis in idem* pozwalają ją uznać za zasadę naczelną polskiego procesu karnego.

THE INSTITUTION OF RES JUDICATA AND THE PRINCIPLE OF *NE BIS IN IDEM*

The *ne bis in idem* principle is a guarantee for the accused that he/she will not be held responsible for an act for which he/she has already been tried. This constitutes a fundamental right of the perpetrator of the punishable act, who can demand that proceedings are not commenced, or discontinued if already instituted, if criminal proceedings against him in the same case have already been validly terminated.

Legal certainty should be ensured equally for the society in general and for the individual. Society should have confidence in the legal order in force in a given State.

It is generally accepted that the principle of *ne bis in idem* chiefly serves the protection of persons judged – the sentenced and the acquitted. This principle also means that proceedings cannot be conducted with the aim of the acquittal

or mitigation of penalty for someone who has been sentenced in a legally valid judgment. However, it should be noted that the *ne bis in idem* prohibition can, in certain circumstances, be a barrier to demonstrating the innocence of the accused. Hence, it should be noted that modern criminal procedures are ruled by the principle of presumed innocence, which can only be set aside by a legally valid court decision declaring guilt of the accused. The accused is considered innocent until his/her guilt has been determined by a legally valid verdict that establishes the *ne bis in idem* prohibition. Errors made by the court that have led to the conviction of an innocent person should not be corrected by infringing this principle. Furthermore, legal systems have institutions that allow for setting aside even legally valid sentences.

Any natural or legal person whose legal interests have been directly infringed or threatened by a crime can count on a case examination on merits by an independent court. The right of a Citizen to be heard by a court, to a just examination of his/her case by an independent and impartial court established by an act of law, is one of the fundamental human rights provided for in Art. 6 of the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

PAWEŁ DANILUK

**STAN WYŻSZEJ KONIECZNOŚCI JAKO OKOLICZNOŚĆ
WYŁĄCZAJĄCA BEZPRAWNOŚĆ KARNA CZYNU**

I. WSTĘP

Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu znany jest prawu karnemu od wieków, choć przez ten czas przeszedł on wiele przeobrażeń. Jego początków należy się doszukiwać na gruncie prawa rzymskiego, aczkolwiek we współczesnym kształcie pojawił się dopiero w XIX w., kiedy to został uwzględniony w kodeksach karnych niektórych państw europejskich. W Polsce ślady tej instytucji można odnaleźć już w statutach litewskich, jednak w postaci zbliżonej do współczesnej zaistniała ona dopiero w kodeksie karnym z 1932 r.¹

Przez cały czas jednak poważne wątpliwości budziło teoretyczne uzasadnienie stanu wyższej konieczności. Wskazywano tu m.in. na szczególny stan psychiczny osoby znajdującej się w obliczu kolizji dóbr prawnych, na rolę instynktu samozachowawczego czy też na interes społeczny realizowany poprzez działanie w warunkach omawianej instytucji². We współczesnym polskim prawie karnym, w zależności od proporcji dóbr ratowanych i poświęcanych, stan wyższej konieczności uzasadniany jest opłacalnością poświęcenia jednego z kolidujących dóbr (warunek społecznej opłacalności zachowania kontratypowego) lub brakiem winy po stronie sprawcy³. Z tą pierwszą sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy następuje ratowanie dobra wyższej wartości kosztem dobra niższej wartości. Takie zachowanie, w sytuacji kolizji tych dóbr, jest z punktu widzenia ocen spo-

¹ Szerzej na temat historycznego rozwoju stanu wyższej konieczności zob. S. Cypin, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 1932, s. 22–30; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 116; S.A. Glaser, *Kilka uwag o podstawie prawnej działalności lekarskiej*, Lwów 1920, s. 3–7; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalitych*, Warszawa 2002, s. 128; J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 13–23.

² Szerzej na ten temat zob. G. Auscaler, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 1953, s. 12–108; S. Cypin, *Konieczność wyższa*, w: W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. II, Warszawa 1936, s. 742–744; S. Cypin, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 30–60; L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 116; S.A. Glaser, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 3–7; G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 728.

³ Tak m.in. K. Buchała, A. Zoll, w: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 211; L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 116; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, 1.1, Kraków 1998, s. 233; A. Zoll, *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, „Studia Iuridica” 1994, nr XXI, s. 181.

lecznych zachowaniem przynoszącym korzyść w bilansie zysków i strat i dlatego też musi zostać uznane za prawnie dozwolone (legalne). Natomiast w przypadku gdy wartość dobra ratowanego jest równa lub nawet niższa, lecz w sposób nieoczywisty, od wartości dobra poświęcanego, wówczas w zaistniałej sytuacji kolizyjnej nie można wymagać od człowieka zaniechania próby ratowania dobra chronionego prawem. Znajduje się on bowiem w anormalnej sytuacji motywacyjnej, w której zakaz dotyczący naruszania dobra poświęcanego nie jest w stanie go motywować (brak wymagalności zachowania się zgodnego z prawem). W takich warunkach nie można mu przypisać winy, jednak jego zachowanie jako społecznie nieopłacalne nadal pozostaje bezprawne⁴. Za takim rozróżnieniem dwóch różnych, co do charakteru prawnego, oblicz stanu wyższej konieczności opowiedzieli się też projektodawcy obowiązującego kodeksu karnego. Konstruując art. 26 k.k., zawarli oni w jego § 1 kontratyp, w § 2 zaś okoliczność wyłączającą winę⁵.

Rozbicie instytucji stanu wyższej konieczności na kontratyp i okoliczność wyłączającą winę trzeba uznać za trafny zabieg legislacyjny⁶. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że inaczej należy oceniać sytuację ratowania dobra prawne-

⁴ A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 233.

⁵ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego* (wkładka do zeszytu 3/1994, „Państwo i Prawo”), Warszawa 1994, s. 17.

⁶ We współczesnej doktrynie prawa karnego nie zgłasza się w zasadzie poważniejszych zastrzeżeń co do potrzeby dualistycznego ujmowania stanu wyższej konieczności. Jak słusznie zauważa U. Neumann, spór o to, czy instytucja ta dotyczy bezprawności czy też winy, należy uznać już za rozstrzygnięty w duchu „teorii zróżnicowania”. Zob. U. Neumann, *Naczelné zásady stavu vyššej potreby*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, 2002, vol. XLIX, s. 30–31 i cytowana tam literatura. Zob. również J. Lachowski, *Stan vyššej...*, op. cit., s. 181; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 332–333. Warto jednak zauważyć, że w poselskim i obywatelskim projekcie kodeksu karnego z 1 marca 2002 r. (druki sejmowe nr 387 i 775) zaproponowano powrót do jednolitego ujęcia stanu wyższej konieczności. W uzasadnieniu do tych projektów stwierdzono, „Twórcy kodeksu karnego z roku 1997 ujęli stan wyższej konieczności w dwóch postaciach, to znaczy jako okoliczność wyłączającą bezprawność oraz jako okoliczność wyłączającą winę. Wprawdzie z merytorycznego punktu widzenia nie można dyskwalifikować takiego rozwiązania, ale ustawowe rozbicie stanu wyższej konieczności na dwie odrębne sytuacje wcale nie jest konieczne. Faktem jest, że jednolite ujęcie tej instytucji obejmuje swoim zakresem zarówno takie przypadki, które wyłączają bezprawność, jak i takie, które wyłączają winę. Ale faktem jest również to, że stosowanie w przeszłości tych przepisów, które jednolicie określały stan wyższej konieczności, nie stwarzało w praktyce większych trudności. Z powyższych względów Projekt powraca w art. 27 do jednolitego ujęcia stanu wyższej konieczności, ponieważ jest ono sprawdzone w praktyce, a ponadto nie ma kazuistycznego charakteru”. Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić. To, że jednolicie ujmowany w poprzednich kodeksach karnych stan wyższej konieczności, w wyniku wykładni naukowej i sądowej, ujmowany był dualistycznie, nie może przesądzać o trafności wcześniejszych rozwiązań i nadmiernej kazuistyce obecnego kodeksu karnego. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, iż precyzyjne ustawowe ujmowanie okoliczności wyłączających bezprawność kamą czynu jest konieczne z punktu widzenia funkcji ochronnej prawa karnego. Trzeba pamiętać, iż kontratypy pozwalają na naruszenie dóbr prawnych mających wartość społeczną, a w związku z tym może pojawić się obawa, że spowodują one osłabienie funkcji ochronnej prawa karnego. Dlatego też postulować należy możliwie precyzyjne określanie okoliczności wyłączających bezprawność kamą czynu. O taką precyzyjność znacznie trudniej, gdy kontratyp opiera się w znacznej mierze na propozycjach wysuwanych w doktrynie i orzecznictwie sądowym. Por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 127–128.

go kosztem innego dobra o mniejszej wartości, inaczej zaś stan rzeczy, w którym dobro poświęcane jest równej lub nawet większej wartości niż dobro ratowane. W pierwszym z tych przypadków mamy do czynienia z zachowaniem społecznie korzystnym i jako takie nie może być ono uznane za kamie bezprawne. Z kolei w przypadku poświęcania dobra prawnego o wartości równej lub większej niż wartość dobra ratowanego trudno mówić o ewidentnej społecznej korzyści wynikającej z takiego zachowania. W grę może tu więc wchodzić jedynie wyłączenie winy jako konsekwencja anormalnej sytuacji motywacyjnej sprawcy. Podkreślenia wymaga, że potrzeba wyróżnienia dwóch różnych, co do charakterem prawnego, oblicz stanu wyższej konieczności dawała się wyraźnie zauważyć już na gruncie kodeksów karnych z 1932 r. i z 1969 r. Mimo bowiem, iż w kodeksach tych stan wyższej konieczności unormowany był w sposób jednolity, to w doktrynie i orzecznictwie przeprowadzano jego rozróżnienie na kontratyp i okoliczność wyłączającą winę⁷.

Art. 26 § 1 k.k., który stanowi o omawianym stanie wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność karną czynu, wyznacza następujące przesłanki warunkujące jego zaistnienie:

- bezpośrednie niebezpieczeństwo,
- grożące jakimkolwiek dobrem chronionemu prawem,
- niebezpieczeństwa tego nie można inaczej uniknąć niż przez poświęcenie innego dobra chronionego prawem (zasada subsydialności),
- osoba poświęcająca to dobro działa w celu uchylenia owego niebezpieczeństwa,
- dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego (zasada proporcjonalności).

II. NIEBEZPIECZEŃSTWO I JEGO BEZPOŚREDNIOŚĆ

Z lingwistycznego punktu widzenia niebezpieczeństwem jest stan, sytuacja, położenie grożące czymś złym, zagrażające komuś⁸. Takie jednak ujęcie z powodu swej niedostatecznej precyzyjności nie jest wystarczające dla dogmatyki prawa karnego, a tym bardziej dla praktyki jego stosowania⁹. Dlatego też prawnicy, dążąc do precyzyjniejszego określenia niebezpieczeństwa, konstruują różne jego definicje. Często opierają się one na odmiennych kryteriach i służą innym celom, a przez to znacznie się od siebie różnią¹⁰. Nie rozwijając szerzej tego złożonego problemu, wydaje się, iż najwłaściwszym, najlepiej odpowiadającym specyfice stanu wyższej konieczności ujęciem niebezpieczeństwa jest uznanie go za sytuację (stan), w której zachodzi prawdopodobieństwo nastąpienia ujemnego skutku.

⁷ Szerzej na ten temat zob. np. J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 162–163; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 332.

⁸ M. Szymczak (red. nauk.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1993, s. 321.

⁹ G. Łabuda, *Przyczynek do koncepcji niebezpieczeństwa w prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2004, z. 2, s. 78.

¹⁰ Szerzej na ten temat zob. chociażby M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego – Prawo 1955, nr 1, s. 152–155.

Taka też definicja dominuje wśród przedstawicieli współczesnej doktryny polskiego prawa karnego¹¹.

Pewne wątpliwości może jednak wzbudzić tutaj kwestia, czy tak ujmowane niebezpieczeństwo winno być rozumiane w sposób subiektywny, tj. uzależniony od stanu świadomości osoby podejmującej działanie w stanie wyższej konieczności, czy też w sposób obiektywny, tj. niezależnie od tej świadomości, poprzez ocenę realności jego istnienia.

Zwolennicy subiektywizacji niebezpieczeństwa zawsze stanowili w doktrynie polskiego prawa karnego mniejszość. Zaliczyć do nich można G. Łabudę¹², który podnosi, że jeżeli obiektywność niebezpieczeństwa uznać za jednolitość postrzegania danego zjawiska przez wszystkie lub większość podmiotów poznających to zjawisko, to takiej jednolitości nie będzie można uzyskać, gdyż każdy podmiot poznający rzeczywistość posiada, inaczej od pozostałych, choćby w minimalnym stopniu ukształtowane zdolności percepcyjne oraz inny system wartości świata zewnętrznego. Tak więc o obiektywności niebezpieczeństwa nie może być mowy, a w związku z tym należy je oceniać subiektywnie, czyli tylko i wyłącznie przez pryzmat postrzegania danego podmiotu poznającego rzeczywistość. Do elementu subiektywnego zdaje się też nawiązywać A. Spotowski¹³, wskazując, iż niebezpieczeństwo nie może być rozpatrywane w oderwaniu od pewnej hierarchii wartości, a tym samym od osoby ustalającej lub przyjmującej tę hierarchię.

Tak przedstawiane, subiektywne ujęcie niebezpieczeństwa słusznie zostało zanegowane w polskiej doktrynie prawa karnego, która w sposób zdecydowany opowiedziała się za ujęciem obiektywnym¹⁴. Odwoływanie się bowiem do elementów subiektywnych spowodowałoby, iż ocena niebezpieczeństwa określonych stanów faktycznych byłaby uzależniona w zasadzie od dowolnej i nieweryfikowalnej interpretacji podmiotu działającego w stanie wyższej konieczności. W takiej sytuacji za niebezpieczne, w rozumieniu art. 26 § 1 k.k., należałoby uznać także takie zjawisko, które w powszechnym odczuciu nie niesie ze sobą żadnego prawdopodobieństwa nastąpienia ujemnego skutku, lecz w taki sposób zostało ono ocenione przez podmiot znajdujący się w jego obliczu. Nie trzeba przy tym chyba dodawać, jak skrajnie subiektywna i zaskakująca może to być

¹¹ W ten sposób ujmują niebezpieczeństwo m.in. J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 143; M. Grażawski, *Ochrona człowieka w stanie wyższej konieczności*, w: S. Pikulski (red.), *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, Olsztyn 2003, s. 243; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 79; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 270; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 333; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 178.

¹² G. Łabuda, *Przyczynek do koncepcji...*, op. cit., s. 84–85, 96.

¹³ A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, op. cit., s. 19.

¹⁴ Tak m.in. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 212; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 289; M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa...*, op. cit., s. 158–160; M. Filar, w: O. Gómiok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 80; M. Filar, *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 18, s. 23; T. Hanausek, *Uwagi o naturze niebezpieczeństwa jako zjawiska obiektywnego i dynamicznego*, w: M. Cieślak (red.), *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*, Warszawa 1959, s. 76; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 79; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 236.

ocena. Trafną tego ilustrację daje M. Cieślak¹⁵, stwierdzając, że decydujące dla oceny niebezpieczeństwa nie powinno być to, co sądzi o swoim zachowaniu dziecko wyciągające rękę do płomienia świecy, lecz to, co o takim postępowaniu sądzi się na podstawie doświadczenia zdobytego w drodze praktyki społecznej.

Nie może więc budzić wątpliwości, iż niebezpieczeństwo grożące dobru chronionemu prawem musi być rzeczywiste, tzn. zachodzić realnie, obiektywnie. Należy jednocześnie podkreślić, że stan świadomości osoby, która uroiła sobie nieistniejące w sposób obiektywny niebezpieczeństwo, nie jest nieistotny dla karnoprawnej oceny jej zachowania. W grę będzie tu bowiem wchodzić, w zależności od proporcji między wartością dobra rzekomo zagrożonego a wartością dobra poświęcanego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę.

Warto zauważyć, iż niebezpieczeństwo będące sytuacją (stanem), w której zachodzi prawdopodobieństwo nastąpienia ujemnego skutku, może przybrać różną postać. Najczęściej jest ono ujmowane jako wynik zdarzenia nagłego i niespodziewanego, trwającego stosunkowo krótko. Nie wyczerpuje to jednak jego istoty, gdyż równie dobrze może trwać ono przez dłuższy okres bądź wynikać z pewnego długotrwałego rozwoju sytuacji (np. stanu chorobowego)¹⁶.

Zgodnie z treścią art. 26 § 1 k.k., niebezpieczeństwo grożące dobru prawemu musi być bezpośrednie. Ta cecha niebezpieczeństwa jest jedną z najbardziej kontrowersyjnych przesłanek warunkujących stan wyższej konieczności¹⁷. Interpretuje się ją w różny sposób, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Generalnie można jednak prezentowane tam poglądy pogrupować w trzy zasadnicze kierunki interpretacyjne¹⁸.

Pierwszy z nich utożsamia pojęcie bezpośredniości z pojęciem bliskości czasowej. Polega to na tym, iż bezpośredniość wynika z samej sekwencji czasowej pomiędzy zjawiskami, bez znaczenia są natomiast cechy lub charakter związku przyczynowego zachodzącego między nimi¹⁹. W polskiej doktrynie prawa karnego zwolennikiem tego kryterium jest J. Balia²⁰, który stwierdza, że nie jest bezpośrednim takie niebezpieczeństwo, które „będzie zagrażało dopiero jutro lub w innym odległym terminie”. Zbliżonej interpretacji zdaje się także dokonywać

¹⁵ M. Cieślak, *Pojęcie niebezpieczeństwa...*, op. cit., s. 158–159.

¹⁶ A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 334; K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 237.

¹⁷ Należy jednak zauważyć, iż nie wszyscy przedstawiciele doktryny są przekonani o potrzebie istnienia elementu bezpośredniości jako warunku statuującego stan wyższej konieczności. Jego sens kwestionuje mianowicie G. Auscaler, który uważa, że nie ma potrzeby wyodrębniania warunku bezpośredniości, gdyż ten mieści się w zasadzie subsydialności. Por. G. Auscaler, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 184–185. Argumentacja G. Auscalera nie wydaje się jednak przekonująca. Zob. też na ten temat W. Radecki, *Stan wyższej konieczności na tle aktualnych potrzeb praktyki*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1978, nr 22, s. 117.

¹⁸ T. Hanausek, *Element bezpośredniości jako znamię niektórych typów przestępstw*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 12, s. 907–910.

¹⁹ Ibidem, s. 907–908. Zob. także M. Grążawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 243; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 31; Z. Mirgos, *Stan wyższej konieczności na tle ustawodawstwa karnego PRL oraz innych państw*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1989, nr 54, s. 50; W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 117.

²⁰ J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 186.

I. Andrejew²¹, odmawiający przymiotu bezpośredniości niebezpieczeństwu grożącemu dopiero w przyszłości. Podobnie wypowiadają się też S. Goczałkowski i H. Wąsowski²², przeciwstawiający pojęciu bezpośredniego niebezpieczeństwa niebezpieczeństwo pośrednie, przez co rozumieją taki jego rodzaj, który grozi dopiero w przyszłym czasie. Również L. Gardocki²³ mówi o bezpośrednim niebezpieczeństwie jako o zagrażającym dobru prawnemu w najbliższej przyszłości, a nie w przyszłości na tyle odległej, że nie ma konieczności natychmiastowego podejmowania decyzji ratowania tego dobra kosztem innego. W podobnym tonie, lecz znacznie szerzej, wypowiada się na ten temat także A. Spotowski²⁴, który podkreśla, iż w kontekście stanu wyższej konieczności bezpośrednie niebezpieczeństwo należy rozumieć jako zjawisko aktualne, obecne, zachodzące w danej chwili. Autor ten krytykuje jednocześnie ustalanie bezpośredniości niebezpieczeństwa na podstawie kryterium prawdopodobieństwa przeistoczenia się go w utratę zagrożonego dobra, podnosząc, że stopień prawdopodobieństwa nastąpienia ujemnego skutku nie zawsze ma wpływ na możliwość przeciwdziałania, a przy stanie wyższej konieczności chodzi przecież o wykorzystanie szansy uchylecia niebezpieczeństwa. Ten sposób ujmowania przesłanki bezpośredniości nie jest też obcy orzecznictwu. Dla przykładu można tu wskazać chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 16 czerwca 1998 r.²⁵, w którym odwołując się do powyższych zapatrywań A. Spotowskiego, posłużono się kryterium bliskości czasowej.

Taka interpretacja elementu bezpośredniości dotknięta jest wieloma wadami, a w związku z tym stosowanie jej budzi istotne wątpliwości. Trafnie podnosi się, iż posługiwanie się kryterium bliskości czasowej spowoduje, że nawet stosunkowo małe prawdopodobieństwo nastąpienia ujemnego zdarzenia będzie należało kwalifikować jako bezpośrednie, jeśli tylko można się go spodziewać w najbliższej chwili²⁶. Ponadto ujęcie to zdaje się nie uwzględniać sytuacji, w których samo zdarzenie negatywne jest czasowo odległe, ale jeżeli działania ratunkowe nie zostaną podjęte natychmiast, to zapobieżenie temu zdarzeniu będzie w przyszłości niecelowe, gdyż nie odwróci już niebezpieczeństwa²⁷. Taki stan rzeczy byłby nie do przyjęcia. Dlatego też taką interpretację bezpośredniości trzeba uznać za niewłaściwą, choć nie należy kategorycznie odrzucać kryterium bliskości czasowej, które może okazać się pomocne przy badaniu złożonych stanów faktycznych występujących w praktyce, lecz jedynie jako kryterium drugorzędne²⁸.

²¹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1980, s. 210.

²² S. Goczałkowski, H. Wąsowski, *Stany konieczności w polskim kodeksie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1933, nr 4, s. 34.

²³ L. Gardocki, *Prawo karne*, op. cit., s. 116.

²⁴ A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, op. cit., s. 271–272.

²⁵ II AKa 91/98, *Apelacja. Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych. Sąd Apelacyjny w Lublinie*, Lublin 1998, nr 4, s. 10–13.

²⁶ M. Cieślak, *Indywidualne zagrożenie życia (Na marginesie art. 153 projektu kodeksu karnego Polski Ludowej)*, „Nowe Prawo” 1952, nr 4, s. 19.

²⁷ M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 243; A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności...*, op. cit., s. 31–32; T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 908.

²⁸ T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 908.

Drugi kierunek interpretacyjny ujmuje element bezpośredniości jako wskaźnik usytuowania w ciągu przyczynowym zdarzenia, będącego przez ten element charakteryzowane. Zgodnie z tym ujęciem bezpośrednio jest takie zdarzenie, które od drugiego zdarzenia, następującego po nim w łańcuchu przyczynowym, nie jest oddzielone żadnym innym ogniwem²⁹. Tak więc na miano bezpośredniości zasługuje tylko niebezpieczeństwo powodujące naruszenie dobra prawnego bez żadnych sytuacji pośrednich. Naruszenie to jest w tym układzie ogniwem następującym bezpośrednio po owym niebezpieczeństwie.

W tym kierunku interpretacyjnym idą wypowiedzi K. Buchały³⁰, który podnosi, iż ze znamieniem bezpośredniości mamy do czynienia wówczas, gdy nie zachodzi konieczność włączenia się dalszych ogniw pośrednich między niebezpieczeństwo a naruszenie dobra, aby owo naruszenie mogło nastąpić, gdyż sytuacja ta, na skutek wewnętrznej dynamiki, będzie według obiektywnej oceny rozwijać się w kierunku tego naruszenia. Również M. Filar³¹ zdaje się odwoływać do tego kryterium. Stwierdza on bowiem, że niebezpieczeństwo jest bezpośrednio, jeżeli płynące z niego ryzyko uszczuplenia lub unicestwienia dobra prawnego jest takie, iż wedle dającego się przewidzieć, na podstawie dynamiki konkretnego zdarzenia, przebiegu przyczynowości następnym ogniwem tego przebiegu, bez konieczności włączania się żadnych ogniw dodatkowych lub pośrednich, może być już tylko naruszenie lub unicestwienie tego dobra. Także J. Lachowski³² uważa to kryterium za najbardziej prawidłowe, uznając, iż pozwala na precyzyjne ustalenie chwili, w której niebezpieczeństwo uzyskuje cechę bezpośredniości.

Tak ujmowany kierunek interpretacyjny z pewnością jest prawidłowy semantycznie, gdyż słowo „bezpośredni” w istocie wskazuje na brak elementów pośrednich między dwoma zjawiskami³³. Trudno mu natomiast przyznać większe znaczenie na gruncie prawa karnego. Podnosi się bowiem, że skoro bezpośredniość niebezpieczeństwa, w skali ocen społecznej szkodliwości, zawiera wyższy stopień nasilenia niż jego pośredniość, to o tej proporcji decyduje prawdopodobieństwo przerodzenia się niebezpieczeństwa w naruszenie, nie zaś jego miejsce w ciągu przyczynowym. Tym bardziej, iż z samego następstwa zjawisk jednego po drugim nie zawsze wynika istnienie między tymi zjawiskami powiązania przyczynowego³⁴. Wskazuje się ponadto, że przyjęcie takiej koncepcji bezpośredniości może nieść za sobą poważne trudności w jej praktycznym stosowaniu³⁵. W związku z powyższym także i ten kierunek interpretacyjny należy uznać za wadliwy.

²⁹ Ibidem.

³⁰ K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 290.

³¹ M. Filar, w: O. Gómiok (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 80; M. Filar, *Nowa kodyfikacja...*, op. cit., s. 24.

³² J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 83.

³³ Według Słownika języka polskiego słowo „bezpośredni” oznacza tyle co niemający ogniw pośrednich, dotyczący kogoś czy czegoś wprost. Por. M. Szymczak (red. nauk.), *Słownik języka polskiego*, t. I, Warszawa 1993, s. 148. Tę prawidłowość semantyczną zauważa też T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 908.

³⁴ T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 908–909.

³⁵ M. Grążawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 243.

Trzeci kierunek interpretacyjny elementu bezpośredniości ujmuje ją jako wskaźnik wysokiego stopnia prawdopodobieństwa przerodzenia się zjawiska charakteryzowanego tym elementem (np. niebezpieczeństwa) w zjawisko drugie (np. w naruszenie)³⁶. Takie postrzeganie bezpośredniości wydaje się najwłaściwsze. Po pierwsze, pozbawione jest wad, jakimi obarczone są pozostałe kierunki interpretacyjne. Po drugie zaś, prezentowane w doktrynie ujęcie tego kierunku pozwala w sposób najpełniejszy oceniać konkretne stany faktyczne. Jak bowiem wskazuje T. Hanausek³⁷, w każdej sytuacji zachodzić mogą różne zjawiska o różnym wpływie na natężenie prawdopodobieństwa. O stopniu natężenia decydują nie tylko cechy zjawisk zbiegających się, ale także pewne cechy wzajemnych relacji pomiędzy nimi. Dopiero całość tych cech waży na ocenie stopnia prawdopodobieństwa, który odpowiada, bądź nie, elementowi bezpośredniości. Niewykluczone jest przy tym, iż w konkretnym układzie jedna z owych cech uzyska przewagę nad innymi, nie będzie to jednak oznaczać, że to tylko ona spowodowała, iż spełniony został warunek bezpośredniości.

Czynnikami wpływającymi na stopień prawdopodobieństwa może być też bliskość czasowa i usytuowanie w ciągu przyczynowym, czyli czynniki uznawane, zgodnie z przedstawionymi wyżej innymi kierunkami interpretacyjnymi, za stanowiące wyłącznie kryterium oceny bezpośredniości. Tutaj natomiast składają się one, wraz z innymi, na szerszą ocenę danej sytuacji. Podkreśla się jednak przy tym, że wśród wszelkich czynników decydujących o stopniu prawdopodobieństwa najpoważniejszą rolę odgrywać może czynnik nieuchronności nastąpienia zdarzenia, którego prawdopodobieństwo chcemy ustalić. Rzecz jednak w tym, iż nie może on być rozpatrywany w izolacji od innych i traktowany jako zawsze i jednoznacznie ustalający wysoki stopień prawdopodobieństwa³⁸.

Ten kierunek interpretacyjny elementu bezpośredniości akceptowany jest przez zdecydowaną większość doktryny, choć niekiedy poszczególni autorzy ujmują go nieco inaczej³⁹. Znalazł on też akceptację w orzecznictwie. SN w wyroku z 30 maja 1973 r.⁴⁰ podniósł, że przez bezpośrednie niebezpieczeństwo rozumieć należy taką sytuację, w której naruszenie dobra nie musi nastąpić natychmiast, ale ma charakter nieuchronny, a wstrzymanie się od czynności ratowniczych mogłoby powiększyć rozmiar grożącej szkody lub utrudnić zapobieżenie jej.

Akceptując taki sposób rozumienia tej przesłanki, który odnosi ją do odpowiednio wysokiego stopnia prawdopodobieństwa przerodzenia się zjawiska charakteryzowanego tym elementem w zjawisko drugie, siłą rzeczy nasuwa się py-

³⁶ T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 910.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Zob. chociażby M. Grązawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 243; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, op. cit., s. 31–32; K. Indeki, A. Liszewska, *Prawo karne...*, op. cit., s. 130; L. Lemell, *Wykład prawa karnego – część ogólna*, 1.1, Warszawa 1969, s. 228–229; A. Maiek, J. Salko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–99). Piśmiennictwo*, Kraków 2000, s. 32; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 50–51; W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 117; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 152.

⁴⁰ III KR 6/73, Lex, nr 21565.

tanie o to, jak wysoki stopień prawdopodobieństwa musi wystąpić, aby można było mówić o bezpośredniości. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, nauka wytworzyła szereg koncepcji, jednak żadna z nich nie zyskała szerszego uznania⁴¹. Zarzucano im zbytnią niedookreśloność i ogólność, co doprowadziło ostatecznie do wniosku, iż stworzenie abstrakcyjnego modelu odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa jest niemożliwe. W związku z tym pojawił się postulat rezygnacji z teoretycznego konstruowania takiego modelu („dogmatyczna kapitulacja”) i pozostawienia tej oceny organom stosującym prawo⁴². Wydaje się, że postulat ten jest jedynym racjonalnym rozwiązaniem tej sytuacji. Prawidłowe określenie stopnia prawdopodobieństwa gwarantowane jest bowiem jedynie przez dogłębne i kompleksowe zbadanie interesującej nas sytuacji, obejmujące zarówno zachodzące w niej zjawiska, jak i ich wzajemne relacje i dynamikę. Taka analiza nie może się opierać na hipotetycznym szablonie, lecz musi się odnosić do konkretnych warunków badanego stanu faktycznego. Koncepcje teoretyczne mogą jedynie wskazywać metodę prawidłowego ustalania stopnia prawdopodobieństwa, choć i wówczas należy pamiętać, iż wyznaczenie jakiegś jego granicy mającej znaczenie we wszystkich przypadkach jest niemożliwe⁴³.

Przy analizie bezpośredniości niebezpieczeństwa, ujmowanej jako odpowiednio wysokie prawdopodobieństwo nastąpienia jakiegoś negatywnego zdarzenia, może pojawić się także pytanie, czy możliwe jest ustalenie tego elementu wówczas, gdy owo zdarzenie nie wystąpiło. A ściślej, czy można stwierdzić, że niebezpieczeństwo było bezpośrednie również i wtedy, gdy nie nastąpiło w jego wyniku naruszenie dobra prawnego⁴⁴. Nie rozwijając szerzej tego zagadnienia, należy stwierdzić, iż naruszenie dobra chronionego prawem nie musi nastąpić, aby można było przyjąć bezpośredniość niebezpieczeństwa. Wynika to z tego, że przecież nie każde bezpośrednie niebezpieczeństwo wywołuje takie naruszenie. W doktrynie dla ilustracji tego stanowiska podawany jest wyrazisty przykład (powstały na gruncie rozważań dotyczących usiłowania) żołnierzy uczestniczących w ataku na pozycje nieprzyjaciela, którzy mimo gradu kul przeżyli szturm⁴⁵. Akceptując założenie o braku bezpośredniego niebezpieczeństwa w przypadku nienastąpienia naruszenia dóbr prawnych, należałoby stwierdzić, iż owi szturmujący żołnierze nie znajdowali się w sytuacji takiego zagrożenia. O nim bowiem mogłaby być mowa jedynie wówczas, gdyby ich życie lub zdrowie zostało naruszone. Trzeba przyznać, że tak absurdalne konsekwencje poglądu o konieczności naruszenia dóbr prawnych, aby można było przyjąć, iż znajdowały się one w bezpośrednim niebezpieczeństwie, nie pozwalają na jego akceptację. Tak więc należy uznać, że naruszenie dóbr chronionych przez prawo nie jest warunkiem

⁴¹ Szerzej na ten temat zob. T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 910–912; G. Łabuda, *Przyczynek do koncepcji...*, op. cit., s. 92–93.

⁴² G. Łabuda, *Przyczynek do koncepcji...*, op. cit., s. 93.

⁴³ T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 912.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 59–60.

sine qua non bezpośrednio niebezpieczeństwa zagrażającego tym dobrom. Taki pogląd prezentowany jest też we współczesnej doktrynie prawa karnego⁴⁶.

Jeżeli chodzi o źródła grożące bezpośrednio niebezpieczeństwa, które może być uchylone w warunkach stanu wyższej konieczności, to obowiązująca ustawa karna nie przewiduje tu żadnych ograniczeń. Pozwala to na bardzo szerokie ujmowanie ich zakresu. Przyjmuje się więc, że źródłem niebezpieczeństwa może być m.in. zachowanie się człowieka, zachowanie się zwierząt, działanie sił przyrody⁴⁷. Przy czym należy pamiętać, iż źródłem takim nie może być zachowanie człowieka, które podejmowane jest przez niego w ramach przysługujących mu uprawnień lub ciążących na nim obowiązków, czyli zgodnie z prawem⁴⁸.

III. DOBRA PRAWNE RATOWANE I POŚWIĘCANE W WARUNKACH STANU WYŻSZEJ KONIECZNOŚCI

Z art. 26 § 1 k.k. wynika wprost, iż w ramach stanu wyższej konieczności można uchylać bezpośrednio niebezpieczeństwo grożące jakimkolwiek dobrem chronionemu prawem. Takie sformułowanie tego przepisu pozwala na stosowanie omawianej instytucji do ratowania w zasadzie wszystkich dóbr, oczywiście, o ile podlegają one ochronie prawnej. Nie ma przy tym znaczenia, czy ochronę tę zapewniają przepisy prawa karnego, cywilnego, czy też innej jego gałęzi⁴⁹. Godzi się jednak zauważyć, że w rozumieniu art. 26 k.k. nie będzie dobrem chronionym takie dobro, które generalnie jest objęte ochroną prawa, lecz w danej sytuacji podlega prawnemu ograniczeniu, np. nie będzie dobrem chronionym wolność osoby, jeżeli została jej ona pozbawiona prawomocnym wyrokiem sądowym, a w związku z tym samouwolnienie z zakładu karnego nie może być rozpatrywane na gruncie stanu wyższej konieczności⁵⁰.

Dobrami prawnymi, które mogą być ratowane w warunkach stanu wyższej konieczności, są w równej mierze dobra indywidualne (np. życie, zdrowie, mienie), jak i społeczne (np. bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny)⁵¹. Nie ma

⁴⁶ T. Hanausek, *Element bezpośredniości...*, op. cit., s. 913; G. Łabuda, *Przyczynek do koncepcji...*, op. cit., s. 88–89.

⁴⁷ Tak chociażby T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2002, s. 147; J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 143; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 87; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 29; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 236.

⁴⁸ Tak m.in. J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 143; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 90–91; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 334; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 236.

⁴⁹ Tak m.in. M. Filar, w: O. Gómiok (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 81; M. Filar, *Nowa kodyfikacja...*, op. cit., s. 24; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 55; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 337.

⁵⁰ Tak m.in. M. Filar, w: O. Gómiok (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 81; M. Filar, *Nowa kodyfikacja...*, op. cit., s. 24; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 59–60; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 82; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 334–336.

⁵¹ Tak m.in. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 212; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 82; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 337–338.

także różnicy, czy mają one charakter majątkowy, czy też przedstawiają wartość niemajątkową⁵².

Jak podają S. Goczałkowski i H. Wąsowski⁵³, w literaturze francuskiej podnoszono niekiedy zastrzeżenia co do możliwości powoływania się osób trzecich ratujących cudze dobra prawne na stan wyższej konieczności. Wskazywano tam mianowicie, iż taka interwencja osoby postronnej, niezainteresowanej w wyniku zaistniałego konfliktu dóbr, byłaby możliwa tylko wówczas, gdyby dobra te przedstawiały różną wartość. Jeżeli natomiast miałyby one równą wartość, wówczas działanie osoby trzeciej w warunkach omawianej instytucji byłoby wykluczone.

Takie zróżnicowanie dopuszczalności powoływania się na stan wyższej konieczności, w zależności od tego, kto podejmuje działania mające na celu ratowanie zagrożonego dobra, nie znalazło w polskiej doktrynie prawa karnego zwolenników. Tutaj bowiem zgodnie przyjmuje się, że w ramach tego kontratypu działać może nie tylko dzierzyciel zagrożonego dobra prawnego, ale także osoba trzecia. Przy czym dla rozróżnienia takich sytuacji od działań samej osoby zainteresowanej określa się je niekiedy mianem pomocy koniecznej⁵⁴. Jest to stanowisko słuszne, w pełni odpowiadające treści art. 26 § 1 k.k. mówiącego przecież o ratowaniu jakiegokolwiek dobra chronionego prawem, a więc także dobra, które należy do innej osoby. Wobec takiego, niebudzącego wątpliwości sformułowania przepisu ograniczanie stanu wyższej konieczności tylko do działań osób, których dobra są zagrożone, byłoby nieuprawnionym zawężaniem zakresu podmiotowego tej instytucji. Z pewnym zastrzeżeniem występuje tu jednak K. Buchała⁵⁵. Podnosi on mianowicie, iż co prawda pomoc konieczna jest dopuszczalna, ale wymaga ona aprobaty samego zainteresowanego. Uwagę tę należy uznać za słuszną, lecz jedynie w tych przypadkach, gdy zainteresowany jest dysponentem zagrożonego dobra, a więc może nim swobodnie rozporządzać, w tym także godzić się na jego unicestwienie. Natomiast w sytuacji gdy niebezpieczeństwem dotknięte jest dobro zainteresowanego nieznajdujące się w jego swobodnej dyspozycji, np. życie, wówczas dla możliwości jego ratowania przez osobę trzecią w warunkach stanu wyższej konieczności nie ma znaczenia, czy działanie to jest przez niego aprobowane.

W dawniejszej literaturze wątpliwości budziła także kwestia, czy stan wyższej konieczności jest dopuszczalny w przypadku tożsamości osoby, której dobra są ratowane i poświęcane. J. Makarewicz⁵⁶, negując możliwość przeprowadzenia

⁵² Tak m.in. K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 290; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 51–52; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 337–338.

⁵³ S. Goczałkowski, H. Wąsowski, *Stany konieczności...*, op. cit., s. 35.

⁵⁴ Zob. chociażby G. Auscaler, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 189; S. Goczałkowski, H. Wąsowski, *Stany konieczności...*, op. cit., s. 35; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 4, 70; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 338.

⁵⁵ K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 290. Odmienne J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 72–73.

⁵⁶ J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów–Warszawa 1924, s. 182.

zabiegu operacyjnego ratującego życie pacjenta wbrew jego woli na podstawie ogólnej konstrukcji stanu wyższej konieczności, uzasadniał to m.in. identycznością osoby ratowanej i pokrzywdzonej. Także S. Cypin⁵⁷ wykluczał w takiej sytuacji powoływanie się na tę instytucję, twierdząc, że podstawowym wymogiem jej zaistnienia jest to, aby akcja ratunkowa podmiotu, którego dobra są zagrożone, skierowana była na sferę prawną osoby postronnej. We współczesnej doktrynie prawa karnego do powyższych zapatrywań zdaje się nawiązywać E. Zielińska⁵⁸.

Na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy karnej pogląd J. Makarewicza i S. Cypina nie może mieć racji bytu, brak tu bowiem podstaw dla jego uzasadnienia. Z art. 26 § 1 k.k. wynika wyraźnie możliwość działania kogokolwiek w celu ratowania jakiegokolwiek dobra prawnego, dlatego też trudno wyłączać z tego zakresu osobę, która ratuje dobro prawne zainteresowanego, kosztem poświęcenia innego należącego do niego dobra. Nie sposób także doszukać się uzasadnienia takiego ograniczenia na podstawie argumentów leżących poza literalnym brzmieniem owego przepisu. Trzeba przy tym podkreślić, iż przyjęcie tego stanowiska wprowadzałoby niezrozumiałe zawężenie ratowania dóbr prawnych, np. na działanie w stanie wyższej konieczności nie mogłaby się powołać osoba, która ratując życie właściciela płonącego domu, niszczy drzwi wejściowe tego budynku, aby uwolnić stamtąd owego właściciela – w sytuacji tej bowiem zachodzi tożsamość osoby ratowanej (życie właściciela) i dotkniętej uszczerbkiem wynikającym z akcji ratowniczej (mienie właściciela w postaci drzwi). Natomiast zgoła inaczej należałoby ocenić sytuację, gdyby osoba zagrożona pożarem znajdowała się w płonącym domu należącym do kogoś innego. Wówczas niszcząc drzwi tego domu w celu uratowania tej osoby, poświęcałoby się dobro kogoś innego niż ratowanego, a więc miałby miejsce stan wyższej konieczności. Przyjęcie takiego zróżnicowania byłoby więc zupełnie nieracjonalne.

Obowiązująca ustawa karna nie wprowadza także żadnych ograniczeń co do charakteru poświęcanego dobra prawnego. Może być ono indywidualne, jak i społeczne, majątkowe bądź przedstawiające wartość niemajątkową, własne lub należące do kogoś innego⁵⁹. Mając jednakże na uwadze, iż uchybienie takiemu dobm musi stanowić realizację znamion typu czynu zabronionego (w innym bowiem wypadku powoływanie się na omawianą instytucję jako okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną byłoby zbędne), trzeba przyjąć, że nie jest objęte stanem wyższej konieczności poświęcenie dobra własnego, którym ma się prawo swobodnie dysponować⁶⁰.

⁵⁷ S. Cypin, *Konieczność wyższa*, op. cit., s. 741; S. Cypin, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 12, 16.

⁵⁸ E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 81.

⁵⁹ J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 74–76; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 48; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 239.

⁶⁰ A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 239. Zob. też J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 9.

IV. ZASADA SUBSYDIARNOŚCI

Kolejną z przesłanek warunkujących możliwość powołania się na stan wyższej konieczności, określaną w doktrynie mianem zasady subsydiarności⁶¹, jest niemożność uniknięcia niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio dobru chronionemu prawem w odmienny sposób niż przez poświęcenie kolidującego z nim innego dobra prawnego. Mimo takiego ujęcia tego warunku, co wynika ze sformułowania art. 26 § 1 k.k., subsydiarność w rzeczywistości nie oznacza możliwości uniknięcia zachodzącego niebezpieczeństwa, lecz chodzi tu o możliwość uniknięcia wynikających z niego ujemnych skutków. Warunkiem bowiem istnienia stanu wyższej konieczności jest występowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnemu, a więc nie można go uniknąć, skoro zachodzi już ono jako element konstytutywny tej instytucji. Wobec tego działanie w ramach omawianego kontratypu ma na celu zapobieżenie ujemnym następstwom już zaistniałego niebezpieczeństwa i dlatego też kodeksowy zwrot „jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć” należy rozumieć, „jeżeli ujemnych następstw niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć”⁶².

Tak więc z wyłączeniem bezprawności zachowania w warunkach stanu wyższej konieczności będziemy mieli do czynienia jedynie wówczas, gdy poświęcenie dobra prawnego było jedyną możliwością zapobieżenia ujemnym następstwom bezpośrednio grożącego niebezpieczeństwa. Natomiast, gdyby istniała jakakolwiek inna alternatywa uniknięcia tych następstw, należałoby z niej skorzystać, a nie uchybiać innemu dobru chronionemu prawem. Trzeba jednak podkreślić, że te alternatywne rozwiązanie musi być realne⁶³, a ponadto winno się charakteryzować podobną skutecznością do tego, które polega na poświęceniu innego dobra prawnego⁶⁴.

Z zasady subsydiarności wynika jeszcze jedna dyrektywa postępowania, a mianowicie, aby działając w stanie wyższej konieczności, czynić to z jak największą oszczędnością w stosunku do poświęcanego dobra prawnego, nie przekraczając miary rzeczywiście koniecznej dla uchylecia negatywnych następstw grożącego bezpośrednio niebezpieczeństwa⁶⁵.

⁶¹ Tak m.in. I. Andrejew, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 210; K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 291; W. Świda, *Prawo karne*, op. cit., s. 153; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 339; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, op. cit., s. 179.

⁶² A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, op. cit., s. 272–273. Zob. też J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 134.

⁶³ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 213; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 135; W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 118.

⁶⁴ Zob. chociażby T. Bojarski, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 148, który mówi o działaniu w stanie wyższej konieczności jako jedynym możliwym, spośród skutecznych, środkiem do zastosowania.

⁶⁵ Tak m.in. A. Grześkowiak, w: A. Marek (red.), *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 127; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 138–139; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 29; W. Pigulska, *Diagnostyka zakażeń HIV a prawo karne*, Poznań 1998, s. 97; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 138; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 238.

Tak ujmowana zasada subsydialności wskazuje na *ultima ratio* stanu wyższej konieczności⁶⁶, jak również zapewniać ma ochronę praw człowieka, którego dobra prawne mogłyby zostać poświęcone dla ratowania dobra cudzego⁶⁷.

V. CEL DZIAŁANIA OSOBY POŚWIĘCAJĄCEJ DOBRO PRAWNE

Z treści art. 26 § 1 k.k. wynika *expressis verbis*, iż poświęcający dobro chronione prawem dla ratowania innego dobra prawnego musi działać w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego ratowanemu dobru. Spełnienie tej celowości działania wymaga, aby osoba znajdująca się w sytuacji zagrożenia dla tego dobra miała świadomość istnienia takiego stanu rzeczy, co z kolei motywuje ją do podjęcia starań zmierzających do uchylenia wynikających z niego ujemnych następstw (uratowania dobra prawnego)⁶⁸.

Przesłankę tę określa się niekiedy mianem podmiotowej strony działania w stanie wyższej konieczności⁶⁹, bądź też jej stroną subiektywną⁷⁰.

Nieświadomość grożącego bezpośrednio niebezpieczeństwa bądź działanie w innym celu niż jego uchylenie wyłącza możliwość powołania się na omawianą instytucję nawet wówczas, gdy sprawca w wyniku swojego zachowania rzeczywiście uratował jakieś dobro prawne⁷¹. Natomiast błędne przyjęcie istnienia owego niebezpieczeństwa, a więc urojony stan wyższej konieczności, należy rozpatrywać na gruncie błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę, w zależności od proporcji wartości dobra, które miało być zagrożone urojonym niebezpieczeństwem, w stosunku do wartości dobra poświęcanego dla jego uniknięcia⁷².

Warto w tym miejscu również zauważyć, że art. 26 § 1 k.k. mówi jedynie o działaniu w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa, nie wspominając nic o skuteczności tego działania. Dlatego też, aby przyjąć stan wyższej konieczności, wystarczy, przy zachowaniu pozostałych przesłanek tej instytucji, sam cel działania w postaci zmierzania do uchylenia niebezpieczeństwa, choćby

⁶⁶ J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 10, 134; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 339.

⁶⁷ M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 244.

⁶⁸ W starszej literaturze, oprócz wskazanych, składających się na celowość działania w stanie wyższej konieczności, elementów świadomości i woli, akcentowano niekiedy także kwestię pobudek, czy też motywów towarzyszących osobie podejmującej takie działania jako przesłanki warunkującej uznanie, że osoba ta ma na celu odwrócenie niebezpieczeństwa. Por. S. Goczałkowski, H. Wąsowski, *Stany konieczności w polskim kodeksie karnym (Dokończenie)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1934, nr 1, s. 15–16. Wydaje się jednak, iż tak szerokie rozumienie warunku „działania w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa” nie znajduje oparcia w treści art. 26 k.k.

⁶⁹ J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 146; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 82–83.

⁷⁰ L. Lemell, *Wykład prawa...*, op. cit., s. 232.

⁷¹ Tak m.in. I. Andrejew, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 210; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 213; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 147; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 82–83; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 241.

⁷² A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 241–242.

nawet nie zostało ono uchylone. Za taką interpretacją art. 26 § 1 k.k. przemawia także to, iż przepis ten stanowi o proporcjonalności dóbr, a nie szkód⁷³.

VI. ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Zasadniczą przesłanką wystąpienia stanu wyższej konieczności jest określona proporcja wartości zachodząca pomiędzy dobrem ratowanym a dobrem poświęcanym. Proporcja ta warunkuje nie tylko samo jego istnienie, lecz nadto pozwala określić, w ramach tej niejednolitej pod względem charakteru prawnego instytucji, czy mamy do czynienia z okolicznością wyłączającą bezprawność kamą czynu, czy też z okolicznością wyłączającą winę. Jeżeli wartość dobra poświęcanego jest niższa od wartości dobra ratowanego, wówczas stan wyższej konieczności przybiera postać kontratypu, a więc czyn popełniony w jego ramach jest legalny. Natomiast w przypadku gdy wartość ta jest równa lub wyższa, lecz nie wyższa w sposób oczywisty⁷⁴, czyn popełniony w warunkach omawianej instytucji pozostaje bezprawny, lecz nie jest on przestępstwem z powodu odpadnięcia elementu zawinienia. W sytuacji gdyby wartość dobra poświęcanego okazała się wyższa w sposób oczywisty od wartości dobra ratowanego, wówczas o działaniu w stanie wyższej konieczności mowy być nie może, choć – w zależności od stopnia dysproporcji wartości kolidujących dóbr – może tu wchodzić jeszcze w grę przekroczenie jego granic (art. 26 § 3 k.k.). Tak ujmowana przesłanka stanu wyższej konieczności w postaci zachowania określonej proporcji kolidujących ze sobą dóbr prawnych określana jest niekiedy w doktrynie mianem zasady proporcjonalności⁷⁵.

Należy zauważyć, że kodeksowy sposób ujęcia zasady proporcjonalności podawany jest w doktrynie poważnej krytyce jako schematyczny i uproszczony, a przez to nieakceptowalny ze względów kryminalnopolitycznych i społecznych⁷⁶. Słusznie podkreśla się, iż ujęcie to stwarza nazbyt wąskie ramy dla oceny

⁷³ W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 121. Zob. też J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 99, 149.

⁷⁴ Przez oczywistość tę należy rozumieć taką dysproporcję wartości między dobrem poświęcanym a dobrem ratowanym, która rzuca się w oczy, jest bezsporna. Por. K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 293; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 122; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 53; W. Świda, *Prawo karne...*, op. cit., s. 153.

⁷⁵ Tak m.in. T. Bojarski, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 148; J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 144; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne...*, op. cit., s. 130; W. Świda, *Prawo karne...*, op. cit., s. 153; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 340.

⁷⁶ Szczególnie wymownie ilustruje to, podawany przez A. Wąska, przykład przymusowego dokonania przeszczepu organu człowieka. Mianowicie, osobie A grozi rychła śmierć z powodu niewydolności nerek. Życie jej może uratować tylko przeszczep chorego organu, przy czym najlepiej aby, z powodu mniejszego ryzyka odrzucenia, była to nerka pochodząca od osoby z nią spokrewnionej. Brat osoby A, będący młodym i zdrowym mężczyzną, odmawia jednak zgody na udzielenie swej nerki do przeszczepu, mimo iż byłaby to jedyna możliwość uratowania życia brata, a sam zabieg nie narażałby dawcy na bezpośrednie niebezpieczeństwo ujemnych skutków. Wobec powyższego, jeżeli w tej sytuacji dokonano by przymusowego przeszczepu nerki brata chorego, wówczas niewykluczone byłoby uznanie tego za działanie w stanie wyższej konieczności będącego kontratypem. Dobrem ratowanym byłoby tu bowiem życie osoby A, dobrem poświęcanym zdrowie i wolność jej brata, a zatem poświęcone zostałyby dobra mniejszej wartości niż dobro ratowane. Zob. A. Wąsek, *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 7, s. 32–33.

sytuacji konfliktowej, w której działa sprawca. Samo bowiem porównanie wartości dóbr poświęcanych i ratowanych – bez uwzględniania innych kryteriów – skutkuje daleko idącą redukcją procesu weryfikacji prawidłowości sposobu rozwiązania tego konfliktu przez sprawcę⁷⁷.

Wartościowanie dóbr prawnych, które zgodnie z zasadą proporcjonalności pozwolić ma na ocenę tego, czy w danej sytuacji zachodzi stan wyższej konieczności, a jeżeli tak, to w jakiej postaci, jest zagadnieniem dość problematycznym. Wynika to przede wszystkim z braku jednolitych i uniwersalnych kryteriów pozwalających na dokonanie takiej oceny, co jest szczególnie widoczne zwłaszcza wówczas, gdy kolidujące ze sobą dobra prawne są różnego rodzaju. W literaturze wskazuje się co najmniej kilka sposobów na dokonanie takiego wartościowania, którym warto przyrzeć się w tym miejscu nieco bliżej. Na wstępie należy jednak podkreślić dwie zasadnicze i niebudzące większych wątpliwości kwestie. Po pierwsze, ocena proporcji winna być badana według stanu faktycznego, jaki istniał w chwili uchylania niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio jednemu dobru kosztem drugiego⁷⁸. Po drugie zaś, wszelkie kryteria wartościowania muszą przybrać w zasadzie charakter obiektywny, wolny od subiektywnych zapatrywań osoby podejmującej działania w celu ratowania zagrożonego dobra. Przyjęcie kryteriów subiektywnych wymuszałoby bowiem badanie dóbr przez pryzmat skali wartości osoby działającej w sytuacji kolizyjnej, a to ze względu na możliwość znacznego jej zróżnicowania w zależności od osoby – mogłoby prowadzić do wyników nieakceptowanych społecznie⁷⁹. Trzeba jednak zauważyć, że w starszym piśmiennictwie pojawiały się głosy, iż ową proporcję należy badać także na podstawie kryteriów subiektywnych⁸⁰. Natomiast w nowszej literaturze podnosi się niekiedy, aby oceny proporcjonalności dokonywać w sposób kompleksowy, tj. z uwzględnieniem zarówno czynników obiektywnych, jak i subiektywnych⁸¹.

Najczęściej wskazywanym kryterium oceny proporcji dóbr prawnych jest intensywność ochrony prawnej, która udzielana jest im przez obowiązującą ustawę karną⁸². Miernikiem tej ochrony ma tu być rodzaj i wysokość sankcji karnych

⁷⁷ Szerzej na ten temat zob. J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 181–182; W. Łuniewski, *Stan wyższej konieczności a zasada proporcjonalności dóbr*, „Palestra” 2002, nr 3–4, s. 40 i n.; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 341; A. Wąsek, *Sporne kwestie...*, op. cit., s. 32–34; A. Wąsek, *Stany konieczności w części ogólnej projektu k.k. z 1991 r.*, w: S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci Profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 105–106.

⁷⁸ J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 123; G. Rejman (red.), *Kodeks karny...*, s. 744.

⁷⁹ Tak m.in. I. Andrejew, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 211; T. Bojarski, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 148; L. Gardocki, *Prawo karne...*, op. cit., s. 117; A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności...*, op. cit., s. 36; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 83–84; W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 119.

⁸⁰ Tak S. Goczałkowski, H. Wąsowski, *Stany konieczności...*, op. cit., s. 37; W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 1932, s. 95–96; J. Potępa, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 9 lutego 1961 r. (IVK 732/61)*, OSP 1963, nr 2, poz. 42, s. 104.

⁸¹ K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne...*, op. cit., s. 132. Podobnie też J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 124–125; G. Rejman (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 745.

⁸² Zob. chociażby I. Andrejew, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 211; A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności...*, op. cit., s. 37; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 31; W. Pigulska, *Diagnostyka zakażeń...*, op. cit., s. 99; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 341–342.

grożących za narażenie lub naruszenie danego dobra, w myśl zasady, że im surowsza kara grozi za atak na określone dobro prawne, tym wyżej ustawodawca je ceni, a więc tym bardziej jest ono wartościowe. Podnosi się jednak, iż jest to w wielu przypadkach kryterium zawodne i niewystarczające, przy ustanawianiu bowiem rodzaju i wysokości sankcji karnej prawodawca bierze pod uwagę nie tylko wartość chronionego danym przepisem dobra prawnego, lecz także szereg innych czynników, takich jak np. względy polityki kryminalnej, tradycja, doświadczenia praktyczne⁸³.

Kolejnym kryterium wartościowania może być systematyka części szczególnej ustawy karnej⁸⁴. Zgodnie z tą koncepcją, systematyka ta jest wyrazem poglądów ustawodawcy na wartość chronionych dóbr, który na czołowych miejscach, a więc w pierwszych rozdziałach części szczególnej kodeksu karnego, umieszcza dobra najcenniejsze. Jest to jednak także kryterium zawodne, gdyż w rzeczywistości określony układ dóbr chronionych w ustawie karnej jest wyrazem nie tylko ich wartości, lecz także innych względów, takich jak np. tradycja ustawodawcza czy też przejrzystość grupowania przewidzianych w niej czynów zabronionych⁸⁵.

Wskazuje się również, aby wartość poszczególnych dóbr prawnych ustalać, przyjmując założenia aksjologiczne, na których oparty jest cały system prawny. Głównym źródłem wiedzy o tych założeniach byłby tu tekst Konstytucji RP i jej preambuły⁸⁶. Odwołując się do tego kryterium, należy jednak pamiętać, iż prawodawca, konstruując system prawny, nie zawsze kieruje się w pełni spójnym systemem aksjologicznym. Wynika to chociażby z tego, że faktycznie istnieje cały szereg podmiotów mających wpływ na tworzenie prawa, a ponadto niektóre z nich są ciałami kolektywnymi⁸⁷. Taki stan rzeczy może znacznie utrudniać odtworzenie rzeczywistej hierarchii wartości, które stanowią podstawę obowiązującego systemu prawnego.

Podnosi się też niekiedy, iż kryteriów oceny proporcjonalności kolidujących ze sobą dóbr prawnych należy szukać w odczuciu społecznym⁸⁸, w doświadczeniu społecznym⁸⁹ czy też w systemie wartości akceptowanym w społeczeństwie⁹⁰.

⁸³ I. Andrejew, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 211; M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 244–245; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 54; W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 119; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 342; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 112.

⁸⁴ T. Bojarski, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 148; K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne...*, op. cit., s. 131; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 342.

⁸⁵ M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 244–245; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 125–126; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 342; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 112. Zob. też A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 393–395, który wskazuje na różne, wynikające nie tylko z wartości chronionych dóbr prawnych, powody wpływające na systematykę części szczególnej kodeksu karnego.

⁸⁶ A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 240.

⁸⁷ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, z. 1, s. 9–10.

⁸⁸ K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 293.

⁸⁹ J. Bafia, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 187.

⁹⁰ M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 245; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 132.

Wydaje się jednak, że takie uniwersalne kryteria we współczesnych realiach nie istnieją, gdyż poszczególne grupy społeczne, jak i składające się na nie jednostki ludzkie prezentują często odmienne, zróżnicowane postawy, oparte na różnej hierarchii akceptowanych wartości. Nie pozwala to więc na reprezentatywne dla całego społeczeństwa ustalenie proporcji między poszczególnymi dobrami prawnymi. Dobrym przykładem ilustrującym relatywność ocen społecznych w tym względzie jest stosunek do czci człowieka. Mianowicie, istnieją w dalszym ciągu grupy społeczne, które cenią część bardzo wysoko, niekiedy nawet wyżej niż życie, z drugiej strony są jednak i tacy, którzy do czci nie przywiązują żadnej wagi⁹¹.

W związku z trudnościami towarzyszącymi stworzeniu samodzielnego i obiektywnego miernika, który pozwalałby na prawidłowe wartościowanie dóbr prawnych znajdujących się w sytuacji kolizyjnej, podnosi się, że dokonywanie takiej oceny nie powinno opierać się na jednym ze wskazanych powyżej abstrakcyjnych kryteriów, lecz winno uwzględniać całokształt okoliczności konkretnego przypadku⁹². Do okoliczności tych zaliczyć należy nie tylko owe kryteria ocen, które można stosować jednocześnie, a następnie konfrontować ich wyniki, lecz także szereg innych czynników towarzyszących osobie podejmującej się ratowania zagrożonego dobra, przy czym powinny one w zasadzie mieć charakter obiektywny. Dopiero tak dokonana kompleksowa ocena danego przypadku pozwoli odpowiedzieć na pytanie o stosunek wartości dobra ratowanego do dobra poświęcanego. Jednak nawet wówczas podnosi się potrzebę istnienia pewnych sztywnych zasad, które pozostawałyby niezmiennie mimo zmiennych okoliczności występujących podczas akcji ratowniczej. Tezę taką stawia W. Radecki⁹³, stwierdzając, iż życie i zdrowie człowieka to dobra o wartości oczywiście większej od dóbr materialnych, a wobec tego dla ich ratowania można poświęcić nawet największe wartości materialne i odwrotnie – ratowanie nawet największych wartości materialnych nie może nigdy usprawiedliwić poświęcenia życia lub zdrowia człowieka.

Tak więc przy kompleksowej ocenie danej sytuacji rozwiązywania kolizji dóbr prawnych należy brać pod uwagę całokształt towarzyszących jej okoliczności, przy czym winny one mieć co do zasady charakter obiektywny. Ich uwzględnienie może spowodować, że określona *in abstracto* pozycja hierarchiczna danego dobra ulegnie zasadniczej zmianie⁹⁴.

⁹¹ A. Agopszowicz, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną w stanie wyższej konieczności* (art. 142 k.c.), Wrocław 1992, s. 36.

⁹² I. Andrejew, *W związku z pracą G. Auscalera „Stan wyższej konieczności w prawie karnym”*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 10–11, s. 600; M. Filar, w: O. Gómiok (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 82; M. Filar, *Nowa kodyfikacja...*, op. cit., s. 27; A. Gubiński, *Wylączenie bezprawności...*, op. cit., s. 37; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 132; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 31; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, op. cit., 3. 84; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 54.

⁹³ W. Radecki, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 120–121. Zob. też M. Grażawski, *Ochrona człowieka...*, op. cit., s. 245; Z. Mirgos, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 50; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 342.

⁹⁴ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, op. cit., s. 5.

W tym miejscu trzeba postawić pytanie o rodzaj owych okoliczności i sposób ich wpływania na wartość kolidujących ze sobą dóbr prawnych. Trudno tu jednak o abstrakcyjną odpowiedź, gdyż zależy ona od specyfiki indywidualnego przypadku. Niemniej można wskazać kilka czynników, które zdają się być szczególnie istotne. Są to:

1. Stopień naruszenia poświęcanego dobra, wówczas gdy ochroną zostanie objęte dobro ratowane⁹⁵. Na przykład abstrakcyjnie rzecz ujmując, zdrowie jest dobrem prawnym cenniejszym niż mienie, jeżeli jednak ratując mienie wielkich rozmiarów, uchybia się zdrowiu osoby w niewielkim stopniu (np. odpowiadającym jedynie naruszeniu nietykalności cielesnej), to może to prowadzić do przewartościowania tych dóbr na gruncie konkretnego stanu faktycznego.
2. Stopień prawdopodobieństwa (ryzyka) unicestwienia lub naruszenia poświęcanego dobra, wówczas gdy ochroną zostanie objęte dobro ratowane⁹⁶. Na przykład abstrakcyjnie rzecz ujmując, rozwój działalności produkcyjnej, jako dobro materialne, jest mniej wartościowe niż zdrowie człowieka. Jednakże w pewnych okolicznościach temu pierwszemu można przyznać większą wagę, powołując się na to, iż rozwój działalności produkcyjnej niesie ze sobą tylko nieznaczne niebezpieczeństwo dla zdrowia człowieka. W tym miejscu warto podkreślić, że nieuwzględnianie tego rodzaju okoliczności i zdecydowanie się na bezwzględną ochronę dóbr *in abstracto* cenniejszych prowadziłyby do całkowitego uniemożliwienia realizacji dóbr mniej wartościowych⁹⁷.
3. Stopień zaspokojenia rzeczywiście odczuwanych potrzeb ludzkich przez poszczególne dobra prawne pozostające ze sobą w konflikcie⁹⁸. Okoliczność ta zawiera w sobie co prawda element subiektywny, lecz mimo to jej znaczenie jest na tyle istotne, iż wydaje się, że powinna ona w pewnych sytuacjach zostać uwzględniona przynajmniej jako kryterium pomocnicze. Nie jest bowiem racjonalne chronienie za wszelką cenę takich dóbr, które utraciły swoją wartość praktyczną i nie służą już zaspokajaniu w ogóle lub w pożądanym stopniu potrzeb ludzkich.
4. Ilość dóbr prawnych, które mają zostać naruszone lub uratowane przy rozwiązywaniu zaistniałej między nimi kolizji (tzw. kryterium ilościowe)⁹⁹. Dwóm lub większej liczbie łącznie ratowanych dóbr może zostać przyznana większa wartość niż pojedynczemu dobru o abstrakcyjnie wyższej pozycji hierarchicznej. Wchodzi tu w rachubę zarówno łączność dóbr jednorodzących (np. o ile łatwo jest ocenić kolizję między uszkodzeniem ciała a mieniem, o tyle

⁹⁵ J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 142–143; J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 141; T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, op. cit., s. 5–6; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 130.

⁹⁶ J. Giezek, *Przyczynowość oraz...*, op. cit., s. 141–142; T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, op. cit., s. 6; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 132–133.

⁹⁷ T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, op. cit., s. 6.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ K. Buchała, *Prawo karne...*, op. cit., s. 293; T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr...*, op. cit., s. 7; A. Gubiński, *Stany konieczności, „Zagadnienia Wykroczeń”* 1976, nr 4–5, s. 65; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, op. cit., s. 37; J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 126–128; W. Łuniewski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 41–42; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 113.

sytuacja znacznie się skomplikuje, gdy w celu odwrócenia grożącego uszkodzenia ciała poświęca się wielkie wartości materialne o znaczeniu ogólnospołecznym¹⁰⁰), różnorodnych (np. ratując dobro w postaci zdrowia poświęca się dobra w postaci wolności i mienia), jak i jednorodnych należących do różnych osób.

5. Stopień zastępowalności dóbr ratowanych i poświęcanych¹⁰¹. Dobrom, o których zastąpienie trudniej w danej sytuacji, można przyznać większą wagę niż dobrom zastępowalnym łatwiej, choćby nawet *in abstracto* były one bardziej wartościowe.
6. Stopień nadawania się do uratowania kolidujących ze sobą dóbr prawnych¹⁰². W konkretnej sytuacji dobro *in abstracto* mniej wartościowe może zyskać na swojej wartości w stosunku do dobra cenniejszego, lecz bardzo trudnego do uratowania.

Dopiero szczegółowa analiza dóbr ratowanych i poświęcanych oparta na wszystkich towarzyszących temu konfliktowi okolicznościach pozwoli na wyznaczenie rzeczywistej ich wartości w rozpatrywanym układzie faktycznym. Ustalona w ten sposób proporcja da podstawę do stwierdzenia, czy w danym przypadku można mówić, oczywiście pod warunkiem spełnienia pozostałych jego przesłanek, o stanie wyższej konieczności, a jeżeli tak, to czy wyłącza on bezprawność, czy jedynie winę.

VII. ZAKOŃCZENIE

Instytucja stanu wyższej konieczności jest niezwykle interesującym zagadnieniem teoretycznym. Określa się ją niekiedy „mikrokosmosem prawa”, gdyż służy rozwiązaniu zadania, przed którym stoi cały system prawny, a mianowicie właściwemu rozgraniczeniu kolidujących ze sobą interesów, przy uwzględnieniu przeciwnych względów słuszności¹⁰³. Ponadto na gruncie prawa karnego skupia ona w sobie centralne pojęcia tej gałęzi prawa, takie jak czyn, bezprawność czy wina¹⁰⁴. Ta teoretyczna atrakcyjność stanu wyższej konieczności nie idzie niestety w parze z zainteresowaniem tą instytucją praktyki stosowania prawa. Można wręcz stwierdzić, że stan wyższej konieczności jest ignorowany w działalności sądów i prokuratur¹⁰⁵. Jest to zjawisko o tyle zastanawiające, iż kodeksowe ujęcie

¹⁰⁰ Przykład zaczerpnięty z A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności...*, op. cit., s. 37.

¹⁰¹ J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne...*, op. cit., s. 142; J. Giezek, *Przyczynowość oraz...*, op. cit., s. 141.

¹⁰² G. Rejman (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 747.

¹⁰³ Takiego określenia stanu wyższej konieczności użył jako pierwszy J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, „Österreichische Zeitschrift für Strafrecht” 1913. Posługują się nim także inni autorzy. Zob. chociażby U. Neumann, *Naczelne zasady...*, op. cit., s. 29; A. Wąsek, *Sporne kwestie*, op. cit., s. 23 i przywołana tam literatura.

¹⁰⁴ A. Wąsek, *Sporne kwestie...*, op. cit., s. 23.

¹⁰⁵ Taki stan rzeczy sygnalizowany jest w doktrynie niemal przez cały okres obowiązywania stanu wyższej konieczności w polskich kodeksach karnych. Zob. chociażby I. Andrejew, *W związku...*, op. cit., s. 594; T. Bojarski, *Z problematyki stanów konieczności w polskim prawie karnym*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga po-*

stanu wyższej konieczności, jako kontratypu i okoliczności wyłączającej winę, jest bardzo szerokie, co niejako predestynuje tę instytucję do powszechnego jej stosowania. Paradoksalnie wydaje się jednak, że szerokie ujęcie stanu wyższej konieczności w polskim prawie karnym może być przyczyną jego nikłego znaczenia praktycznego. Problem ten zauważa A. Wąsek¹⁰⁶, który stwierdza, iż instytucja ta „strzela poza cel”, gdyż zbyt szeroko wyłącza przestępność czynu, czego nie da się uzasadnić względami kryminalnopolitycznymi i co może pozostawać w sprzeczności ze społecznym poczuciem sprawiedliwości. Taka sytuacja w istocie powodować może świadomą lub nieświadomą nieufność wobec tego unormowania. W takim stanie rzeczy zadaniem doktryny prawa karnego staje się podkreślanie doniosłej roli instytucji stanu wyższej konieczności i takie jej wykładanie, które będzie przystawało do realiów życia społecznego.

W perspektywie czasu należy również zastanowić się nad innym ujęciem legisłacyjnym zasady proporcjonalności, która jest obecnie – jak już wskazano – obiektem słusznej krytyki jako nadmiernie schematyczna i uproszczona, a przez to nieakceptowalna ze względów kryminalnopolitycznych i społecznych. Wydaje się, iż w tym zakresie warto przyrzeć się bliżej § 34 niemieckiego kodeksu karnego, regulującemu stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność. Przepis ten nie opiera się – w odróżnieniu od polskiego kodeksu karnego – wyłącznie na ocenie wartości dóbr ratowanych i poświęcanych, lecz na tzw. teorii porównywania interesów (*Interessenabwagungstheorie*). Nakazuje ona porównywanie wszystkich przeciwstawnych, lecz godnych ochrony, interesów kolidujących w warunkach stanu wyższej konieczności. W konsekwencji przy ocenie danej sytuacji konfliktowej, badaniu podlegają nie tylko kolidujące dobra prawne, lecz także przeciwstawne interesy, przy czym aby można było przyjąć stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność, musi zachodzić istotna przewaga interesu chronionego. Ponadto § 34 niemieckiego kodeksu karnego zawiera klauzulę, zgodnie z którą czyn sprawcy działającego w stanie wyższej konieczności musi stanowić odpowiedni środek dla odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa¹⁰⁷. Badanie odpowiedniości tego środka winno następować wedle kryteriów społecznych i moralnych, nie zaś prakseologicznych¹⁰⁸. Powyższe ujęcie – w odróżnieniu od polskiej regulacji – umożliwia znacznie szerszą ocenę sytuacji konfliktowych. Daje bowiem nie tylko możliwość oceny wartości kolidujących ze sobą dóbr prawnych, lecz także pozwala uwzględniać wszelkie interesy towarzyszące działaniu w warunkach stanu wyższej konieczności.

święcona pamięci profesora Andrzeja Wąska, Lublin 2005, s. 74–75; S. Cypin, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 5; W. Łuniewski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 40; A. Wąsek, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 kwietnia 1995 r., sygn. II AKr 82/95*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 9, s. 90; A. Wąsek, *Sporne kwestie...*, op. cit., s. 23; A. Zoll, *Uwagi o charakterze...*, op. cit., s. 179.

¹⁰⁶ A. Wąsek, *Sporne kwestie...*, op. cit., s. 25.

¹⁰⁷ H.J. Hirsch, *Nowe uregulowanie stanu wyższej konieczności w zachodnioniemieckim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, 1985/1986, vol. XXXII/XXXIII, s. 91.

¹⁰⁸ J. Lachowski, *Stan wyższej...*, op. cit., s. 182; A. Wąsek, *Sporne kwestie...*, op. cit., s. 33–34; A. Wąsek, *Stany konieczności...*, op. cit., s. 106.

THE STATE OF NECESSITY AS AN EXCLUSION OF THE CRIMINAL ILLEGALITY

The State of necessity was expressed as an exclusion of the criminal illegality (art. 26 § 1) or an exclusion of the guilt (art 26 § 2) in the Polish Criminal Code from 1997. This differentiation of the State of necessity is based on a different value proportion between rescued and sacrificed goods. The State of necessity excludes the criminal illegality in the situation when someone rescues goods which are more valuable than sacrificed goods. This situation is social viable so it should be legal.

In the article, author analyses conditions of the State of necessity as an exclusion of the criminal illegality. Particularly author makes analysis of the direct danger condition and the problems with determination of value proportion between rescued and sacrificed goods.

KATARZYNA LASKOWSKA

PRAWNOKARNA REAKCJA NA ZAKŁADANIE, UCZESTNICZENIE I KIEROWANIE ORGANIZACJĄ PRZESTĘPCZĄ W ŚWIECIE KODEKSU KARNEGO UKRAINY

Współcześnie występujący na Ukrainie kryzys społeczno-gospodarczy sprzyja wzrostowi przestępczości, w tym zorganizowanej. Na obszarze kraju obserwuje się wzmożoną aktywność zorganizowanej działalności przestępczej, konsolidację struktur przestępczych, wzrost profesjonalizmu ich uczestników oraz budowanie specjalnego systemu bezpieczeństwa i tworzenie warunków do funkcjonowania zorganizowanych grup i organizacji z pomocą skorumpowanych przedstawicieli władzy, organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości¹. Przestępczość zorganizowana osiągnęła tam już pod względem ilościowym i jakościowym taki poziom, na którym między licznymi grupami przestępczymi następuje wzrastająca konkurencja i walki o sfery wpływów. Świat przestępczy ulega przeobrażeniom w celu zbliżenia do legalnej gospodarki². Tak złożona sytuacja w społeczeństwie wymagała prawno-karnej reakcji państwa. Podstawy do przeciwdziałania i zwalczania przestępczości zorganizowanej na Ukrainie tworzy wiele aktów prawnych, m.in. ustawa o organizacyjno-prawnych podstawach walki z przestępczością zorganizowaną³, ustawa o działalności operacyjno-dochodzeniowej⁴ oraz kodeks karny⁵. Wprawdzie w kodeksie tym dosyć szczegółowo przewidziano wiele rozwiązań dotyczących zorganizowanej działalności przestępczej, ale ze względu na ograniczone ramy opracowania zostanie omówione tylko przestępstwo polegające na zakładaniu, uczestniczeniu i kierowaniu organizacją przestępczą. Najpierw jednak zostaną omówione podstawowe formy organizacyjne przestępczości zorganizowanej na Ukrainie.

I. POJĘCIE I CECHY GRUPY PRZESTĘPCZEJ ORAZ ORGANIZACJI PRZESTĘPCZEJ W ŚWIECIE KODEKSU KARNEGO UKRAINY Z 2001 R.⁶

W części ogólnej kodeksu karnego w art. 28 pkt 3 i art. 28 pkt 4, ustawodawca zawarł podstawowe cechy zorganizowanej grupy i organizacji przestępczej.

¹ Zob. szerzej W.R. Korz, *Organizowana przestępczość i korupcja w Ukrainie: problemy teorii i praktyki расследования, Прокурорская и Следственная Практика* 1999, nr 3–4, s. 100–105.

² W. Małyszew, *Anatomia zła, ewolucja negatywnych, społecznych jawień: przyczyny, usłowania, prognozy*, Donieck 2001, s. 306.

³ Закон України „Про організаційно-правні основи боротьби з організованою злочинністю” – БілОМОСТі Бєрхобі ПаАн (BBP), 1993, N 35, ст. 358.

⁴ Закон України „Про операційно-розшукову діяльність” – БілОМОСТі Бєрхобі ПаАн (BBP), 1992, N 22, ст. 303.

⁵ Кримінальний кодекс України – БілОМОСТі Бєрхобі ПаАн (BBP), 2001, N 25–26, ст. 131.

⁶ Został on uchwalony 5 kwietnia 2001 r., a wszedł w życie 1 września 2001 r.

W świetle art. 28 pkt 3 k.k. „przestępstwo uważa się za popełnione przez **zorganizowaną grupę**, jeśli w jego przygotowaniu lub dokonaniu uczestniczyło kilka osób (trzy lub więcej), które zorganizowały się w stałą grupę, w celu popełnienia tego i innych przestępstw, zjednoczonych (połączonych) jednym planem, z podziałem ról uczestników grupy, ukierunkowanych na realizację tego planu, znanego wszystkim uczestnikom grupy”.

Na podstawie tego przepisu można stwierdzić, że zorganizowana grupa to stała grupa kilku osób, które uprzednio zorganizowały się w celu przygotowania lub dokonania przestępstw. Grupę taką wyróżniają następujące cechy: 1) występowanie kilku osób (trzech i więcej),⁷ 2) uprzednie ich zorganizowanie i zjednoczenie się w celu przygotowania lub popełnienia dwóch lub więcej przestępstw, 3) stałość tej grupy, 4) opracowanie przez nią planu popełniania przestępstw, podział ról między uczestników grupy nastawionych na jego realizację, 5) znajomość i akceptacja przez wszystkich uczestników grupy założeń tego planu⁸.

Istotnym, szczególnym elementem grupy przestępczej jest jej stałość. Zdaniem ukraińskich prawników,⁹ grupę należy uważać za stałą, jeśli jest ona zwaarta i stabilna, a osoby do niej wchodzące mają zamiar popełnienia przestępstwa. Zwartość grupy wyraża się w jej spójności i jednomyślności. Te cechy jako zasadnicze pojawiają się w razie istnienia: stałych, silnych więzi wewnętrznych między uczestnikami, ustalonych reguł postępowania, organizatora (przywódcy), ścisłego określenia roli każdego uczestnika, zgodności działań uczestników, jednego planu przewidującego podział funkcji uczestników grupy i przyjętego do ich wiadomości oraz zaakceptowanego przez nich. Ważną cechą zwartości grupy jest element podmiotowy – jednomyślność uczestników grupy wobec kwestii popełnienia przestępstwa. Wymaga to uświadomienia sobie przez każdego uczestnika poczucia jedności z innymi uczestnikami w celu dokonania przestępstwa. Przy czym zdaniem ustawodawcy motywy mogą być różne.

Drugi element stałości grupy – stabilność – wyraża się w jej trwałości. Przejawia się to w długotrwałości, systemowości i szczegółowości organizacji i funkcjonowania grupy, werbunku nowych członków, utajnieniu swojej działalności, zarówno swoimi siłami, jak i przy pomocy innych osób (np. przez korupcję urzędników państwowych), występowaniu niezbędnych do funkcjonowania grupy środków finansowych oraz innych, jak broń, pomieszczenia¹⁰.

⁷ Liczba ta odróżnia formy przestępczości zorganizowanej od form przestępczości grupowej, w której grupa osób bez wcześniejszego porozumienia i grupa osób po zawarciu porozumienia powinna liczyć nie mniej niż 2 osoby. W ten sposób ustawodawca ukraiński podkreślił jakościowe różnice w stopniu niebezpieczeństwa popełnianych przestępstw. Zwraca na to uwagę W. Naumow, *Nowyj ugołownyj kodeks Ukrainy*, „Gosudarstwo i Prawo” 2002, nr 2, s. 86.

⁸ Niektórzy kryminolodzy ukraińscy (np. G.S. Siemakow, I.M. Dańszin) uważają, że definicja zorganizowanej grupy powinna być poszerzona o następujące elementy: występowanie ustalonych reguł, samofinansowanie, systematyczne popełnianie przestępstw. Zob. G.S. Siemakow, *Kriminologija*, Kijów 2002, s. 81; I.M. Dańszin (red.), *Kriminologija*, Charków 2003, s. 220.

⁹ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno-praktičeskiej komentarij ugołownowo kodeksa Ukrainy*, Kijów 2002, s. 110–111.

¹⁰ Ibidem, s. 111.

Stołość zorganizowanej grupy oznacza więc, że skład członków, ściśle ze sobą powiązanych jest niezmienny, występuje wysoki stopień zorganizowania, jak również jednomyślność przy podejmowaniu decyzji i konsekwencja w prowadzeniu działalności przestępczej.

Z treści art. 28 pkt 4 k.k.¹¹ wynika, że przestępstwo uznaje się za popełnione przez **organizację przestępczą**, jeśli dokonane jest przez stałą, hierarchicznie zbudowaną wspólnotę osób (trzech lub więcej), której członkowie lub strukturalnie wydzielone jednostki (grupy) zorganizowały się po uprzednim zawarciu porozumienia na rzecz wspólnej działalności. Ma to na celu popełnianie ciężkich¹² lub szczególnie ciężkich¹³ przestępstw przez uczestników tej organizacji lub koordynację przestępczej działalności innych osób, lub zabezpieczenie funkcjonowania, zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych.

Na podstawie tego przepisu za organizację przestępczą należy uznać wspólnotę osób, która jest: 1) stała, 2) hierarchiczna, 3) złożona z trzech lub więcej osób, 4) założona po wcześniejszym porozumieniu członków lub strukturalnie wydzielonej jednostki (grupy) dla wspólnej działalności, 5) celem działalności jest: a) bezpośrednie popełnianie ciężkich lub szczególnie ciężkich przestępstw, b) kierowanie i koordynacja działalności innych osób, c) zabezpieczenie funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych¹⁴. Powyższe cechy zostaną poddane bardziej szczegółowej analizie.

Pierwsza z nich – stołość organizacji przestępczej – oznacza: a) ustaloną liczbę jej członków; b) istnienie stałych więzi między członkami takiej organizacji i wzajemnej współpracy między jej strukturalnie wydzielonymi jednostkami; c) występowanie określonego stopnia hierarchicznej podległości w zakresie kierowania lub koordynacji działalności przestępczej członków takiej organizacji lub zagwarantowanie funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych związanych z nią grup przestępczych; d) zdolność i gotowość każdego członka organizacji przestępczej lub grupy do wypełnienia każdego zadania składającego się na ich wspólną działalność – czyli popełnianie ciężkich lub szcze-

¹¹ Treść art. 28 pkt 4 k.k. Ukrainy brzmi: „Przestępstwo uznaje się za popełnione przez organizację przestępczą, jeśli dokonano go przez stałą, hierarchiczną wspólnotę kilku osób (3 i więcej), której członkowie lub której strukturalne części zorganizowały się po uprzednim zawarciu porozumienia dla wspólnej działalności w celu popełniania ciężkich lub szczególnie ciężkich przestępstw przez uczestników tej organizacji, lub kierowania lub koordynowania przestępczej działalności innych osób lub zabezpieczenia funkcjonowania, zarówno samej organizacji, jak i innych grup przestępczych”.

¹² Przestępstwem ciężkim jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 10 lat (art. 12 pkt 4).

¹³ Przestępstwem szczególnie ciężkim jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej 10 lat lub dożywotnim pozbawieniem wolności (art. 12 pkt 5).

¹⁴ Niektórzy kryminolodzy ukraińscy (np. G.S. Siemakow, I.M. Dańszin) uważają, że definicja organizacji przestępczej powinna być poszerzona o następujące elementy: profesjonalizm i specjalizacja, konspiracja działań, posiadanie wywiadu i kontrwywiadu, wpływ na urzędników państwowych. Zob. G.S. Siemakow, *Kriminologija*, Kijów 2002, s. 81; I.M. Dańszin (red.), *Kriminologija*, Charków 2003, s. 220.

golnie ciężkich przestępstw. W tym celu nierzadko występuje podział obowiązków między uczestników organizacji przestępczych lub jej grupy¹⁵.

Istotną cechą organizacji przestępczej jest hierarchiczność, która oznacza strukturalną budowę polegającą na wspólnym przywództwie (liderów), ściśle określoną podległość szeregowych członków wspólnoty jej przywództwu (w tym przywódcom strukturalnie wydzielonych jednostek), pionowe więzi (powiązania między wyższymi i niższymi strukturami wspólnoty), występowanie powszechnie znanych zasad postępowania i zapewnienie przestrzegania ich przez uczestników organizacji¹⁶.

Ważny element organizacji stanowi minimum 3-osobowy skład. Osoby te wcześniej doszły do porozumienia w kwestii prowadzenia wspólnej działalności przestępczej i wyraziły na nią zgodę. W świetle przedstawionej definicji za organizację przestępczą można uznać tylko taką wspólnotę, której celem działalności jest popełnianie ciężkich lub szczególnie ciężkich przestępstw. Dlatego też nie można uznać za organizację przestępczą wspólnoty, której członkowie zorganizowali się w celu popełniania przestępstw niewielkiej¹⁷ lub średniej ciężkości,¹⁸ nawet jeśli charakteryzuje ją stała i hierarchiczna struktura. Można ją jedynie rozpatrywać jako zorganizowaną grupę. Natomiast ukierunkowanie na popełnianie przez członków wspólnoty zarówno przestępstw ciężkich (lub szczególnie ciężkich), jak i przestępstw średniej (lub niewielkiej) ciężkości pozwala uznać taką wspólnotę za organizację przestępczą.

Ze względu na cel – kierowanie lub koordynację działalności przestępczej innych osób, do uznania wspólnoty za organizację przestępczą wymaga się stwierdzenia wspólnej działalności uczestników takiej wspólnoty lub jej strukturalnych części, przejawiającej się w organizacji popełnienia (popełniania) przestępstw przez inne osoby, w jego kierowaniu, przygotowaniu i popełnianiu. Przy tym art. 28 pkt 4 k.k. nie przewiduje, żeby taka działalność przestępcza obligatoryjnie miała polegać na popełnianiu ciężkich i szczególnie ciężkich przestępstw. Według tego kryterium przestępstwo powinno być jednak uznane za popełnione przez organizację przestępczą także w takim przypadku, gdy działania sprawcy (sprawców) polegały na kierowaniu lub koordynacji popełniania przez inne osoby (nie uczestników organizacji przestępczej) przestępstw tylko niewielkiej lub średniej ciężkości¹⁹.

Kolejny z celów organizacji przestępczej – zabezpieczenie funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych, oznacza stworzenie warunków niezbędnych do funkcjonowania tych wspólnot i prowadzenia przez nie działalności przestępczej. Może ono polegać na finansowaniu takiej działalności, ukrywaniu jej, ochranianiu jej pod względem kontrwywia-

¹⁵ S.S. Jacenko (red.), *Ugołownyj kodeks Ukrainy. Nauczno-prakticzeskij kommentarij*, Kijów 2004, s. 60–61.

¹⁶ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 112.

¹⁷ Przestępstwem niewielkiej ciężkości jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 2 lat lub mniejszą (art. 12 pkt 2).

¹⁸ Przestępstwem średniej ciężkości jest przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 5 lat (art. 12 pkt 3).

¹⁹ J.J. Kondratiew (red.), *Ugołownoje prawo Ukrainy. Obszczaja czast* \ Kijów 2002, s. 201.

dowczym, prawnym, medycznym, informacyjnym, zagwarantowaniu ochrony osobistej organizatorom i przywódcom organizacji przestępczej lub innych grup przestępczych, legalizacji dochodów uzyskanych niezgodnie z prawem, przeciwdziałaniu poddaniu ich kontroli państwowej oraz pociągnięciu ich uczestników do odpowiedzialności karnej²⁰.

W tym miejscu rozważań należałoby wskazać na różnice pomiędzy omówionymi formami organizacyjnymi. Organizacja przestępcza odróżnia się zatem od zorganizowanej grupy: 1) hierarchicznością świadczącą o wysokim stopniu zorganizowania wspólnoty, 2) ukierunkowaniem na popełnianie ciężkich i szczególnie ciężkich przestępstw, 3) możliwością uznania jej za wspólnotę zorganizowaną nie tylko do bezpośredniego popełniania przestępstw przez jej uczestników, ale i kierowania lub koordynacji działalności przestępczej innych osób lub ochrony funkcjonowania zarówno samej organizacji przestępczej, jak i innych grup przestępczych. Ostatni aspekt świadczy o szerokim funkcjonalnym przeznaczeniu organizacji przestępczej, która w odróżnieniu od zorganizowanej grupy może być tworzona nie tylko dla popełniania przestępstw przez jej uczestników, ale i dla prowadzenia działalności przestępczej o charakterze kierowniczym (koordynacyjnym) i zabezpieczającym.

Organizację przestępczą wyróżnia także to, że może ona składać się ze strukturalnych jednostek. Może zatem powstawać na bazie kilku grup przestępczych lub być wspólnotą takich grup. Jej strukturalne jednostki mogą występować jako grupy (po zawarciu uprzedniego porozumienia) lub grupy zorganizowane. Jednostki te mogą również tworzyć poszczególne osoby, których działalność polega na popełnianiu przestępstw, oraz grupy lub poszczególne osoby zajmujące się kierowaniem (lub koordynacją) działalności przestępczej lub zabezpieczeniem funkcjonowania odpowiednich struktur samej organizacji przestępczej lub innych grup przestępczych²¹.

Uznając szczególne niebezpieczeństwo wynikające z działalności organizacji przestępczych w społeczeństwie, ustawodawca ukraiński spenalizował podstawowe czynności związane z powstawaniem i funkcjonowaniem tych organizacji. Zostaną one omówione poniżej.

II. PRZESTĘPSTWO ZAKŁADANIA, UCZESTNICZENIA I KIEROWANIA ORGANIZACJĄ PRZESTĘPCZĄ (ART 255 K.K.)

Przestępstwo to określone jest w art. 255 w rozdziale IX pt. „Przestępstwa przeciw bezpieczeństwu publicznemu” kodeksu karnego Ukrainy z 2001 r. Przepis art. 255 składa się z 2 punktów²².

²⁰ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 110–112.

²¹ Na takie różnice wskazują J.J. Kondratiew (red.), *Ugołownoje prawo...*, op. cit., s. 198–200; N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 111–112.

²² Art. 255 pkt 1 brzmi: „Zakładanie organizacji przestępczej w celu popełnienia ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa, a także kierowanie taką organizacją lub udział w niej, lub udział w przestępstwach popełnianych przez taką organizację, a także organizowanie, kierowanie lub współpraca przy spotkaniu (*schodce*) przedstawicieli organizacji przestępczych lub zorganizowanych grup

Przedmiotem przestępstwa z art. 255 k.k. jest bezpieczeństwo publiczne. Organizacje przestępcze powstające w celu dokonywania przestępstw stanowią potencjalne zagrożenie dla wielu interesów prawnych.

Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 255 pkt 1 k.k. wyraża się w następujących formach: 1) zakładanie organizacji przestępczej, 2) kierowanie organizacją przestępczą, 3) udział w organizacji przestępczej, 4) udział w przestępstwach dokonywanych przez taką organizację, 5) organizowanie, kierowanie lub współpraca (pomoc) przy spotkaniu (*schodce*) przedstawicieli organizacji przestępczej lub zorganizowanej grupy w celu opracowania planów i warunków dla wspólnego popełnienia przestępstw, gromadzenia środków materialnych dla działalności przestępczej lub koordynacji działań organizacji przestępczych bądź grup przestępczych. Działania takie można nazwać krótko konsolidacją zorganizowanej działalności przestępczej.

Pierwszy z elementów – „zakładanie organizacji przestępczej”, oznacza całokształt działań polegających na organizowaniu (formowaniu, kształtowaniu, budowaniu) stałej wspólnoty, w formie organizacji przestępczej, w celu popełnienia jednego lub wielu przestępstw. Działania zmierzające do założenia organizacji przestępczej są podobne do czynności zmierzających do popełnienia przestępstwa (poszukiwanie współników, zjednoczenie ich wysiłków, określenie zasad, reguł zachowania członków organizacji). Jednakże główne zadanie stojące przed organizatorem to budowa stałej wspólnoty osób, zjednoczenie ich wysiłków w celu prowadzenia działalności przestępczej. Rozpoczęcie funkcjonowania stałej wspólnoty wymaga ustanowienia więzi, wytworzenia powiązań w działaniach poszczególnych jego uczestników i działalności jego części strukturalnych, uporządkowania i zgody. Stworzenie wspólnoty jest warunkiem koniecznym do osiągnięcia określonych przez organizatora celów takiej działalności²³.

Zakładanie organizacji przestępczej obejmuje zatem, po pierwsze, kryteria ilościowe – występowanie co najmniej 3 osób, zawarcie uprzedniego porozumienia między nimi lub między członkami strukturalnych jednostek organizacji przestępczej, znalezienie specjalistów zajmujących się technicznym zapleczem dla funkcjonowania organizacji przestępczej i łączników dla utrzymywania stałych więzi między uczestnikami takiej organizacji lub jej grupami. Po drugie, występują też kryteria jakościowe – istnienie planu uzgodnionego przez uczestników organizacji przestępczej w celu popełnienia ciężkiego przestępstwa (przestępstw), przyjęcie warunków dotyczących surowej dyscypliny i konspiracji, a także gotowość każdego członka organizacji przestępczej do wypełniania za-

dla opracowania planów i warunków dla wspólnego popełnienia przestępstw, materialnego zabezpieczenia działalności przestępczej lub koordynacji działań zrzeszeń organizacji przestępczych lub zorganizowanych grup, podlega karze pozbawienia wolności na okres od 5 do 12 lat”.

Art. 255 pkt 2 brzmi: „Uwalnia się od odpowiedzialności karnej osobę, oprócz organizatora lub kierującego organizacją przestępczą, za popełnienie przestępstwa, przewidzianego w pkt 1 niniejszego artykułu, jeśli dobrowolnie zawiadomiła ona o założeniu organizacji przestępczej lub udziale w niej i aktywnie współpracowała przy jej wykryciu”.

²³ J.J. Kondratiew (red.), *Ugółownoje prawo...*, op.cit., s. 185–186.

dań będących realizacją jej planu lub programu²⁴. Mówiąc krótko, przez pojęcie zakładania organizacji przestępczej należy rozumieć wszelkie działania ukierunkowane na powstanie organizacji przestępczej.

Kolejny element strony przedmiotowej – kierowanie organizacją przestępczą, obejmuje: realizację wszystkich reguł postępowania, dyscypliny, werbowanie nowych członków wspólnoty, podział funkcji i obowiązków między członków, planowanie konkretnych przestępstw, dbałość o podnoszenie poziomu zorganizowania oraz dbałość o tajność działalności przestępczej. Kierowanie działalnością organizacji polega zatem na: określeniu celów i kierunków takiej działalności oraz konkretnych zadań stojących przed nią, jej strukturalnymi jednostkami oraz poszczególnymi uczestnikami; inicjowaniu prowadzenia określonego rodzaju działalności przestępczej; koordynacji działań uczestników i strukturalnych części organizacji. Rolą przywództwa najczęściej jest wydawanie rozkazów, poleceń, instrukcji, podejmowanie decyzji o zastosowaniu określonych metod i środków w stosunku do członków organizacji niewykonujących poleceń przywódcy lub naruszających przyjęte reguły postępowania²⁵.

Udział w organizacji oznacza przede wszystkim obecność w jej składzie. Osoby stają się uczestnikami organizacji przestępczej od momentu jej ukształtowania (jeśli należą do kręgu osób tworzących organizację) lub od momentu, gdy inni uczestnicy wyrazili zgodę na przyjęcie ich do już funkcjonującej organizacji. Udział w organizacji oznacza też podejmowanie różnorodnych działań i wykonywanie funkcji organizacyjnych. Członek grupy podejmuje działania w interesie organizacji razem z innymi jej uczestnikami lub samodzielnie. Może on występować jako wykonawca (sprawca) poszczególnych przestępstw, planować je i prowadzić działania wspomagające, wypełniać polecenia kierownictwa organizacji. Udział w organizacji nie obejmuje dokonywania działań stanowiących samodzielne przestępstwo. Kwalifikuje się je wówczas na podstawie konkretnych przepisów części szczególnej kodeksu karnego.

Ostatni element strony przedmiotowej przestępstwa z art. 255 pkt 1 k.k., – konsolidacja zorganizowanej działalności przestępczej, oznacza zjednoczenie działalności przestępczej poszczególnych organizacji przestępczych i zorganizowanych grup w celu poprawy ich działalności, polegającą na różnorodnych działaniach ukierunkowanych na przeprowadzenie spotkania (*schodki*²⁶) przedstawicieli takich wspólnot. To przede wszystkim: informowanie o prowadzeniu takich spotkań i zapraszanie na nie ich uczestników, ustanawianie miejsca takich spotkań i określenie zakresu spraw do omówienia i przegłosowania, określenie kręgu zagadnień dotyczących przebiegu spotkania, np. kolejności wystąpień, porządku omawiania spraw, przygotowywania projektów decyzji, rozwiązywania sporów, wynajmu pomieszczeń, środków transportu, łączności, ochrony spotkań²⁷.

²⁴ S.S. Jacenko (red.), *Ugolownyj kodeks...*, op. cit., s. 681–682.

²⁵ Ibidem, s. 186–187.

²⁶ W języku rosyjskim słowo *schodka* oznacza zebranie, zgromadzenie. Natomiast w języku przestępców oznacza ono spotkanie przedstawicieli organizacji i grup przestępczych.

²⁷ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 730.

Warto tu dodać, że w art. 255 pkt 1 k.k. rodzaj działalności przestępczej nie został skonkretyzowany. Może to być dowolna działalność przestępca, której celem jest popełnienie choćby jednego ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa, lub działalność związana z dokonywaniem kilku przestępstw. Żadnych innych dodatkowych cech (jak zbrojność, specjalny cel założenia i działalności) prawo w tym przypadku nie przewiduje²⁸.

Przestępstwo uważa się za zakończone wraz z momentem realizacji któregośkolwiek z działań przewidzianych w art. 255 pkt 1 k.k. Przestępstwo zostanie zrealizowane w wyniku działań każdego uczestnika organizacji przestępczej niezależnie od jego roli w jej tworzeniu. Jeśli organizacja popełniła ciężkie lub szczególnie ciężkie przestępstwo, to jej organizatorzy i przywódcy powinni odpowiadać na podstawie art. 255 pkt 2 k.k. i przepisów części szczególnej k.k., która przewiduje odpowiedzialność za dokonanie tego przestępstwa. Inni członkowie powinni odpowiadać na podstawie art. 255 pkt 2 k.k. i za te przestępstwa, w których popełnieniu uczestniczyli. Przy wymiarze kary sąd, na podstawie odpowiednich przepisów k.k., powinien ustalić, jakie konkretne działania każdy z uczestników podejmował²⁹.

Stronę podmiotową przestępstwa charakteryzuje wyłącznie wina umyślna w zamiarze bezpośrednim. Sprawca bowiem zdaje sobie sprawę, że tworzy organizację przestępczą, kieruje nią lub popełnia wymienione przestępstwa i chce je popełnić. Obligatoryjną cechą strony podmiotowej przestępstwa założenia organizacji przestępczej jest cel popełnienia ciężkiego lub szczególnie ciężkiego przestępstwa³⁰. Natomiast przy organizacji, kierowaniu lub wspomaganie przy spotkaniu (*schodce*) przedstawicieli organizacji przestępczej lub zorganizowanej grupy – celem jest opracowanie planów i warunków wspólnego dokonywania przestępstw, gromadzenia materialnych środków dla działalności przestępczej lub koordynacji działań³¹.

Podmiotem przestępstwa może być osoba fizyczna, która ukończyła 16 lat.

Przestępstwo z art. 255 pkt 1 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności na okres od 5 do 12 lat. Jeżeli zostaną popełnione przez organizację przestępstwa, za które grozi kara nieprzewyższająca 12 lat pozbawienia wolności, stosuje się art. 255 i nie ma potrzeby stosowania kwalifikacji dodatkowej. Jeśli natomiast zostało przez organizację popełnione przestępstwo zagrożone surowszą karą niż przewidziane w art. 255 k.k., to takie działania podlegają kumulatywnej kwalifikacji na podstawie art. 255 k.k. i artykułu przewidującego odpowiedzialność za cięższe przestępstwo³².

Art. 255 pkt 2 k.k. Ukrainy przewiduje specjalny rodzaj uwolnienia się od odpowiedzialności karnej w warunkach zaistnienia określonego (pozytywnego)

²⁸ Ibidem, s. 728–729.

²⁹ S.S. Jacenko (red.), *Ugolownyj kodeks...*, op. cit., s. 682.

³⁰ W.B. Harczenko, *Ugolownojeprawo Ukrainy*, Kijów 2002, s. 176.

³¹ M.I. Bażanow, W.W. Staszis, W.J. Tacij (red.), *Ugolownojeprawo Ukrainy. Osobiennaja czast'*, Kijów 2003, s. 320.

³² Ibidem, s. 320.

zachowania sprawcy po popełnieniu przez niego przestępstwa przewidzianego w art. 255 pkt 1 k.k. Chodzi tu o następujące przesłanki:

- dobrowolne zawiadomienie przez danego sprawcę o utworzeniu organizacji przestępczej i udziale w niej, oparte na własnej woli, dowolnym motywie, dowolnym sposobie przekazania informacji organom władzy. Nie ma przy tym znaczenia, czy organ wiedzę o tym przestępcy i tej organizacji posiadał. Wiadomość będąca podstawą do uwolnienia od odpowiedzialności powinna być dostatecznie pełna, powinna dotyczyć nie tylko faktu utworzenia organizacji, ale i innych faktów związanych z zorganizowaną działalnością przestępczą, tj. miejsca pobytu, składu grupy, metod działalności, sposobów konspiracji, wzajemnych więzi, relacji między uczestnikami, roli każdego z członków, miejsc spotkań przedstawicieli organizacji przestępczej³³. Dobrowolne poinformowanie oznacza zatem przekazanie informacji z własnej, nieprzymuszonej woli, dotyczących działań podejmowanych przez organizację przestępczą dowolnemu organowi władzy państwowej (np. sądowi, prokuraturze, milicji, SBU³⁴)³⁵;
- aktywna współpraca przy wykrywaniu przestępczej działalności polegająca na udzieleniu pomocy funkcjonariuszom organów w neutralizacji działalności organizacji przestępczej lub usuwaniu jej skutków. Przede wszystkim chodzi o przekazanie pełnej i wiarygodnej informacji o organizacji lub jej spotkaniu, złożenie prawdziwych zeznań w czasie przesłuchań i prowadzenia innych czynności śledczych. W takiej sytuacji prawo nie wymaga od byłych uczestników działalności przestępczej podjęcia innych działań, przede wszystkim naprawienia szkody pokrzywdzonym i udziału w operacyjnym rozpracowywaniu organizacji przestępczej;
- złożenie zawiadomienia przez osobę niebędącą organizatorem lub przywódcą organizacji przestępczej, może je np. złożyć szeregowy uczestnik lub uczestnik popełnianych przez nią przestępstw.

Dla przyjęcia kwalifikacji z art. 255 pkt 2 k.k. niezbędne jest łączne wystąpienie wszystkich wymienionych warunków. Uwolnienie od odpowiedzialności karnej na podstawie art. 255 pkt 2 k.k. następuje niezależnie od tego, czy działalność grupy została unieszkodliwiona przez funkcjonariuszy właściwych organów państwowych, o której zawiadomiła osoba, czy zapobieżono zebraniu przedstawicieli organizacji lub zorganizowanych grup. Ustawodawca ukraiński uznał bowiem, że status prawny konkretnej osoby nie może zależeć od efektywności działania funkcjonariuszy organów ścigania. Występowanie warunków przewidzianych w art. 255 pkt 2 nie wyklucza uwolnienia od odpowiedzialności karnej na podstawie przepisów części ogólnej k.k., przede wszystkim w związku z przedawnieniem ścigania lub amnestii.

Art. 255 pkt 2 k.k. nie stosuje się w przypadku popełnienia innych przestępstw związanych z działalnością organizacji przestępczej, przede wszystkim bandy-

³³ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 731.

³⁴ SBU – Służba Bezpieczeństwa Ukrainy.

³⁵ S.S. Jacenko (red.), *Ugołownyj kodeks...*, op. cit., s. 682.

tyzmu. Omawiana norma nie dotyczy też poszczególnych przestępstw popełnionych przez uczestników organizacji przestępczej – przeciwko życiu i zdrowiu oraz przeciwko własności. Oznacza to, że uwolnienie od odpowiedzialności karnej na podstawie art. 255 pkt 2 k.k. nie powoduje automatycznego uwolnienia od odpowiedzialności karnej za przestępstwa przewidziane przez inne artykuły części szczególnej k.k.³⁶

Po analizie art. 255 k.k. Ukrainy nasuwa się kilka wątpliwości i wniosków. Po pierwsze, wątpliwości i pytania pojawiają się w związku z konstrukcją przestępstwa z art. 255 pkt 1 dotyczącego w zasadzie odpowiedzialności za zakładanie, kierowanie oraz udział w organizacji przestępczej. Zauważalny jest zatem brak czytelnej regulacji dotyczącej odpowiedzialności za zakładanie, kierowanie oraz udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Jej brak jest widoczny, tym bardziej, że w części ogólnej k.k. pojęcie „zorganizowanej grupy” występuje (art. 28)³⁷. Z kolei art. 30 k.k. przewiduje już odpowiedzialność organizatorów i uczestników zarówno zorganizowanej grupy, jak i organizacji przestępczej. W obu przepisach wyraźnie podkreśla się rolę zorganizowanej grupy. Wprawdzie w części szczególnej k.k. w art. 255 pkt 1 mówi się o zorganizowanej grupie w aspekcie penalizacji organizacji spotkań przedstawicieli zorganizowanych grup i organizacji przestępczych, co wskazywałoby jednak, że chodzi o karanie tylko tej czynności związanej z grupą przestępczą.

Po drugie, konsekwencją tego jest widoczny w art. 255 pkt 2 brak regulacji dotyczących uwolnienia od odpowiedzialności karnej uczestnika grupy przestępczej. Należy zauważyć, że instytucja ta jest odpowiednikiem instytucji czynnego żalu z art. 259 polskiego kodeksu karnego z tą różnicą, że zgodnie z polskim prawem, organowi muszą być przekazane wszystkie informacje dotąd mu nieznane.

Warto też zwrócić uwagę na jednakowe zagrożenie karą przewidziane zarówno wobec uczestników, organizatorów, jak i przywódców organizacji przestępczej – od 5 do 12 lat pozbawienia wolności. Zarówno dolna, jak i górna granica są dosyć wysokie. W Polsce natomiast występuje zróżnicowanie kar dla uczestników oraz osób zakładających grupę przestępczą i nią kierujących.

Pomimo pewnych niedoskonałości regulacja tego przestępstwa jest niezwykle ważnym instrumentem w walce z przestępczością zorganizowaną. Brak takiego rozwiązania, w poprzednim kodeksie karnym z 1960 r. znacznie utrudniał zwalczanie tej przestępczości organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości na Ukrainie.

³⁶ N.I. Mielnik, N.I. Hawroniuk (red.), *Nauczno...*, op. cit., s. 731–732.

³⁷ Należy w tym miejscu wyjaśnić, że definicja zorganizowanej grupy i organizacji przestępczej jest częścią składową przepisów regulujących odpowiedzialność za współdziałanie sprawców. Ukraińskie prawo karne przewiduje 2 formy współdziałania: proste i złożone. Elementem współdziałania prostego jest grupa osób bez uprzedniego porozumienia (art. 28 pkt 1) i grupa osób po wcześniejszym zawarciu porozumienia (art. 28 pkt 2). Natomiast elementem współdziałania złożonego jest zorganizowana grupa (art. 28 pkt 3) i organizacja przestępcza (art. 28 pkt 4). W związku z tym ustawodawca powinien jasno uregulować także odpowiedzialność za działalność w zorganizowanej grupie przestępczej.

REACTION IN THE AREA OF PENAL LAW ON ESTABLISHING, PARTICIPATING AND LEADING OF CRIMINAL GROUP IN THE UKRAINIAN PENAL CODE

Organized crime in Ukraine presently constitutes a serious problem, which requires a reaction of the government in the area of penal law. Consequently, the Ukrainian Penal Code of 2001 includes (along a number of other regulations) a provision that penalizes establishing, participating in, and leading a criminal organization (Art. 255 of PC).

In order to better explain this provision, first the terms “criminal group” and “criminal organization” were discussed (Art. 28 items 3 and 4). Their quantitative (three or more persons) and qualitative (organized nature, permanence, planning, division of tasks) features were indicated. This was a basis for the demonstration of differences between the two types of organization.

By using the statutory features, a crime covered by Art. 255 of PC of Ukraine was then discussed. Particular attention was paid to the objective aspects of the crime, in order to demonstrate its complexity. Also, the provision of Art. 255 item 2 was presented, which allows for the possibility to become relieved of the penal responsibility for the commission of the crime under Art. 255 item 1. The premises for using this institution, among others informing appropriate government bodies of the establishment of a criminal organization and participation in it, as well as an active cooperation in detecting its criminal activities.

In the conclusion, several remarks and doubts were expressed, concerning the regulation in question. This constituted a reference to Polish regulations, and an indication of a lack of clear rules on establishing, leading, or participating in an organized criminal group.

