

INP
PNL 7-107

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Siła wyższa w prawie wspólnotowym – orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości oraz regulacje prawa wtórnego
- Środki ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne
- Zasady: dobrej wiary i uczciwego obrotu oraz swobody umów w kodeksie zobowiązań oraz Zasadach Europejskiego Prawa Umów
- Ujemna przesłanka zbędności orzekania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym
- Podmiotowość spółek osobowych w prawie szwajcarskim
- Wynagrodzenie sędziowskie – rzeczywistość a oczekiwania

4(178)
2008

WARSZAWA 2008
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 20 8

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2008



KOMITET REDAKCYJNY:

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

Redakcja:

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

© Copyright 2008 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

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

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

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 052 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

SPIS TREŚCI

dr hab. Justyna Maliszewska-Nienartowicz

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

SILA WYŻSZA W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM – ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI ORAZ REGULACJE PRAWA WTÓRNEGO

I Uwagi ogólne	5
II Charakter prawny siły wyższej	5
III Definicje siły wyższej	7
IV. Element obiektywny siły wyższej – niezwykle i nieprzewidywalne zdarzenie pozostające poza kontrolą podmiotu zobowiązanego	12
V. Element subiektywny siły wyższej – zachowanie wszelkiej wymaganej staranności	14
VI Uwagi końcowe	17

FORCE MAJEURE IN COMMUNITY LAW – THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND REGULATIONS OF COMMUNITY SECONDARY LAW	17
--	----

dr hab. prof. UEK Ryszard Szostak

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

ŚRODKI OCHRONY INTERESÓW KONKURENTÓW UBIEGAJĄCYCH SIĘ O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE WEDŁUG ZNOWELIZOWANEJ DYREKTYWY 89/665

I Uwagi ogólne	18
II Przesłanki ochrony	24
III Środki tymczasowe	30
IV. Protest	31
V. Odwołanie	33
VI Charakter środków korygujących	37
VII Roszczenia odszkodowawcze	39
VIII Unieważnienie umowy	43

THE MEANS OF PROTECTION OF INTEREST PERSONS ABOUT PUBLIC CONTRACTS COMPETING – ACCORDING TO MODIFIED DIRECTIVE 89/665/ECC	47
--	----

dr Michał Bieniak

Warszawa

ZASADY: DOBREJ WIARY I UCZCIWEGO OBROTU ORAZ SWOBODY UMÓW W KODEKSIE ZOBOWIĄZAŃ ORAZ ZASADACH EUROPEJSKIEGO PRAWA UMÓW

Pojęcie zasad prawa	51
Zasada swobody umów	52

Zasada dobrej wiary i uczciwego obrotu	54
Podsumowanie	56
THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING AS WELL AS THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF CONTRACT IN THE CODE OF OBLIGATIONS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW	57

mgr Jakub Królikowski

Warszawa

UJEMNA PRZESŁANKA ZBĘDNOŚCI ORZEKANIA W POSTĘPOWANIU PRZED TRYBUNAŁEM KONSTYTUCYJNYM	
I. Wprowadzenie	59
II. Przesłanki postępowania dotyczącego kontroli konstytucyjności	60
III. Ujemne przesłanki procesowe <i>res iudicata</i> oraz <i>ne bis in idem</i> w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego	67
IV. Przyczyny wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej zbędności orzekania w postępowaniu dotyczącym kontroli konstytucyjności	71
V. Konkluzje	85
NEGATIVE PREREQUISITE OF SUPERFLUITY OF ADJUDGMENT IN PROCEEDING BEFORE THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL	88

dr Jan Lic

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

PODMIOTOWOŚĆ SPÓŁEK OSOBOWYCH W PRAWIE SZWAJCARSKIM	
I. Uwagi wstępne	89
II. Regulacja prawna spółki prostej	91
III. Spółka prosta jako wspólnota do niepodzielnej ręki	94
IV. Ewolucja poglądów doktryny na naturę spółki prostej	98
V. Spółka prosta a osobowe spółki handlowe	101
VI. Spółka prosta prowadząca działalność gospodarczą	106
VII. Podsumowanie	109
LEGAL PERSONALITY STATUS OF PARTNERSHIPS IN SWISS LAW	111

mgr Wiktor Sawinda

Warszawa

WYNAGRODZENIE SĄDZIOWSKIE – RZECZYWISTOŚĆ A OCZEKIWANIA	
I. Wstęp	113
II. Rola wynagrodzenia sędziowskiego	115
III. Regulacja kwestii wynagrodzeń sędziowskich w ujęciu prawnomiędzynarodowym	117
IV. Wynagrodzenia sędziowskie w prawie polskim	121
V. Wynagrodzenia sędziów – rzeczywistość	138
VI. Oczekiwania sędziów w zakresie wynagrodzeń	145
VII. Konkluzje	159
JUDICIAL SALARIES – REALITY AND EXPECTATIONS	165
Informacje dla Autorów	166

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Justyna Maliszewska-Nienartowicz ■

SIŁA WYŻSZA W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM – ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI ORAZ REGULACJE PRAWA WTÓRNEGO

I Uwagi ogólne

W prawie rzymskim, które wywarło największy wpływ na rozwój prawa prywatnego i stanowi jego fundament w wielu krajach współczesnego świata, podkreślano, że *vis maior* jest to siła, której nie można się oprzeć, lub której nie można było powstrzymać¹. Natomiast w prawie justyniańskim pojęcie to powiązano z koncepcją najwyższej staranności w sposób uzasadniający stwierdzenie, że siła wyższa jest zdarzeniem zwalniającym od odpowiedzialności dłużnika zobowiązanego do zachowania najwyższej staranności². Wpływ tych koncepcji na kształtowanie się cech siły wyższej w wielu współczesnych systemach prawa jest niewątpliwy. Dotyczy to również prawa wspólnotowego

II. Charakter prawny siły wyższej

Zanim jednak przejdziemy do bliższej charakterystyki pojęcia siły wyższej w prawie wspólnotowym, należy dookreślić jej charakter prawny. Jednym z najbar-

¹ Zob. szerzej M. Sobczyk, *Siła wyższa w rzymskim prawie prywatnym*, Toruń 2005, s. 294.

² Ibidem, s. 296.

dziej kontrowersyjnych zagadnień w tym kontekście jest to, czy siłę wyższą możemy zaliczyć do zasad ogólnych prawa wspólnotowego. Ma to istotne znaczenie praktyczne, bowiem przyznanie jej takiego charakteru pozwala powoływać się na nią także w sytuacjach, w których przepisy prawa wspólnotowego nie przewidują wprost klauzuli siły wyższej. Zagadnienie to nie jest uregulowane w prawie pisanim ani pierwotnym, ani wtórnym. Stąd też informacje na ten temat czerpiemy z orzecznictwa sądów wspólnotowych, opinii rzeczników generalnych oraz wypowiedzi doktryny prawa europejskiego.

I tak, Trybunał nie zalicza jej wprost do zasad ogólnych prawa wspólnotowego, ale raczej dopuszcza stosowanie tej koncepcji na zasadzie analogii, czy podobieństwa brzmienia przepisów prawa wspólnotowego³. Opinie rzeczników generalnych różnią się między sobą – jedni uznają siłę wyższą za zasadą ogólną, inni są przeciwnikami takiego rozwiązania. Na przykład, rzecznik generalny Jacobs w swojej opinii z 16 marca 2000 roku⁴ wskazał, że „Trybunał nigdy wyraźnie nie stwierdził, że siła wyższa stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego i jest wątpliwe, czy można wyprowadzać z istniejącego orzecznictwa taką zasadę, która mogłaby znaleźć zastosowanie we wszystkich obszarach prawa wspólnotowego”. W dalszej części swojej wypowiedzi zauważa jednak, że „siła wyższa jest ze swej istoty elastyczną koncepcją, która koncentruje się bardziej na słusznym rezultacie niż na precyzyjnie określonych warunkach jej stosowania”. Takie ujęcie niewątpliwie zbliża ją do zasad ogólnych prawa. Stąd też doktryna opowiada się za przyznaniem jej takiego właśnie charakteru⁵.

Słuszność takiego stanowiska potwierdza w pewnym stopniu orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 6 marca 2003 roku w sprawie APOL/AIPO v. Komisja⁶, która dotyczyła wstrzymania wypłaty środków pomocowych z Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej. Ocenie Sądu podlegała zatem możliwość zastosowania klauzuli siły wyższej w sytuacji, gdy nie była ona wyraźnie przewidziana w przepisach prawa wspólnotowego, ale Komisja w praktyce zezwalała przedsiębiorcom powołać się na nią, jeśli nie było obiektywnej możliwości wywiązania się ze zobowiązania. W tym kontekście Sąd zauważył wprawdzie, że „orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości lub Sądu Pierwszej Instancji nie uznało

³ Por. np. orzeczenie z 11 lipca 1978 roku w sprawie *Union française de Céréales v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 6/78, ECR 1978, s. 1675.

⁴ Opinia do sprawy *Komisja WE v Belgia*, C-236/99.

⁵ Por. np. J. Flynn, *Force Majeure Pleas in Proceedings Before the European Court*, *European Law Review* 1981, nr 6, s. 110, czy M. Sobczyk, *Pojęcie siły wyższej (force majeure) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2001, nr 4, s. 99

⁶ T-61 i 62/00, ECR 2003, s. II-635.

wyraźnie istnienia takiej zasady ogólnej prawa wspólnotowego, która pozwalała by powołać się na siłę wyższą w sytuacji, gdy przepisy prawa tego wyraźnie nie przewidują”⁷. Następnie jednak stwierdził, że „praktyka administracyjna, która nie opiera się na obowiązujących przepisach, ale zgodnie z którą Komisja rozważa, czy miał miejsce przypadek siły wyższej dla uzasadnienia kontynuacji wypłaty środków pomocowych dla przedsiębiorców, może być wiążąca dla Komisji w każdym przypadku, w którym strona powołuje się na tę koncepcję”⁸. Oznacza to, że możliwość odwołania się do siły wyższej nie jest ograniczona do wyraźnych przepisów prawa wspólnotowego, ale może również wynikać z praktyki instytucji wspólnotowych. Wydaje się, że stąd już tylko krok do stosowania tej koncepcji jako zasady ogólnej prawa wspólnotowego. Sąd daje też wskazówkę, w jaki sposób postępować w przypadku braku wyraźnego odniesienia się przez przepisy do siły wyższej. Trzeba wówczas sprawdzić, czy spełnione są warunki dotyczące tej koncepcji, wykształcone w orzecznictwie odnoszącym się do takich przypadków, w których przepisy wspólnotowe, np. w dziedzinie wspólnej polityki rolnej, wyraźnie odwołują się do siły wyższej.

Ogólnie należy stwierdzić, że siła wyższa nie ma jedynie technicznego znaczenia, ograniczonego do tekstu przepisów prawnych. Jest elastycznym i podyktowanym względami słuszności wyjątkiem od reguły, iż zobowiązań należy dostrzymywać⁹. Jej elementy zostały ukształtowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i to on nadał koncepcji siły wyższej specyficzny charakter, w pewnym stopniu różniący się od ujęcia występującego w poszczególnych państwach członkowskich.

III. Definicje siły wyższej

3.1. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji

W traktatach ustanawiających Wspólnoty Europejskie nie odnajdziemy pojęcia siły wyższej. Pojawia się ono natomiast w orzecznictwie sądów wspólnotowych. Trybunał Sprawiedliwości nie stosuje jednak jednej definicji siły wyższej. Wprost przeciwnie, już w orzeczeniu z 11 lipca 1968 roku w sprawie *Schwarzwaldmilch*¹⁰, w którym po raz pierwszy wypowiedział się na ten temat, podkreślił, że treść tego pojęcia „nie jest identyczna w różnych gałęziach prawa i obszarach

⁷ Ibidem, § 72.

⁸ Ibidem.

⁹ M. Sobczyk, op. cit., s. 99.

¹⁰ Sprawa 4/68, ECR 1968, s. 377.

jego zastosowania, ale należy ją ustalać w odniesieniu do tego obszaru prawnego, w którym ma odnieść skutek”. Taki pogląd Trybunał podtrzymał także w późniejszych orzeczeniach¹¹.

W rezultacie w orzecznictwie występuje kilka definicji siły wyższej, w których występują jednak zbliżone elementy. Najczęściej występują cztery definicje. Pierwsza jest stosowana w ramach wspólnej polityki rolnej i bierze pod uwagę szczególną naturę stosunków między przedsiębiorcami a administracją państwową lub wspólnotową (Komisja Europejska i jej służby). Trybunał stara się tu zapewnić równowagę między prywatnymi i publicznymi interesami, wskazując, że „pojęcie siły wyższej nie jest ograniczone do absolutnej niemożności działania, ale powinno być rozumiane w sensie nadzwyczajnych okoliczności pozostających poza sferą kontroli przedsiębiorcy, których skutków nie można było uniknąć, mimo zachowania należytej staranności, jak tylko za cenę nadmiernych kosztów. Takie ujęcie zapewnia wystarczającą elastyczność nie tylko w odniesieniu do natury zdarzenia, ale również staranności, jaką powinien zachować przedsiębiorca i rozmiaru kosztów, które powinien on zaakceptować”¹². Zbliżoną koncepcję stosuje Sąd Pierwszej Instancji w sprawach dotyczących polityki konkurencji¹³.

Druga z definicji pojawia się w związku z niezachowaniem terminu do wszczęcia postępowania przez Trybunałem Sprawiedliwości lub niewykonaniem zobowiązań przez państwo członkowskie np. brakiem wpłaty składki członkowskiej do budżetu WE. W takich przypadkach Trybunał stwierdza, że „z wyjątkiem specyficznych obszarów, w których jest używane, pojęcie siły wyższej w istocie odnosi się do nadzwyczajnych okoliczności, które uniemożliwiają podjęcie stosownego działania. Chociaż nie zakłada ona absolutnej niemożliwości działania, niemniej jednak odnosi się do anormalnych trudności niezależnych od woli danej osoby i oczywiście nieuniknionych nawet w przypadku zachowania wszelkiej wymaganej staranności”¹⁴.

¹¹ Zob. np. orzeczenie z 30 stycznia 1974 roku w sprawie *E. Kampffmeyer v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 158/73, ECR 1974, s. 101.

¹² § 23 orzeczenia z 17 grudnia 1970 roku w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, ECR 1970, s. 1125. Podobnie w orzeczeniu z 5 lutego 1987 roku w sprawie *Denkavit België NV v Belgian State*, 145/85, ECR 1987, s. 565, § 10; w orzeczeniu z 10 lipca 1990 roku w sprawie *Republika Grecka v. Komisja WE*, C-334/87, ECR 1990, s. I-2849; w orzeczeniu z 11 lipca 2002 roku w sprawie *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-210/00, ECR 2002, s. I-6453, § 79.

¹³ Zob. np. orzeczenie z 6 kwietnia 1995 roku w sprawie *Société métallurgique de Normandie v Komisja WE*, T-147/89, ECR 1995, s. II-1057.

¹⁴ Tak np. w orzeczeniu z 9 lutego 1984 roku w sprawie *Acciaierie e Ferriere Busseni SpA v. Komisja WE*, 284/82, ECR 1984, s. 557 oraz w orzeczeniu z 15 grudnia 1994 roku

Trzecia definicja jest bardzo rzadko stosowana. Trybunał zastosował ją w orzeczeniu z 13 listopada 1984 roku w sprawie Van Gend & Loos i Bosman BV v. Komisja WE¹⁵, która dotyczyła ceł importowych. Zauważył tam, iż „uznanie siły wyższej zakłada, że zewnętrzna przyczyna, na którą powołują się dane podmioty, przyniosła skutki, które są nieuchronne i nieuniknione w takim stopniu, że wykonanie zobowiązań przez te podmioty stało się obiektywnie niemożliwe”.

Czwarta definicja również pojawia się dość rzadko. Można by ją uznać za wyjątek od reguły, bowiem występuje w kilku orzeczeniach odnoszących się do wspólnej polityki rolnej, gdzie mamy do czynienia z ugruntowaną, wyżej zacytowaną definicją. Na rzecz tego, że mamy tu do czynienia z wyjątkiem przemawia też samo ujęcie siły wyższej. Trybunał odnosi ją bowiem do „absolutnej niemożliwości działania spowodowanej niezwykle okolicznościami, nie dotyczącymi danego podmiotu, których skutków nie można było uniknąć, jak tylko ponosząc nadmierne ofiary, pomimo zachowania wszelkiej wymaganej staranności”¹⁶. Natomiast wcześniejsze definicje wprost wskazywały na to, że siły wyższej nie należy kojarzyć z absolutną niemożnością¹⁷.

Niezależnie od tej różnicy, we wszystkich przedstawionych ujęciach możemy wyróżnić dwa wspólne elementy. Po raz pierwszy ich wyróżnienia dokonał rzecznik generalny Capotorti w swojej opinii w sprawie Eierkontor¹⁸. Później zaakceptował je sam Trybunał Sprawiedliwości¹⁹ oraz doktryna²⁰. Te wspólne elementy to:

w sprawie Bayer AG v Komisja WE, C-195/91 P, ECR 1994, s. I-5619. W odniesieniu do zobowiązań państw członkowskich zob. orzeczenie z 17 września 1987 roku w sprawie Komisja WE v. Republika Grecka, 70/86, ECR 1987, s. 3545.

¹⁵ Sprawy połączone 98 i 230/83, ECR 1984, s. 3763.

¹⁶ Orzeczenie z 13 grudnia 1979 roku w sprawie Firma Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, 42/79, ECR 1979, s. 3703, § 10. Podobnie w orzeczeniu z 13 lipca 1985 roku w sprawie NV De Jong Verenigde et Coöperatieve Melkprodukten Bedrijven „Domo-Bedum” GA v Voedselvoorzienings in- en verkoopbureau (VIB), 20/84, ECR 1985, s. 2061 oraz w orzeczeniu z 1 października 1985 roku w sprawie OBFA v SA Nicolas Corman et fi, 125/83, ECR 1985, s. 3039.

¹⁷ Por. M. Sobczyk, op. cit., s. 87. Zob. też J. Thomson, *Force Majeure: the Contextual Approach of the Court of Justice*, Common Market Law Review 1987, nr 24, s. 260, który uznaje, że Trybunał posługuje się węższą i szerszą definicją siły wyższej, przy czym węższa odnosi się do absolutnej niemożliwości, a szersza do praktycznej niemożliwości.

¹⁸ Opinia z 15 listopada 1979 roku do sprawy Firma Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, 42/79, ECR 1979, s. 3703.

¹⁹ Zob. np. orzeczenie z 15 grudnia 1994 roku w sprawie Bayer AG v Komisja WE, C-195/91 P, ECR 1994, s. I-5619, gdzie Trybunał wyraźnie wskazał na oba elementy.

²⁰ Zob. np. J. Thomson, op. cit., s. 263.

- element obiektywny odnoszący się do nadzwyczajnego (wyjątkowego, anormalnego) i nieprzewidywalnego zdarzenia, pozostającego poza sferą kontroli podmiotu zobowiązanego, które uniemożliwiło mu wykonanie zobowiązania,
- element subiektywny, czyli wymóg, aby podmiot zobowiązany zachował wszelką wymaganą staranność, aby zapobiec zdarzeniu i jego skutkom.

Podobnego wyróżnienia dokonuje się w przepisach wspólnotowego prawa wtórnego, które zawierają definicję siły wyższej.

3.2. Prawo wtórne

Wiele regulacji wspólnotowego prawa wtórnego odwołuje się do koncepcji siły wyższej. Tradycyjnie pojawiała się ona w przepisach dotyczących wspólnej polityki rolnej²¹, polityki społecznej²², czy celnej²³. W ostatnim czasie klauzula ta włączana jest również do dyrektyw dotyczących świadczenia usług o powszechnym charakterze, jak usługi pocztowe, telekomunikacyjne²⁴ itd. W tym wypadku ma być ona jedynym uzasadnieniem dla przerwy w ich dostarczaniu. Siła wyższa pojawia się także w postanowieniach dyrektywy Rady i PE nr 95/46/WE z 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych²⁵. W ustępie 55 jej preambuły przewiduje się, że „szkody, jakie osoba może ponieść wskutek niezgodnego z prawem przetwarzania danych, muszą być wyrównane przez administratora danych, który może być zwolniony z odpowiedzialności w przypadku udowodnienia, że szkoda nie powstała z jego winy, a zatem szczególnie wówczas, gdy stwierdzi wystąpienie winy po stronie osoby, której dane dotyczą lub w przypadku siły wyższej”. Wreszcie w art. 45 Statutu Trybunału Sprawiedliwości znajdziemy

²¹ Por. np. art. 33 rozporządzenia Komisji (WE) nr 800/1999 z 15 kwietnia 1999 r. ustanawiającego wspólne szczegółowe zasady stosowania systemu refundacji wywozowych do produktów rolnych, Dz. Urz. L 102 z 17.4.1999, s. 11–52.

²² Np. art. 25 ustęp 4 rozporządzenia Rady nr 1408/71 z 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego do pracowników najemnych i ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie, Dz. Urz. L 149 z 5.7.1971 r., s. 2–50.

²³ Np. art. 72, 233, czy 236 rozporządzenia Rady nr 2913/92 z 12 października 1992 r. ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny, Dz. Urz. L 302 z 19.10.1992 r., s. 1–50.

²⁴ Por. odpowiednio art. 5 dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług Dz. Urz. L 15 z 21.1.1998 r., s. 14–25 oraz art. 23 dyrektywy 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 marca 2002 r. w sprawie usług powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej), Dz. Urz. L 108 z 24.4.2002 r., s. 51–77.

²⁵ Dz. Urz. L 281 z 23.11.1995 r., s. 31–50.

odniesienie się do siły wyższej jako okoliczności uzasadniającej przekroczenie terminu na wniesienie skargi lub odwołania.

Warto zauważyć, że wszystkie te przepisy prawne jedynie odwołują się do koncepcji siły wyższej, bez podania jej definicji. Oznacza to, że jej interpretacja będzie należała do sądów wspólnotowych bądź też do ustawodawcy krajowego implementującego prawo wspólnotowe. Możemy jednak odnaleźć i takie postanowienia, które zawierają definicję siły wyższej, a nawet podają jej przykłady.

I tak, w przepisie art. 4 ustęp 6 dyrektywy Rady 90/314/EWG z 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek²⁶ przypadek siły wyższej ujmuje się jako „niezwykłe i nieprzewidywalne okoliczności, niezależne od strony, która się na nie powołuje i których konsekwencji nie można było uniknąć mimo zachowania wszelkiej należytej staranności”. Podobnie w przepisie art. 9 dyrektywy Rady i PE 97/5/WE z 27 stycznia 1997 r. w sprawie transgranicznych przelewów bankowych²⁷ siłę wyższą definiuje się jako „wystąpienie niezwykłych i nieprzewidywalnych okoliczności niepodlegających kontroli osób powołujących się na działanie siły wyższej, a których skutki byłyby nieuniknione mimo wszelkich wysiłków w celu zapobieżenia im”. Warto odnotować tu różnicę w zakresie ujęcia elementu subiektywnego. Regulacja dyrektywy 90/314, która odwołuje się do „należytej staranności”, w większym stopniu odzwierciedla koncepcję rozwiniętą w orzecznictwie. Natomiast odniesienie się do „wszelkich wysiłków w celu zapobieżenia skutkom siły wyższej” jest mniej precyzyjne i nie odzwierciedla w dostatecznym stopniu elementu subiektywnego w znaczeniu nadanym przez orzecznictwo Trybunału.

Warto też przytoczyć regulację zawartą w art. 22 aneksu załączonego do dyrektywy Rady 98/29/WE z 7 maja 1998 r. o ubezpieczeniach kredytów eksportowych²⁸. Wymienia się tam konkretne przykłady siły wyższej – „wojnę, łącznie z wojną domową, rewolucję, zamieszki, niepokoje społeczne, cyklon, powódź, trzęsienie ziemi, wybuch wulkanu, falę przyptywową i awarię jądrową, o ile ich skutki nie są w inny sposób ubezpieczone”. Widać zatem, że jako niezwykłe i nieprzewidywalne uznaje się zarówno wydarzenia społeczne, jak i przyrodnicze. Zobaczmy, czy takie samo stanowisko zajmuje Trybunał i jakiego typu zdarzenia zostały uznane w jego orzecznictwie jako przypadki siły wyższej, a jakim odmówił takiego charakteru.

²⁶ Dz. Urz. L 158 z 23.6.1990 r., s. 59–64.

²⁷ Dz. Urz. L 43 z 14.2.1997 r., s. 25–30.

²⁸ Dyrektywa w sprawie harmonizacji podstawowych przepisów dotyczących ubezpieczeń kredytów eksportowych dla transakcji objętych ubezpieczeniem średnio- i długoterminowym, Dz. Urz. L 148 z 19.5.1998 r., s. 22–32.

IV. Element obiektywny siły wyższej – niezwykle i nieprzewidywalne zdarzenie pozostające poza kontrolą podmiotu zobowiązanego

Wszystkie cechy zdarzenia, które stanowi siłę wyższą, służą podkreśleniu, że ma ono miejsce bardzo rzadko i jako takie nie może zostać uwzględnione w chwili zaciągania zobowiązania. Tym nadzwyczajnym i nieprzewidywalnym zdarzeniom można przeciwstawić zdarzenia normalne, możliwe do przewidzenia, które należy wziąć pod uwagę w chwili zaciągania zobowiązania²⁹.

Z orzecznictwa Trybunału wynika, że stosuje on te warunki restrykcyjnie, a zatem stosunkowo rzadko przychyła się do twierdzeń strony, która powołuje się na niezwykle i nieprzewidywalny charakter zdarzenia. Za takie uznał sytuację, w których wystąpiły zjawiska przyrodnicze i obowiązek nie mógł zostać zrealizowany, ponieważ statek utonął³⁰ bądź też został uwięziony w pokrywie lodowej³¹. Podobnie atak bombowy został zakwalifikowany jako siła wyższa, ale Trybunał zaznaczył, że jego skutki nie są nieograniczone w czasie i po ich usunięciu państwo mogło wywiązać się ze zobowiązania³². Za nieprzewidywalne i pozostające poza kontrolą podmiotu zobowiązanego uznaje się także akty władzy. Na przykład w orzeczeniu z 7 grudnia 1993 roku w sprawie postępowanie karne przeciwko Huygen i inni Trybunał stwierdził, że „importer może w pewnych przypadkach powołać się na siłę wyższą, jeśli władze celne państwa eksportującego z powodu ich niedbałości nie były w stanie określić pochodzenia towaru”³³. Z kolei w orzeczeniu z 29 września 1998 roku w sprawie First City Trading Ltd i inni³⁴ za siłę wyższą

²⁹ Por. M. Sobczyk, op. cit., s. 88.

³⁰ Zob. orzeczenie z 11 lipca 1978 roku w sprawie *Union française de Céréales v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, 6/78, ECR 1978, s. 1675.

³¹ Por. stan faktyczny sprawy *Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordeung v Firma H. und J. Brüggem*, 71/82, ECR 1982, s. 4647.

³² Orzeczenie z 11 lipca 1985 roku w sprawie *Komisja WE v Republika Włoska*, 101/84, ECR 1985, s. 2629, w którym Włochy usprawiedliwiały atakiem bombowym niedostarczenie Komisji danych wymaganych przez jedną z dyrektyw, a dotyczących krajowego ruchu drogowego. Trybunał stwierdził, że skutki ataku trwają do momentu, w którym administracja zachowując należytą staranność mogła wymienić zniszczony sprzęt oraz zebrać i przygotować dane. Należy zatem stwierdzić, że nie zostało tu spełnione kryterium subiektywne odnoszące się do sposobu postępowania strony.

³³ C-12/92, ECR 1993, s. I-6381. Zob. też orzeczenie z 18 marca 1993 roku w sprawie *Firma Molkerei-Zentrale Süd GmbH & Co. KG v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordeung*, C-50/92, ECR 1993, s. I-1035, gdzie Trybunał również odwołał się do niedbałości władz administracyjnych.

³⁴ C-263/97, ECR 1998, s. I-5537.

został uznany zakaz wywozu wołowiny wydany przez władze brytyjskie. Trybunał wskazał bowiem, że pozostaje on poza kontrolą przedsiębiorców.

Dużo częstsze są jednak te sytuacje, w których nie uznaje się, że miała miejsce siła wyższa. Przede wszystkim Trybunał wskazuje, że nie można uznać za niezwyczajne i nieprzewidywalne działań osób trzecich, którym zobowiązany powierzył lub z pomocą których wykonywał własne obowiązki³⁵. Podobnie nie można powoływać się na późniejsze działania takich osób, np. na odmowę kupującego przyjęcia eksportowanego towaru³⁶, fakt, że przedsiębiorca, któremu pierwotnie zobowiązany odsprzedał masło, przeznaczył je na inne cele, niż przewidywała umowa³⁷, czy też na kradzież przechowywanych towarów³⁸. W tego typu przypadkach sądy wspólnotowe odwołują się do ryzyka handlowego, jakie ponosi przedsiębiorca. W orzeczeniu z 9 sierpnia 1994 roku w sprawie *Belgia v. Boterlux SPRL*³⁹ Trybunał stwierdził nawet, że „dobra wola eksportera i okoliczność, że nie uczestniczył on w oszustwie nie mogą być wzięte pod uwagę ... do eksportera należy bowiem podjęcie stosownych działań zaradczych albo poprzez włączenie odpowiednich klauzul w umowie albo przez zapewnienie szczególnego ubezpieczenia”. Jak widać, Trybunał wymaga zachowania daleko idącej staranności i samodzielnego zabezpieczania własnych interesów. Przedsiębiorca jest odpowiedzialny za wybór partnerów handlowych, a ponadto powinien przewidzieć takie klauzule w zawieranej umowie, które zapewnią, że druga strona zastosuje się do jej postanowień (jeśli zachodzi taka potrzeba, należy przewidzieć kary za niewywiązanie się ze zobowiązań wynikających z umowy)⁴⁰. Będzie jeszcze o tym mowa przy omawianiu elementu subiektywnego siły wyższej.

Podmioty prywatne oraz państwa członkowskie nie mogą również usprawiedliwiać niewykonania zobowiązania poprzez powoływanie się na sytuacje i trudności wewnętrzne. Na przykład, w orzeczeniu z 20 lutego 1979 roku w sprawie *SA Buitoni v. FORMA*⁴¹ powód próbował uzasadniać zwłokę w dostarczeniu dokumentów potwierdzających import towarów wewnętrznym nieporządkiem

³⁵ Por. np. sprawę 42/79 *Eierkontor*, cyt. w przypisie 14.

³⁶ Orzeczenie z 27 października 1987 roku w sprawie *Ioannis Theodorakis Viomichania Elaiou AE v. Grecja*, 109/86, ECR 1987, s. 4319.

³⁷ Sprawa 20/84, *NV de Jong*, cyt. w przypisie 14.

³⁸ Sprawa T-61 i 62/00, *APOL*, cyt. w przypisie 4.

³⁹ C-347/93, ECR 1994, s. I-3933. Dotyczyła ona utraty dopłaty eksportowej w sytuacji, w której towary wyeksportowane z terenu Wspólnoty zostały następnie re-importowane, przy czym eksporter nie brał udziału w tym oszustwie.

⁴⁰ Por. M. D. Parker, *Force Majeure in EC Law* [w:] *Force Majeure and Frustration of Contract*, pod red. E. McKendrick, Londyn 1991, s. 229.

⁴¹ Sprawa 122/78, ECR 1979, s. 677.

panującym podczas wakacji, ale Trybunał nie uznał tego typu usprawiedliwienia. Jeszcze surowiej do tego typu uzasadnień podchodzi w przypadku niewykonania zobowiązań ciążących na państwach członkowskich. I tak, za siłę wyższą nie zostały uznane trudności wewnętrzne związane np. z rozwiązaniem parlamentu⁴², z kryzysem gabinetowym⁴³, czy też reformami konstytucyjnymi, mającymi na celu zachowanie jedności państwa⁴⁴. Tego typu okoliczności nie mogą być powoływane dla uzasadnienia nieprzyjęcia na czas stosownych przepisów prawnych. Podobnie Trybunał potraktował argument Grecji o niemożności wpłaty składki członkowskiej z powodu strajku pracowników jej banku centralnego⁴⁵. Państwo członkowskie nie może zatem powoływać się na strajk, bowiem stanowi on trudność wewnętrzną. Co ciekawe, również w orzeczeniu z 7 maja 1991 roku w sprawie *Organisationen Danske Slagterier v Landbrugsministeriet*⁴⁶ przerwanie dostaw surowców z powodu strajku nie zostało uznane za siłę wyższą. Trybunał zastosował jednak taką ocenę z tego względu, że strajk w przedsiębiorstwie zaopatrzeniowym był legalny, a ponadto wydając potwierdzenie o dostawach poinformowało ono o możliwości rozpoczęcia strajku w okresie jego obowiązywania. Nie został zatem spełniony warunek nieprzewidywalności zdarzenia. Ogólnie należy zatem stwierdzić, że zakwalifikowanie strajku jako siły wyższej będzie wymagało zbadania, czy zachodzą tu podstawowe warunki nieprzewidywalności i pozostawania poza kontrolą podmiotu zobowiązanego. Następnie zaś trzeba będzie zbadać, czy zachował on wszelką wymaganą staranność, aby uniknąć tego zdarzenia.

V. Element subiektywny siły wyższej – zachowanie wszelkiej wymaganej staranności

Potrzeba rozważenia, czy ten element definicji siły wyższej wystąpił w danym przypadku, zachodzi jedynie wówczas, gdy Trybunał stwierdzi, że mamy do

⁴² Zob. orzeczenie z 5 maja 1970 roku w sprawie *Komisja WE v Królestwo Belgii*, 77/69, ECR 1970, s. 237.

⁴³ Zob. orzeczenie z 18 listopada 1970 roku w sprawie *Komisja WE v. Włochy*, 8/70, ECR 1970, s. 961.

⁴⁴ Zob. orzeczenie z 6 lipca 2000 roku w sprawie *Komisja WE v. Belgia*, C-236/99, ECR 2000, s. I-5657, w którym Trybunał wyraźnie wskazał, że trudności, na jakie powołuje się rząd belgijski mają czysto wewnętrzny charakter, ponieważ są rezultatem politycznej i administracyjnej organizacji państwa.

⁴⁵ Por. orzeczenie z 17 września 1986 roku w sprawie *Komisja WE v Republika Grecka*, 70/86, ECR 1986, s. 3545

⁴⁶ C-338/92, ECR 1991, s. I-2315.

czynienia ze zdarzeniem niezwykłym, nieprzewidywalnym i pozostającym poza kontrolą podmiotu zobowiązanego. Element subiektywny badany jest zatem na samym końcu i dlatego też Trybunał dość rzadko dokonuje jego interpretacji. Jeśli bowiem stwierdzi, że dane zdarzenie nie miało charakteru siły wyższej, w ogóle nie analizuje tego, czy dany podmiot zachował wszelką wymaganą staranność.

Możemy też odnaleźć przykłady takich orzeczeń, w których kwestię ustalenia, czy to kryterium zostało spełnione, pozostawił sądom krajowym. Na przykład, w orzeczeniu z 30 stycznia 1974 roku w sprawie *E. Kampffmeyer v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*⁴⁷ Trybunał wskazał ogólnie, że utrata licencji importowej stanowi przypadek siły wyższej, „jeśli ma ona miejsce mimo podjęcia przez jej posiadacza wszelkich środków ostrożności, jakich można rozsądnie oczekiwać od rozsądnego i starannego przedsiębiorcy”. Do sądu krajowego należy ocena jego zachowania w świetle okoliczności sprawy”. Trybunał nie dokonał zatem sam oceny elementu subiektywnego, ale pozostawił ją sądom krajowym (w tym przypadku chodziło o stwierdzenie, czy przedsiębiorca zachował należyłą staranność wysyłając licencję importową listem zwykłym, a nie poleconym).

Mamy też jednak i takie przykłady orzeczeń, w których Trybunał sam ustala, czy dany podmiot zachował wszelką wymaganą staranność. W takich przypadkach stawia zazwyczaj wysokie wymagania. Na przykład, w orzeczeniu z 12 lipca 1984 roku w sprawie *Ferriera Valsabbia SpA v Komisja WE*⁴⁸ powód usprawiedliwiał niezachowanie terminu na złożenie skargi tym, że we Włoszech trwały przewidziane prawem wakacje, w związku z tym nie pracowały kancelarie prawnicze. Trybunał wskazał jednak, że powód nie zachował wymaganej staranności, bowiem decyzję Komisji otrzymał na 10 dni przed rozpoczęciem wakacji, a zatem w tym okresie mógł znaleźć prawnika, zamiast przeznaczyć go na zebranie dokumentów. W rezultacie uznał, że nie można mówić o sile wyższej w przypadku, gdy rozsądna i staranna osoba mogła podjąć konieczne kroki przed upływem terminu przewidzianego na wszczęcie postępowania.

Szczegółne wymogi staranności są stawiane osobom, które zawodowo zajmują się danym rodzajem działalności. Na przykład, w orzeczeniu z 13 listopada 1984 roku w sprawie *Van Gend & Loos NV i Bosman BV v Komisja WE*⁴⁹ Trybunał nie uznał argumentów powodów, którzy przedstawili nieważne certyfikaty pochodzenia towarów, ale twierdzili, że zostało to spowodowane nielegalnym

⁴⁷ Sprawa 158/73, ECR 1974, s. 101.

⁴⁸ Sprawa 209/83, ECR 1984, s. 3089.

⁴⁹ Sprawy połączone 98 i 230/83, ECR 1984, s. 3763.

działaniem władz celnych państwa eksportującego, i że oni sami nie byłiby w stanie przeprowadzić śledztwa i ustalić nieważności certyfikatów. Trybunał stwierdził bowiem, że „skoro powodowie są kompetentnymi profesjonalistami, fakt, że otrzymali nieważne certyfikaty pochodzenia towarów nie jest nieprzewidywalną ani nieuniknioną okolicznością, która ma miejsce mimo zachowania wszelkiej wymaganej staranności”⁵⁰. Od osób zawodowo zajmujących się daną działalnością Trybunał wymaga także podejmowania określonych środków ostrożności, zabezpieczających przed niespodziewanymi zdarzeniami. W orzeczeniu z 13 października 1993 roku w sprawie *An Bord Bainne Co-operative Ltd and Compagnie Interagra SA v Intervention Board for Agricultural Produce*⁵¹ stwierdził, że przedsiębiorcy ponoszą ryzyko zmiany przepisów prawnych. Jego zdaniem „rozsądny przedsiębiorca, który nie może nie być świadomy takiego ryzyka, i który ma swobodę wyboru partnerów handlowych, musi podjąć odpowiednie środki ostrożności albo poprzez przewidzenie w umowie odpowiedniej klauzuli, albo też wykupienie szczególnego ubezpieczenia. Jeśli to jest niemożliwe, a przedsiębiorca zawarł kontrakt, oznacza to, że przyjął na siebie ryzyko i musi ponieść jego konsekwencje”. Są to zatem daleko idące wymagania dbałości o własne interesy.

Z drugiej strony, Trybunał nie wymaga podjęcia przez daną osobę wszelkich możliwych czynności dla uniknięcia siły wyższej. Na przykład, w orzeczeniu z 19 kwietnia 1988 roku w sprawie *Grecja v Inter-Kom*⁵² stwierdził, że pozwana firma nie naruszyła wymogów należytej staranności jedynie z tego względu, że rozpoczęła załadowywanie na statek przechowywanego towaru na cztery dni przed upływem terminu. Fakt, że późniejsza zmiana pogody i awaria elektryczności uniemożliwiła pozwanemu wykonanie tej czynności nie powinien być brany pod uwagę, „jeśli mógł on rozsądnie oczekiwać, że taki okres będzie wystarczający; w tym względzie nie musi on brać pod uwagę możliwości wystąpienia zdarzenia, które stanowi siłę wyższą”.

Element subiektywny należy zatem łączyć z obowiązkiem dołożenia takiej staranności, jakiej można oczekiwać od rozsądnego, a zarazem dbającego o swoje sprawy przedsiębiorcy. Owa dbałość o własne interesy czasami wiąże się z koniecznością wprowadzenia odpowiednich klauzul do umowy albo podpisania dodatkowego ubezpieczenia. Należy zatem stwierdzić, że Trybunał stawia wysokie standardy dla przedsiębiorców działających na rynku wewnętrznym, tworząc zarazem pewien abstrakcyjny wzorzec staranności⁵³.

⁵⁰ Ibidem, § 16.

⁵¹ C-124/92, ECR 1993, s. I-5061.

⁵² Sprawa 71/87, ECR 1988, s. 1979.

⁵³ Por. M. Sobczyk, op. cit., s. 99.

VI Uwagi końcowe

Jak wynika z powyższych rozważań, mimo częstego odwoływania się aktów prawa wtórnego do koncepcji siły wyższej, sądy wspólnotowe stosunkowo rzadko uznają jej występowanie. Dość surowe wymagania stawiane są zarówno w odniesieniu do zdarzeń, które mogą mieć charakter siły wyższej (za takie uznaje się jedynie działania sił przyrody oraz akty władzy), jak i do zachowań podmiotów zobowiązanych, które mogły zapobiec jej wystąpieniu (najczęściej rozsądny i staranny przedsiębiorca, który ponosi ryzyko handlowe). Jak się wydaje wiąże się to z zasadniczą funkcją siły wyższej, jaką jest zwolnienie z obowiązku (zwykle o charakterze publicznoprawnym). Skoro zaś podmiotem uprawnionym są bardzo często Wspólnota i jej instytucje, toteż sądy wspólnotowe nie są skłonne ulegać argumentom przedsiębiorców, czy też państw członkowskich. Inna sprawa, że czasami te argumenty są nadużywane.

Należy też zauważyć, że Trybunał stworzył specyficzną koncepcję siły wyższej, różniącą się od tej, jaka występuje w krajowych porządkach prawnych, zwłaszcza jeśli chodzi o element subiektywny. Nie oznacza to jednak, że mamy do czynienia z zupełnie nowym ujęciem, gdyż Trybunał czerpał z systemów prawnych poszczególnych państw członkowskich, uwzględniając przy tym prawo wspólnotowe. Można zatem stwierdzić, że oryginalność pojęcia siły wyższej w europejskim prawie wspólnotowym wynika z dostosowania go do specyfiki i potrzeb tego prawa.

FORCE MAJEURE IN COMMUNITY LAW – THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND REGULATIONS OF COMMUNITY SECONDARY LAW

The aim of the article is to characterise the concept of force majeure in EC Law. It has been taken from the legal systems of the Member States and its evolution in European Community law has been similar to the evolution of the general principles of EC law. However, the European courts have not ruled explicitly that force majeure constitutes one of such principles. Therefore, the question arises how it should be treated – only as an exception to the general rule of the scrupulous compliance with legislative or contract provisions? This problem is dealt in the second section of this study.

It is also important to establish how the European Court of Justice (the Court) interprets the notion of force majeure. Its case-law shows that it does not apply

only one definition. In fact in its judgements we can find at least four definitions. All of them are presented in the third section of the study together with the examples of the regulations which concern force majeure and are included in different acts of secondary Community law.

Apart from the force majeure definition, it is also important to characterise the objective and subjective elements which are combined in this concept. The objective element is connected with the unusual and unforeseeable event which is beyond control of the obliged party. Examples of such events, which come from the judgements of the Court, are presented in the forth section of the study. The case-law also shows when one can say that a person acts with a due care (the subjective element, presented in the fifth section of the study).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Ryszard Szostak ■

ŚRODKI OCHRONY INTERESÓW KONKURENTÓW UBIEGAJĄCYCH SIĘ O ZAMÓWIENIA PUBLICZNE WEDŁUG ZNOWELIZOWANEJ DYREKTYWY 89/665

I. Uwagi ogólne

Szczególne środki prawne wymuszające szybką, sprawną i skuteczną korekturę uchybień popełnianych przez zamawiającego, organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na bieżąco, jeszcze w toku tego postępowania, pojawiły się stosunkowo niedawno pod wpływem potrzeb praktyki w krajach zachodnioeuropejskich¹. Zmierzają one do szybkiego przywrócenia stanu zgodnego z prawem, celem uniknięcia wadliwego wyboru oferty (przetargowej) i bezzasadnego udzielenia zamówienia, a w konsekwencji rozmaitych trudności spowodowanych późniejszym dochodzeniem żądań związanych z nieważnością umowy i odszkodowaniem na zasadach ogólnych. Celem dyrektywy Rady 89/665/EWG z dn. 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych² było nie tylko zwyczajne zbliżenie

¹ Por. zwłaszcza A. Sołtysińska: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 257.

² OJ L-395, p. 33, 30.12.1989, zm. OJ L-209, p. 1, 24.07.1992, dalej: dyrektywa 89/665. Odrębne rozwiązania zawiera wycinkowa dyrektywa Rady 92/13/EWG z dn. 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne dotyczące stosowania

regulacji krajowych w odniesieniu do tych środków korygujących, lecz przede wszystkim rozciągnięcie nowoczesnych rozwiązań wynikających z doświadczeń niektórych krajów na porządki prawne funkcjonujące wyłącznie z zastosowaniem tradycyjnych roszczeń odszkodowawczych i sankcji nieważności umowy finalnej. Podstawowe założenia dyrektywy 89/665 to powszechność, szybkość i skuteczność przewidzianych w niej „środków odwoławczych” zorientowanych na wzmocnienie poszanowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych: przejrzystości, równości (niedyskryminacji), uczciwej konkurencji i efektywności³. Ogólne określenie „środki odwoławcze” nawiązuje niewątpliwie do stosowanych w przeszłości skarg na czynności organizatorskie zamawiającego zapadające w toku prowadzonego postępowania, głównie na „decyzje” o udzieleniu zamówienia, które obecnie nie mają już administracyjnego charakteru. Określenie to nie jest zatem w pełni precyzyjne, zwłaszcza na tle cywilnoprawnej natury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zorganizowanego na zasadzie równorzędności stron, w ramach materialno prawnej więzi (stosunku przetargowego), objętej przepisami prawa cywilnego⁴. Zamawiający-organizator nie korzysta bynajmniej z jakichkolwiek atrybutów władzy publicznej, jest stroną stosunku materialno prawnego, a nie publiczno-procesowego, swoje kompetencje organizatorskie wywodzi zaś z wielostronnego porozumienia nawiązywanego w wyniku adhezyjnego przystąpienia do postępowania (przetargu) przez zainteresowanych konkurentów, zgodnie z ustalonymi z góry warunkami zamówienia. Zapadające w toku prowadzonego przez zamawiającego postępowania czynności proceduralne nabierają cech czynności wykonawczych względem obligacyjnego stosunku będącego podstawą tego postępowania⁵.

Regulacja zawarta w dyrektywie 89/665 ma charakter ramowy, pozostawia państwom członkowskim wiele swobody, w szczególności co do rodzaju środków ochrony prawnej, terminów ich stosowania, relacji do odpowiedzialności odszko-

środków odwoławczych w procedurach udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, OJ L-76, p. 14, 23.03.1992.

³ Por. M. Lemke (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej – procedury odwoławcze w świetle dyrektyw*, Warszawa 2000, s. 10 i n.

⁴ Por. zwłaszcza R. Szostak: *Przetarg na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 39 i n.

⁵ O stosunku przetargowym zob. zwłaszcza G. Ćmikiewicz: *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego trybu zawarcia umowy*, cz. II, PPHZ 1983, Nr 7, s. 31 i n., M. Jasiakiewicz: *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 85, J. Rajski: *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, Nr 1, s. 4, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza – część ogólna*, Warszawa 1998, s. 183 oraz Z. Radwański: *Prawo cywilne 2 część ogólna*, Warszawa 1999, s. 272.

dowawczej, a także co do właściwości organów orzekających i trybu ich działania. Nie zapewnia więc ona całkowitej harmonizacji krajowych porządków prawnych. Na dodatek większość krajów implementowała ją na poziomie minimalnym, co nie gwarantowało wystarczającej efektywności środków ochrony konkurentów w skali Wspólnoty, tym bardziej na tle unowocześnionej niedawno regulacji udzielania zamówień na mocy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 31 marca 2004 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁶. Sytuację pogarszało uchylanie się niektórych państw od wprowadzenia należytych mechanizmów odwoławczych w obliczu zbyt ogólnej regulacji europejskiej (w prawie polskim większość wymagań dyrektywy 89/665 odzwierciedlono już w 1994 r.). W skrajnych przypadkach rezygnowano nawet z jakiegokolwiek okresu zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, umożliwiającego wniesienie choćby zwykłej skargi na zamawiającego-organizatora przed zawarciem umowy.

Dlatego konieczną stała się gruntowna nowelizacja dyrektywy 89/665, do której doszło na mocy dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dn. 11 grudnia 2007 r. w sprawie zmiany dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych⁷. Nowelizacją objęto niemal wszystkie kluczowe dyspozycje, skonkretyzowano minimalne wymagania w odniesieniu do środków ochrony interesów konkurentów ubiegających się o zamówienia publiczne, ustalono minimalne terminy do ich wnoszenia, a także rozszerzono regulację na drugoplanowe roszczenia odszkodowawcze, sankcję nieważności umowy i inne sankcje szczególne (kary pieniężne). Unormowano też tzw. mechanizm korygujący Komisji, która może wzywać państwa członkowskie do skorygowania istotnych naruszeń prawa popełnianych przez zamawiających przy udzielaniu zamówień trans granicznych.

W preambule do dyrektywy 2007/66 wskazano na potrzebę dalszego wzmocnienia gwarancji przestrzegania zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i niedyskryminacji, aby zapewnić całej Wspólnocie pełne korzystanie z pozytywnych efektów modernizacji i uproszczeń w zakresie udzielania zamówień wynikających z nowych europejskich dyspozycji przyjętych w 2004 r. Za nadrzędne uznano niezbędne rozwiniecie dyrektyw 89/665 i 92/13 w celu osiągnięcia

⁶ OJ L-134, p. 114, 30.04.2004. Obowiązuje też dyrektywa specjalna 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, OJ L-134, p. 1, 30.04.2004.

⁷ OJ L-335, p. 31, 20.12.2007.

rezultatów oczekiwanych przez władze prawodawcze Wspólnoty, a także wprowadzenie co najmniej 10-dniowego okresu zawieszenia możliwości zawarcia umowy typu standstill, aby umożliwić konkurentom ocenę przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i końcowego jego rozstrzygnięcia, a w konsekwencji ustalenie ewentualnych naruszeń prawa, uzasadniających wniesienie przeciwko zamawiającemu środków odwoławczych. Podkreśla się, że trzeba zwalczać przypadki bezprawnego udzielania zamówień z pominięciem obligatoryjnej procedury, w tym polegające na unikaniu procedury otwartej (przetargu) na rzecz łagodniejszej procedury ograniczonej. W każdym wypadku bezpodstawnego udzielenia zamówienia bez uprzedniej urzędowej publikacji ogłoszenia umowa finalna musi być uznana za bezskuteczną. Sankcja nieważności umowy nie może być jednak automatyczna, lecz powinna być stwierdzona przez niezależny organ procesowy lub wynikać z podjętego przez ten organ rozstrzygnięcia. Bezskuteczność umowy stanowi bowiem najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, które bezprawnie zostały pozbawione możliwości uzyskania zamówienia. Konsekwencje uznania umowy za bezskuteczną powinny być określone w ustawie krajowej tak, aby prawa i obowiązki stron nie mogły być egzekwowane i wykonywane. Środki odwoławcze powinny przysługiwać co najmniej każdej osobie, która jest lub była zainteresowana uzyskaniem udzielanego zamówienia i która poniosła szkodę lub jest zagrożona szkodą w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Inne sankcje zaś powinny ograniczać się do nakładania kar pieniężnych płatnych niezależnemu organowi lub urzędowego (sądowego) skracania okresu obowiązywania umowy. Dyrektywa nie wyklucza stosowania surowszych sankcji zgodnie z prawem krajowym, ale nie mogą one wyłączać możliwości żądania unieważnienia umowy o zamówienie publiczne.

Dostosowanie polskiego prawa do nowych rozwiązań będzie wymagało wprowadzenia licznych zmian w ustawie z dn. 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych⁸. Termin na dokonanie transpozycji upływa 20 grudnia 2009 r. W okresie przejściowym znowelizowane dyspozycje dyrektywy 89/665 przyczynią się niewątpliwie do znacznego uporządkowania wykładni dotychczasowych przepisów, w zgodzie z prawem europejskim. Wprawdzie dyrektywa dotyczy jedynie zamówień większej wartości (sięgającej 133 tys. euro odnośnie do dostaw i usług oraz 5.150 tys. euro co do robót budowlanych), ale z uwagi na potrzebę zachowania jednoci regulacji krajowej i jej wewnętrznej spójności zawarte w dyrektywie rozwiązania rozciągnąć trzeba w zasadzie także na zamówienia o mniejszej

⁸ Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, dalej: „pzp”.

wartości, udzielane z szerszym zastosowaniem prawa krajowego. Dyrektywa dotyczy jedynie środków prawnych przysługujących podmiotom ubiegającym się o zamówienie w związku z uchybieniami popełnionymi przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania, nie odnosi się zaś do ewentualnych roszczeń zamawiającego przeciwko konkurentom, czy też do wzajemnych roszczeń między konkurentami, które rozpoznawane są na zasadach ogólnych⁹.

W świetle art. 2 dyrektywy 89/665 do środków odwoławczych należą: a) tzw. środki tymczasowe zmierzające do zawieszenia procedury udzielenia zamówienia, w celu usunięcia uchybienia popełnionego przez zamawiającego-organizatora oraz zapobieżenia dalszym nieprawidłowościom i szkodom, b) uchylene lub doprowadzenie do uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego, w tym usunięcie dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert lub w jakimkolwiek dokumencie określającym warunki zamówienia, c) przyznanie odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku popełnionego przez zamawiającego uchybienia. W zakresie powyższych uprawnień orzekać mogą odrębne organy władzy publicznej, co pozwala zachować dotychczasowe zróżnicowanie rozwiązań międzykrajowymi porządkami prawnymi. W niektórych bowiem państwach w zakresie pierwszych dwu środków orzekają organy pozasądowe (np. w Niemczech, Austrii, Czechach, Słowacji i w Polsce), natomiast orzecznictwo co do roszczeń odszkodowawczych należy do sądów powszechnych.

W polskim prawie tytułem środków tymczasowych przewidziano zawieszenie możliwości zawarcia umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej na okres co najmniej 10 dni oraz automatyczne przedłużenie powyższego stanu zawieszenia w następstwie protestu, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sporu. W ramach środków korygujących unormowano zaś a) protest będący rodzajem reklamacji kierowanej do zamawiającego, poprzedzającej ewentualny proces przed organem władzy publicznej, b) odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na wypadek nieuwzględnienia protestu przez zamawiającego oraz c) skargę sądową na orzeczenie Izby. Mają one charakter prewencyjny, ponieważ ich celem jest wymuszenie usunięcia nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez powtórzenie oprostowanych czynności proceduralnych, a w razie konieczności doprowadzenie do unieważnienia wadliwego postępowania. Roszczeń odszkodowawczych z tytułu szkód wyrządzonych w wyniku wadliwie toczonej procedury pokrzywdzeni konkurenci mogą dochodzić na zasadach ogólnych (art. 471 kc). Już poza granicami „środków odwoławczych” funkcjonuje sankcja

⁹ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ...* op. cit., s. 153 i n.

nieważności bezwzględnej umowy finalnej (art. 146 pzp) na wypadek nieskuteczności środków korygujących lub zaniechania unieważnienia wadliwego postępowania poprzedzającego jej zawarcie. Środki odwoławcze stosuje się bowiem bez zbędnej zwłoki, przy zawieszonym biegu postępowania, jeszcze przed zawarciem umowy, w celu skutecznej korektury popełnionych uchybień, powinny być więc zabezpieczone przymusem państwowym lub automatyczną sankcją. Stąd zgodnie z art. 2 ust. 8 dyrektywy państwa członkowskie gwarantują efektywne wykonywanie orzeczeń organów odwoławczych. Muszą im towarzyszyć rozwiązania chroniące przed jakąkolwiek dyskryminacją pomiędzy konkurentami dochodzącymi swoich roszczeń, bez względu na ewentualne różnice pomiędzy unormowaniami wdrażającymi prawo europejskie a innymi unormowaniami krajowymi¹⁰.

II. Przesłanki ochrony

Według art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zapewnią dostępność środków odwoławczych co najmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu udzielanego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku popełnionego przez zamawiającego domniemanego naruszenia prawa. Wyróżnione w tym przepisie trzy przesłanki ochrony nie uległy zmianie, można więc korzystać z dotychczasowego dorobku orzecznictwa europejskiego¹¹.

Na pierwszy plan wysuwa się przesłanka „naruszenia prawa”. W świetle bowiem art. 1 ust. 1 dyrektywy szczególne środki ochrony zapewniają możliwość szybkiego i skutecznego „odwoływania się od decyzji podejmowanych przez instytucje zamawiające (...) z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo”. W orzecznictwie ETS zwraca się uwagę na konieczność szerokiego rozumienia „naruszenia prawa”, które powinno obejmować także uchybienia kolidujące z przepisami nie związanymi *expressis verbis* z zamówieniami publicznymi, zwłaszcza z nadrzędnymi normami krajowymi o czynnościach prawnych. Ma to istotne znaczenie przy udzielaniu zamówień mniejszej wartości nie podlegających prawu europejskiemu. Wyjątkowo jednak

¹⁰ Por. A. Sołtyśńska: Europejskie prawo zamówień publicznych, Komentarz, Kraków 2006, s. 765 i n.

¹¹ Por. w tym zakresie M. Lemke, D. Piasta: Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999–2005 r., UZP Warszawa 2006, s. 59 i n.

muszą być one zgodne zasadami obrotów trans granicznych, zawartych w TWE¹². Z uwagi na bezpośredni związek zamówień publicznych z prawem konkurencji za równoznaczne z „naruszeniem prawa” uznać trzeba też „naruszenie dobrych obyczajów”. Chodzi przecież o podstawowy miernik zachowania przedsiębiorcy przy ocenie jego odpowiedzialności z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji. Pogląd przeciwny zmuszałby do nieco sztucznego uznawania przypadków łamania dobrych obyczajów za naruszenie w istocie norm ustawowych regulujących zwłaszcza zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem równego dostępu do zamówień publicznych i poszanowania reguł uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp). Poza tym istotne znaczenie przy kształtowaniu procedur udzielania zamówień mają warunki nienormatywne, zależne wprost od woli stron (zamawiającego). Łamanie ustalonych swobodnie wymagań programujących tok postępowania, a także wyznaczających postanowienia umowy finalnej, również powinno być uważane za „naruszenie prawa” (lex contractus) albo co najmniej dobrych obyczajów¹³. Wobec tego, operujący zbyt wąskim pojęciem „naruszenia przepisów ustawy” art. 179 ust. 1 pzp wymaga rychłej korekty.

Pod względem przedmiotowym „naruszenie prawa” związane jest z czynnościami organizatorskimi zamawiającego prowadzącego postępowanie, w dyrektywie 89/665 ogólnie nazywanymi „decyzjami zamawiającego”. Przewidziane w niej środki odwoławcze mają bowiem na celu korekturę wyłącznie tych czynności, nie dotyczą zaś wzajemnych ekscesów między konkurentami. Powinien je zwalczać sam organizator procedury poprzez wykluczenie i odrzucenie oferty złożonej przez niegodziwego konkurenta, zastosowanie mogą mieć też sankcje wynikające z przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale dyrektywa tego już nie reguluje. Z orzecznictwa wynika, że w zakresie „decyzji” liczą się wszelkie czynności zamawiającego podjęte w związku z udzielaniem zamówienia, niekoniecznie tylko czynności prawne zapadające w toku postępowania lub tytułem rozstrzygnięcia końcowego¹⁴. Z tego punktu widzenia odnoszenie protestu do każdej wadliwej czynności lub zaniechania koniecznej czynności (art. 180 ust. 1 pzp) stanowi trafne ujęcie przedmiotowych granic środków ochrony prawnej

¹² Por. wyroki ETS z 18 czerwca 2002 r. (C-92/00, Hospital Planungs-Gesellschaft m.b.H.), ECR 2002, I-533 oraz z 23 stycznia 2003 r. (C-57/01, Macedonico), ECR 2003, I-1091.

¹³ Zob. szczegółowo o tym R. Szostak: Glosa do wyroku SN z dn. 21 listopada 2003 r. (V CK-12.03), „Rejent” 2005, Nr 3, s. 107–116.

¹⁴ Por. zwłaszcza wyroki ETS z 24 stycznia 1995 r. (C-359/93, UMIK), ECR 1995, I-157, z 28 października 1999 r. (C-81/98, Alcatel), ECR 1999, I-07671 oraz z 11 stycznia 2005 r. (C-26/03, Stadt Halle), ECR 2005, I-1. Por. też M. Lemke, D. Piasta: Analiza orzecznictwa op. cit., s. 61 i n.

wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zakresem środków odwoławczych nie muszą być jednak objęte wszelkie akty proceduralne, wyłączeniu mogą podlegać zwłaszcza czynności nie dotyczące przedmiotu postępowania, nie hamujące postępowania, nie uniemożliwiające obrony, ani też nie powodujące uszczerbku w sferze praw i obowiązków zainteresowanych zamówieniem podmiotów¹⁵

Według dyrektywy liczy się „domniemane naruszenie” co oznacza, że do skorzystania ze środka odwoławczego wystarczy samo uprawdopodobnienie, a nie udowodnienie naruszenia prawa przez zamawiającego. Okoliczność ta ma duże znaczenie przy kształtowaniu wymagań formalnych protestu, jako aktu reklamacyjnego. Dla jego zaistnienia nie jest konieczne powołanie naruszonej normy, czy objaśnienia charakteru naruszenia, wystarczy sam opis nieprawidłowości.

Trudności sprawia ustalenie znaczenia prawnego „interesu w uzyskaniu zamówienia”, przesądzającego o kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych. Dyrektywa nie wprowadza wyraźnego ograniczenia, aby liczył się tu wyłącznie interes prawny, który stabilizowałby krąg uprawnionych, zawężając go tylko do konkurentów uczestniczących w postępowaniu, mających realną szansę na zawarcie umowy z zamawiającym. Orzecznictwo europejskie potwierdza jednak przypadki uznania za osoby uprawnione do korzystania ze środków odwoławczych także te, które w ogóle nie uczestniczyły w postępowaniu, zazwyczaj „pokrzywdzone” dyskryminacyjnymi warunkami zamówienia¹⁶. Obecnie już sama dyrektywa regulując wymogi środków odwoławczych w art. 2 ust. 1 pkt b zastrzega, że powinny one zmierzać też do „usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych, zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub w innych dokumentach związanych z procedurą udzielenia zamówienia”. W preambule zaś wyraźnie wskazuje się na konieczność objęcia środkami odwoławczymi „przypadków udzielania zamówień bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu” (por. pkt 14). Jest to równoznaczne z możliwością oprotestowania samego zastosowania trybu ograniczonego, zamiast otwartej procedury udzielenia zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się, że państwom członkowskim nie wolno nadawać pojęciu „interesu

¹⁵ Tak ETS w wyroku z 15 maja 2003 r. (C-214/00, Hiszpania), ECR 2003, I-046667, w którym uznał, że hiszpański system odwoławczy ograniczający możliwość oprotestowania niektórych czynności zamawiającego spełnia jednak wymogi dyrektywy 89/665. Por. M. Lemke, D. Piasta: op. cit., s. 67. Przykładowo z przepisów § 320 i n. austriackiej ustawy z 16 stycznia 2006 r. Bundesvergabegesetz (BGBl. I 2006, Nr 17, S. 1) wynika, że nie wszystkie czynności zamawiającego podlegają zaskarżeniu.

¹⁶ Por. zwłaszcza wyrok ETS z 12 lutego 2004 r. (C-230/02 Grossman Air Service), ECR 2004, I-1829.

w uzyskaniu zamówienia” zbyt wąskiego znaczenia, które pozbawiałoby dyrektywę 89/665 praktycznej skuteczności¹⁷. Z drugiej strony rozpatrywanie analizowanej przesłanki w kategoriach interesu faktycznego grozi niepotrzebnym rozszerzeniem kręgu uprawnionych na osoby mogące nadużywać środków ochrony prawnej, ze szkodą dla interesu publicznego. Pewne ograniczenie stwarza jednak ogólny wymóg dyrektywy, że ze środków odwoławczych można korzystać dopiero po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, nie dotyczą zatem bezpośrednio czynności przygotowawczych. Dlatego – jak się zdaje – nie przewidziano *expressis verbis* możliwości podważenia wadliwego doboru trybu udzielenia zamówienia, lecz jedynie zaniechanie ogłoszenia o zamówieniu, które wprowadzie powinno być przygotowane wcześniej (podobnie jak i pozostałe warunki zamówienia), ale wiąże dopiero od momentu publikacji. Jednakże nawet w przypadku zaczepienia braku ogłoszenia, czy zastosowania dyskryminacyjnych warunków zamówienia (w ramach ogłoszenia, zaproszenia lub dodatkowo udostępnionego dokumentu) konieczne jest istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem w początkowej fazie postępowania (przed złożeniem wniosku lub oferty) można co najwyżej domniemywać, że protestujący konkurenci rzeczywiście mają interesy w ubieganiu się o zamówienie, ponieważ nie wiadomo wtedy, czy ostatecznie zdecydują się oni na złożenie oferty. W konsekwencji skoro dyrektywa łączy możliwość korzystania ze środków odwoławczych z już toczącym się postępowaniem zasadnym jest operowanie „interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia” (art. 179 ust. 1 pzp). Pożądane wydaje się ustawowe zastrzeżenie, że w zakresie podnoszenia zarzutu bezprawnego uchylenia się od ogłoszenia bądź stosowania dyskryminacyjnych warunków zamówienia, za mającego interes prawny może być uważany każdy zainteresowany w sprawie. Przyczyniłoby się ono niewątpliwie do względnej stabilizacji kręgu podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych, pozwalając zwłaszcza na wyłączenie różnych osób posiadających tylko interesy faktyczne, zwłaszcza pominiętych przez zamawiającego przy zapraszaniu do negocjacji lub do składania ofert w trybie tzw. zapytania o cenę.

Interes prawny w powyższym ujęciu to interes wywiedziony z uprzedniej więzi prawnej o charakterze proceduralnym. Według prawa polskiego po uruchomieniu ofertowej procedury udzielenia zamówienia zamawiający jest związany jednostronnie ustalonymi warunkami zamówienia (art. 70¹ § 4 kc)¹⁸, natomiast kon-

¹⁷ Por. wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-410/01, Fritsch), ECR 2003, I-06413.

¹⁸ Wszystkie procedury ofertowo-eliminacyjnego udzielania zamówień (za wyjątkiem udzielania zamówienia z wolnej ręki) oparte są na modelu przetargu lub aukcji. Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony...* op. cit., s. 38 oraz T. Kwieciński: *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz (red. T. Czajkowski), Warszawa 2007, s. 94–98.

kurenci mają jedynie same uprawnienia (zwłaszcza do żądania informacji) i możliwość zwalczania dyskryminacyjnych warunków zamówienia. Zamawiający staje się związany tymi warunkami dopiero od momentu przystąpienia do procedury (w wyniku złożenia oferty lub wniosku) toczonej w ramach wielostronnego stosunku proceduralnego¹⁹. Wprawdzie charakter prawny tego jednostronnie zobowiązującego stosunku przedprzetargowego nie jest jeszcze w pełni jasny, ale stanowi on dostateczne oparcie dla konstrukcji interesu prawnego konkurenta niezadowolonego z warunków wszczęcia postępowania. Dlatego w ramach procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki interes prawny w uzyskaniu zamówienia ma właściwie tylko jedyny wykonawca zaproszony do negocjacji, inne osoby mogą podważać co najwyżej bezprawne zaniechanie ogłoszenia, a więc uniknięcie otwartej procedury udzielenia zamówienia. Sam wykonawca uczestniczący jako jedyny w negocjacjach nie ma właściwie czego zaczepiać, skoro tryb nie jest wiążący (art. 72 kc), a każda ze stron może swobodnie wycofać się z negocjacji. De lege ferenda rozważyć trzeba wprowadzenie przepisu znoszącego co najmniej zakaz zawarcia umowy finalnej, w tym także przed upływem okresu zawieszenia przewidzianego na wnoszenie środków odwoławczych. Zezwala na to nowy art. 2b dyrektywy 89/665.

Liczy się tylko taki interes wykonawcy, który pod względem swojej treści odnosi się do „uzyskania zamówienia”, czyli interes gospodarczy (choć nie wyłącznie zawodowo-gospodarczy) w ubieganiu się o zamówienie publiczne, skoro zamówienie to odpłatna umowa majątkowa²⁰. Odwołanie się zaś do interesu natury prawnej w ubieganiu się o zamówienie pozwala wyłączyć z kręgu uprawnionych do wnoszenia środków odwoławczych podwykonawców i inne osoby mające pośrednie interesy majątkowe, a także samych oferentów przy podważaniu uchybień zamawiającego naruszających ich ewentualne interesy niemajątkowe. Ponadto oferenci wyeliminowani skutecznie z postępowania (po upływie terminu do oprostowania wykluczenia) tracą interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Stosownie do art. 2a ust. 2 dyrektywy 89/665 oferentów uważa się za zainteresowanych, jeżeli nie zostali ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma zaś charakter ostateczny, gdy zainteresowanemu doręczono zawiadomienie i zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy, chyba że w ogóle nie może być objęte odwołaniem. Dlatego w zaawansowanym stadium postępowania, za mającego interes gospodarczo-prawny w uzyskaniu zamówienia może być uważany wyłącznie konkurent, który złożył prawidłową ofertę, niepodlega-

¹⁹ Por. zwłaszcza J. Rajski: op. cit., s. 5 oraz Z. Radwański: System prawa prywatnego, prywatnego, 2, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2002, s. 358.

²⁰ Por. art. 1 ust. 2 pkt a dyrektywy 2004/18.

jącą odrzuceniu. Sprawa komplikuje się jednak w końcowej fazie postępowania, gdy wynik przetargu (innej procedury) podważa oferent, który złożył ofertę sklasyfikowaną nie na drugiej, lecz na dalszej pozycji w rankingu ofert. Dyrektywa 89/665 nie zawiera w tym zakresie żadnej wzmianki, brak też stanowiska w orzecznictwie europejskim. Wydaje się, że wprowadzie w granicach własnego interesu majątkowego nie mieści się żądanie wyboru konkurencyjnej oferty, nawet wadliwie ocenionej (jest to problem interesu publicznego), ale dopóki postępowanie jest w toku wszystko jest możliwe. Dlatego także oferenci zajmujący dalsze pozycje mogą mieć interesy gospodarczo-prawne w podważaniu wyniku przetargu, choćby w celu spowodowania ponownej oceny ofert.

Dyrektywa nie przewiduje konieczności uzasadnienia (udowodnienia) „interesu w uzyskaniu zamówienia”. Wystarczy zatem samo jego uprawdopodobnienie, celem stwierdzenia, że w ogóle istnieje możliwość prawna dochodzenia ochrony. Orzecznictwo uznaje jednak wymóg wykazania przez konkurenta tego interesu za zgodny z prawem europejskim²¹. Przepis art. 180 ust. 8 pzp wskazuje wprowadzie na konieczność uzasadnienia protestu, ale brak sankcji jego odrzucenia w wypadku pominięcia tego elementu.

Do kręgu uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej dyrektywa 89/665 zalicza również konkurenta, który „miał interes” w uzyskaniu zamówienia. W świetle ustalonego powyżej pojęcia interesu to rozszerzenie podmiotowego zakresu ochrony nie może być rozumiane absolutnie. Jest ono niezbędne do objęcia ochroną jedynie konkurentów bezpodstawnie niedopuszczonych do postępowania, wykluczonych lub w inny sposób pozbawionych w nim uczestnictwa i realnych szans na uzyskanie zamówienia²². Wynika to także z regulacji następstw przedwczesnego zawarcia umowy o zamówienie publiczne, bez zachowania wymaganego okresu zawieszenia procedury. Przepis art. 2d ust. 1 pkt b dyrektywy operuje sankcją bezskuteczności umowy, gdy naruszenie to pozbawiło konkurenta możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, niwecząc jego szanse na otrzymanie zamówienia.

Ostatnią znaczącą przesłanką dochodzenia ochrony w związku z ubieganiem się o zamówienie publiczne jest „poniesienie szkody” lub „zagrożenie szkodą” w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego-organizatora postępowania. W tym wyraża się właśnie tymczasowo-zapobiegawczy charakter środków odwoławczych. Jednakże w dyrektywie, a także w orzecznictwie europejskim brak wskazania jakichkolwiek szczególnych kryteriów wyznaczających granice tej przesłanki. Trzeba zatem odwoływać się do ogólnego pojęcia szkody jako uszczerbku

²¹ Por. wyrok ETS z 19 czerwca 2003 r. (C-249/01, Hackermüller), ECR 2003, I-06319.

²² Por. wyrok ETS z 12 lutego (C-230/02, Grossman Air Service) powołany w przypisie 16.

majątkowego, pozostającego w normalnym związku przyczynowym z uchybieniami zamawiającego. Nie ma tu znaczenia charakter możliwej odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza z uwagi na rozróżnienie pomiędzy odpowiedzialnością deliktową i kontraktową. Na gruncie polskiego prawa cywilnego umocnił się pogląd o kontraktowej naturze stosunku przetargowego, wobec wyraźnej dyspozycji zawartej w art. 70¹ § 1 kc.²³

III Środki tymczasowe

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt a dyrektywy 89/665 państwa członkowskie zagwarantują wykonawcom ubiegającym się o zamówienie prawo do żądania niezwłocznego zastosowania środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia toczzonej procedury oraz wykonania „decyzji” podjętych przez instytucję zamawiającą. Legislatywa krajowa ma tu pewien margines swobody, ale każdy kraj musi wprowadzić obligatoryjne zawieszenie postępowania. Celem instrumentów tymczasowych jest zapobieżenie dalszym nieprawidłowościom i stworzenie warunków do efektywnego wdrożenia środków korygujących albo podważenia bezprawnego wyboru oferty. Potrzebny jest bowiem odpowiedni czas na skuteczne zastosowanie właściwych środków prawnych. Dyrektywa nie wyznacza bezpośrednio żadnych konkretnych okoliczności zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia wskutek ujawniających się w jego toku nieprawidłowości. Kwestia ta leży więc w domenie prawa krajowego. Poprzednio obowiązujący art. 2 ust. 1 pkt a przewidywał stosowanie środków tymczasowych w drodze odpowiednich postanowień zamawiającego lub zarządzeń tymczasowych organu rozpoznawczego. Obecnie operuje się ogólną możliwością wydawania postanowień.

Według art. 180 ust. 5 pzp w razie oprotestowania treści ogłoszenia lub warunków zamówienia zamawiający przedłuża termin składania ofert, a gdy podważone zostały dalsze elementy postępowania, zawieszeniu ulega ex lege bieg terminu związania ofertą, do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, do tej chwili nie można też zawrzeć umowy. Nie przewiduje się zatem zawieszenia całego postępowania, zamawiający może podejmować kolejne czynności, lecz gdyby

²³ Por. zwłaszcza Z. Radwański: *Aukcja i przetarg po nowelizacji kodeksu cywilnego*, *Monitor Prawniczy* 2004, Nr 8, s. 355 i n., R. Szostak: *Zagadnienia konstrukcyjne w świetle znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, *KPP* 2004, Nr 1, s. 93–94, A. Brzozowski: *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 281 i n.

trzeba było skorygować wcześniejszy element, powtórzeniu podlegają również te czynności. W prawie krajowym dopuszczalne jest też fakultatywne zastrzeżenie, że organ odwoławczy może odstąpić od środków tymczasowych, jeżeli ich negatywne konsekwencje, zwłaszcza dla interesu publicznego, mogłyby przewyższyć wynikające z nich korzyści, ale nie może to prowadzić do ograniczenia roszczeń przysługujących pokrzywdzonym konkurentom.

Podstawowe znaczenie ma jednak wynikający z art. 2a dyrektywy wymóg zawieszenia możliwości zawarcia umowy finalnej na okres co najmniej 10 dni kalendarzowych od dnia wysłania oferentom informacji o udzieleniu zamówienia drogą elektroniczną lub faksem bądź 15 dni, gdy skorzystano z pisma lub z innego sposobu komunikacji albo co najmniej 10 dni kalendarzowych od dnia doręczenia zainteresowanym decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Według znowelizowanego art. 94 ust. 1 pzp rozmiar tego okresu jest już prawidłowy, choć rozpoczyna się on po doręczeniu zawiadomienia o wyborze oferty, bez względu na formę komunikacji. Z kolei rozwiązanie z art. 92 ust. 1 pzp odpowiada dyspozycji dyrektywy w zakresie streszczenia przyczyn ewentualnego odrzucenia oferty (wniosku), natomiast nie odzwierciedla wymogu „precyzyjnego określenia okresu zawieszenia”.

Nowością jest unormowanie art. 2b dyrektywy, zezwalające na odstępstwo od obowiązującego okresu zawieszenia możliwości zawarcia umowy w trzech wyjątkowych sytuacjach, a mianowicie gdy: a) nie jest konieczne ogłoszenie o zamówieniu w formie urzędowej, b) jedynym zainteresowanym jest wykonawca, któremu udzielono zamówienia (brak konkurentów), c) chodzi o zamówienie jednostkowe udzielane na podstawie umowy ramowej lub z tytułu dynamicznego sposobu dokonywania zakupów. Implementacja tych rozwiązań do prawa polskiego mogłaby przyczynić się do przyspieszenia udzielania zamówień w niektórych przypadkach.

IV. Protest

Zasadnicza regulacja dyrektywy 89/665 dotyczy „odwołań od decyzji zamawiającego” zapadających w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zmierzających do wymuszenia korektury uchybień pod wpływem władczych orzeczeń niezależnego organu rozpoznawczego, w tym uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji zamawiającego. Jednakże stosownie do art. 1 ust. 4 dyrektywy państwa członkowskie mogą wymagać, aby każdy podmiot przed skorzystaniem z odwołania „poinformował zamawiającego o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem, że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu standstill (...) ani na żadne inne terminy do wniesie-

nia odwołania”. Takie właśnie rozwiązanie występuje w prawie polskim od 1994 r. w ramach instytucji protestu o funkcji sygnalizacyjno-reklamacyjnej, a także w niektórych innych ustawodawstwach krajowych (Niemcy, Czechy, Słowacja, Litwa)²⁴. Protest stanowi środek prawa materialnego (rodzaj jawno-publicznego sprzeciwu) skierowany do zamawiającego-organizatora pozbawionego wszelkich atrybutów władzy publicznej, działającego wyłącznie jako strona stosunku materialno-prawnego, a nie publiczno-procesowego. Podstawą bowiem działań organizatorskich zamawiającego prowadzącego postępowanie jest wielostronny stosunek cywilnoprawny, w ramach którego czynności proceduralne przybierają charakter czynności wykonawczych²⁵. Protest jako swoisty środek samoochrony pokrzywdzonego, umożliwia nie tylko niezwłoczne przywrócenie stanu zgodnego z prawem, lecz także przesądowe ustalenie stanowiska i rzeczywistych intencji zamawiającego-organizatora. Z mocy ustawy wniesienie protestu odracza możliwość zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W świetle art. 1 ust. 5 dyrektywy dopuszczalne są szybkie elektroniczne środki komunikacji, byleby doszło do natychmiastowego odroczenia zawarcia umowy. Dodatkowy ustawowy skutek protestu o charakterze publiczno procesowym polega na wstrzymaniu drogi postępowania spornego przed organem władzy publicznej. Zanim bowiem nie wyczerpie się obligatoryjnego postępowania protestacyjnego, nie jest możliwe wystąpienie z żądaniem ochrony do właściwego organu (odwołania), ale w wypadku negatywnego wyniku proces cywilny nie staje się zbędny, właściwemu organowi rozpoznawczemu przysługuje pełna jurysdykcja, tak jakby reklamacja w ogóle nie była wymagana²⁶. W razie zaś uznania zasadności protestu zamawiający koryguje (powtarza) oprotestowaną czynność lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej (art. 183 ust. 5 pzp). Upada więc podstawa faktyczna żądania.

Konieczność wprowadzenia co najmniej 10-dniowego terminu zawieszenia możliwości zawarcia umowy finalnej, w ramach którego można wnosić protesty (wobec dotychczasowego 7-dniowego terminu) przy równoległym ustaleniu na mocy art. 1 ust. 5 dyrektywy co najmniej 10 dniowego terminu dodatkowego na wniesienie odwołania, liczonego od doręczenia protestującemu odpowiedzi zamawiającego (przedłużenie okresu odraczającego umowę), pod znakiem zapytania stawia obecnie efektywność tego dwustopniowego rozwiązania. Rozważenia

²⁴ Por. P. Trepte: *Przewodnik po procedurach zamówień publicznych w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa-Katowice 2006, s. 160 i n.

²⁵ Por. zwłaszcza R. Szostak: *Rozstrzyganie sporów przedumownych wynikających z uchybień popełnianych przy udzielaniu zamówień publicznych*, *Przegląd Sądowy* 2007, Nr 3, s. 72 i n.

²⁶ Por. K. Piasecki: *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, *Palestra* 1985, Nr 7-8, s. 17 oraz R. Szostak: *Rozstrzyganie sporów ... op. cit.*, s. 73.

wymaga zniesienie fakultatywnego – z punktu widzenia prawa europejskiego – etapu reklamacyjnego na rzecz szerszej możliwości operowania uznaniem przez zamawiającego żądania pokrzywdzonego, przy pierwszej czynności procesowej, już w ramach spornego postępowania przed właściwym organem władzy publicznej. Rozważyć można też wezwanie zamawiającego do niezwłocznego przywrócenia stanu zgodnego z prawem, które mogłoby być kierowane równolegle ze skargą (odwołaniem) wnoszoną do Krajowej Izby Odwoławczej. W razie skorzystania przez zamawiającego z szansy niezwłocznego skorygowania uchybienia – postępowanie publiczno-procesowe podlegałoby umorzeniu jako bezprzedmiotowe. Podobne rozwiązanie przewiduje od niedawna prawo słowackie²⁷.

V. Odwołanie

W świetle art. 2 dyrektywy 89/665 podstawowe znaczenie pośród środków odwoławczych ma żądanie wydania rozstrzygnięcia przez właściwy organ władzy publicznej nakazującego usunięcie nieprawidłowości, uchylającego lub nakazującego uchylenie bezprawnych „decyzji” zamawiającego lub przyznającego odszkodowanie dotkniętemu uchybieniami konkurentowi. Jurysdykcja co do tych żądań nie musi być powierzona organowi sądowemu, można ją też powierzyć „odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedur odwoławczych”²⁸. Dlatego w niektórych krajach (Niemcy, Austria, Czechy, Słowacja, Estonia i Łotwa)²⁹, a także w Polsce w zakresie środków korygujących orzekają wyspecjalizowane organy administracyjne, natomiast w sprawach o odszkodowania właściwe są sądy powszechne. Jednakże zgodnie z art. 2 ust. 9 dyrektywy w przypadku, gdy organ odwoławczy nie ma charakteru sądowego, jego „rozstrzygnięcia powinny być zawsze uzasadnione na piśmie”, ponadto „należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie bezprawne środki zastosowane przez organ odwoławczy lub uchybienia w realizacji nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem skargi do sądu lub innego organu będącego sądem w rozumieniu art. 234 Traktatu, niezależnego zarówno od instytucji zamawiającej, jak i organu odwoławczego”. Utworzona w Polsce w 2007 r. Krajowa Izba Odwoławcza (art. 172 i n. pzp), której orzeczenia mogą

²⁷ Tak P. Trepte: op. cit., s. 178.

²⁸ Odnośnie do swobody rozwiązań organizacyjnych zob. wyroki ETS z 17 września 1997 r. (C-54/96 Dorschconsult), ECR 1997, I-04961 oraz z 19 czerwca 2003 r. (C-315/01, Technic GmbH) ECR 2003, I-06351.

²⁹ P. Trepte: op. cit., s. 152 i n.

być zaskarżane do sądu okręgowego, spełnia te kryteria. Wątpliwości zaś może budzić konstytucyjność przepisów dopuszczających orzekanie w sprawach cywilnych (spory przedumowne) przez organ działający w strukturach administracji rządowej³⁰. Stosownie do art. 2 ust. 8 dyrektywy państwa członkowskie mają zapewnić efektywne wykonanie orzeczeń podejmowanych przez organy odwoławcze. Stąd na uwagę zasługuje nowy art. 193 pzp, zgodnie z którym orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, po stwierdzeniu przez sąd powszechny jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Orzeczenia nie nadające się do egzekucji od razu są skuteczne, natomiast orzeczeniom nadającym się do wykonania w drodze egzekucji sąd na żądanie strony nadaje klauzulę wykonalności.

Określenie „odwołanie” stosowane w dyrektywie i w ustawodawstwie niektórych krajów jest pojęciem ogólnym będącym synonimem skargi, nie odzwierciedlającym żadnej konkretnej konstrukcji publiczno procesowej. Prawdopodobnie wywodzi się z czasów, gdy udzielanie zamówień następowało w drodze decyzji administracyjnej. Rozwiązanie takie obowiązuje zresztą do dzisiaj we Francji i w niektórych krajach o orientacji francuskiej (np. w Belgii, Szwecji i Hiszpanii), gdzie rzeczywiście odwołanie od rozstrzygnięcia zamawiającego wnosi się do sądu administracyjnego, a do rozpatrywania roszczeń odszkodowawczych właściwe są sądy powszechne.

Na gruncie prawa polskiego stosowanie tego ogólnego terminu nie wdaje się trafne. Środek ustawowo zwany „odwołaniem” (art. 184 pzp) przysługujący od oddalenia (odrzućenia) protestu nie zmierza bowiem do uchylecia lub zreformowania uprzednio zapadłego orzeczenia, wydanego przez jakiś organ władzy publicznej (zamawiający działa wyłącznie jako strona w swojej sprawie), nie ma zatem charakteru dewolutywnego, lecz stanowi zwyczajny wniosek o rozpoznanie sprawy w trybie publiczno procesowym, w ramach ogólnego prawa do skargi³¹. Według § 107 niemieckiej ustawy o zakazie praktyk ograniczających konkurencję³² jest to wniosek zawierający żądanie rozpoznania sprawy przez Izbę Zamówień Publicznych (Vergabekammern). Zmierzając do uproszczenia zasad zaskarżania uchybień zamawiającego popełnianych w toku udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza w razie zniesienia wyprzedzającego proces postępowania reklamacyjnego, rozważyć trzeba zmianę nazwy analizowanego środka ochrony prawnej na bardziej odzwierciedlającą jego rzeczywistą konstrukcję prawną.

³⁰ Por. R. Szostak: Rozstrzyganie sporów ... *op. cit.*, s. 80 i n.

³¹ Por. R. Szostak: Glosa do wyroku SN z 16 lipca 2003 r. (III CZP-47/03), *Przegląd Sądowy* 2005, Nr 6, s. 144 i n.

³² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vom 27. Juli 1957 (BGBl. I s. 1081, oder vom 26. August 1998, BGBl. I, s. 2545), dalej GWB.

O wiele mniej zastrzeżeń nasuwałaby nazwa „protest”, tym bardziej, że już obecnie celem „odwołania” jest ostateczne rozstrzygnięcie protestu (art. 182 pzp). Nie bez znaczenia jest tu także wielostronny i eliminacyjny charakter spornego stosunku o udzielenie zamówienia i odpowiadająca mu dopuszczalność rozszerzenia kręgu podmiotów uczestniczących w sporze, na osoby, które przyłączą się do procesu w charakterze interwenientów ubocznych (art. 184 ust. 4 pzp).

W świetle europejskich zasad szybkości i skuteczności, a także konstytucyjnej zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych, docelowo należy dopuścić w pełni drogę sądową w zakresie orzekania o sporach związanych z udzielaniem zamówień publicznych³³. Przeshkody względem konieczności utrzymania bardzo krótkiego (dwu lub trzytygodniowego) terminu do rozpoznania sprawy przez sąd pierwszej instancji, przy zapewnieniu wysokiej jakości orzekania pokonać można poprzez podporządkowanie sporów z zakresu udzielania zamówień publicznych jednemu sądowi okręgowemu³⁴, właściwemu dla obszaru całego państwa, np. wydziałowi szczególnemu w warszawskim sądzie okręgowym (średnia liczba spraw nie przekracza 3 tys. rocznie). Sąd ten mógłby orzekać w trybie uproszczonym, ponieważ tego rodzaju sprawy nie są dowodowo skomplikowane, a występujące trudności mają na ogół charakter prawny. Wzorując się na rozwiązaniach charakterystycznych dla trybu odrębnego w sprawach z zakresu prawa pracy (art. 459 kpc) niezbędne byłoby wprowadzenie krótkiego terminu na czynności przygotowawcze, doręczenia bezpośrednie (z zastosowaniem nowoczesnych środków przekazu informacji), kary dyscyplinujące uczestników postępowania, usprawnienia w organizacji pracy sądu z pracą w godzinach popołudniowych itd. Apelacja uruchamiana wskutek skargi kierowanej do właściwego (jednego) sądu apelacyjnego także wymagałaby regulacji szczególnej, umożliwiającej zwłaszcza zachowanie co najwyżej trzytygodniowego terminu do rozpoznania skargi. Do chwili uprawomocnienia się wyroku powinien obowiązywać zakaz zawarcia umowy finalnej, tak jak na gruncie § 118 niemieckiej GWB. Obecne rozwiązanie z art. 182 ust. 2 pzp, zgodnie z którym ustawowy zakaz zawarcia umowy wygasa już w chwili wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie jest trafne. W razie bowiem reformacyjnej zmiany orzeczenia Izby dochodzi często do pośredniego ujawnienia zdarzeń pociągających bezwzględną nieważność umowy (art. 146 pzp), zachodzącą – jak wiadomo – od chwili jej zawarcia. Tymczasem

³³ Por. R. Szostak: Rozstrzyganie sporów ... op. cit., s. 84–85.

³⁴ Obecne przyporządkowanie sądom okręgowym wszystkich skarg typu apelacyjnego na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej budzi wątpliwości, ponieważ gdyby nie było tej Izby właściwe dla większości sporów byłyby sądy okręgowe, a skargi na ich wyroki rozpatrywałyby sądy apelacyjne.

w związku doręczeniem wadliwego orzeczenia Izby zamawiający musi zakończyć postępowanie i udzielić zamówienia w zgodzie z tym orzeczeniem³⁵.

Nowością jest art. 2c dyrektywy 89/665 wyznaczający minimalny termin na wniesienie odwołania³⁶, który nie może być krótszy niż 10 dni kalendarzowych, licząc od doręczenia oferentom „decyzji” instytucji zamawiającej albo 15 dni od jej wysłania, a jeśli przekaz odbywa się faksem lub drogą elektroniczną – wystarczy termin 10-dniowy. Jednakże w przypadku żądania uchylenia (doprowadzenia do uchylenia) „bezprawnych decyzji” niepodlegających doręczeniu (np. zawartych warunków ogłoszeniu lub warunków zamówienia), termin ten wynosi co najmniej 10 dni kalendarzowych od daty publikacji takich oświadczeń. Nie dotyczy to jednak aktualnie obowiązującego prawa polskiego, przewidującego konieczność wyczerpania obligatoryjnego postępowania protestacyjnego, które każdorazowo uzależnia bieg terminu na wniesienie odwołania od uprzedniego ustosunkowania się zamawiającego do protestu lub od bezskutecznego upływu terminu do jego załatwienia. Wydłużenie w 2008 r. terminu do złożenia odwołania (art. 184 ust. 1 pzp) nie jest jednak wystarczające. Przepisy o terminie odwołania nadal wymagają ostatecznego dostosowania do wymagań art. 2c dyrektywy.

Stosownie do art. 2 dyrektywy „w sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji zamawiającej, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzielenie zamówienia, państwa członkowskie zapewnią, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem orzeczenia przez organ odwoławczy (...)”. Odzwierciedlenie tej dyspozycji w prawie polskim zawiera art. 182 ust. 2 pkt 3 pzp, z tym że ze względu na niebezpieczeństwo ujawnienia okoliczności rzutujących na nieważność umowy finalnej przez sąd skargowy, okres zawieszenia możliwości zawarcia umowy w odniesieniu do zamówień wielkiej wartości powinno utrzymywać się aż do uprawomocnienia się wyroku sądu okręgowego lub do czasu bezskutecznego upływu terminu do zaskarżenia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wymaga to jednak radykalnego skrócenia czasu trwania procedury sądowej najlepiej w ramach stosownego postępowania odrębnego.

Do „postępowania odwoławczego” odnosi się także art. 2 ust. 5 dyrektywy, dopuszczający wyjątkowe odstępstwo od zastosowania środków tymczasowych, gdy przemawia za tym interes publiczny. Prostym jego odpowiednikiem w prawie

³⁵ Por. uchwałę SN z 24 listopada 2005 r. (III CZP-85/05), z aprobowaną glosą R. Szostaka, *Monitor Prawniczy* 2007, Nr 12, s. 681 i n.

³⁶ Brak takiej dyspozycji był szczególnie uciążliwy w odniesieniu do zamówień transgranicznych. Z zasady szybkości stosowania środków odwoławczych orzecznictwo wyprowadziło kryterium „rozsądnego terminu”. Por. zwłaszcza wyrok ETS z 12 grudnia 2002 r. (C-470/99, *Universale-Bau AG*), ECR 2002, I-11617 oraz wyrok ETS z 27 lutego 2003 r. (C-327/00, *Santex*), ECR 2003, I-01877.

polskim jest znowelizowany ostatnio art. 182 ust. 3 pzp, upoważniający Izbę do uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli odroczenie jej zawarcia mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów naruszonych lub zagrożonych w wyniku domniemanych uchybień popełnionych przez zamawiającego³⁷.

VI Charakter środków korygujących

Wymuszenie od zamawiającego szybkiej i skutecznej korektury uchybień, jeszcze w toku prowadzonego przez niego postępowania, przed zawarciem umowy, polegać ma według art. 2 ust. 1 b dyrektywy 89/665 na „uchyleniu lub doprowadzeniu do uchylenia bezprawnych decyzji” organizatora. Rolą protestu, odwołania i skargi sądowej jest zatem zabezpieczenie efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowią one wyraz szczególnych uprawnień konkurentów ubiegających się o zamówienie w ramach materialno prawnego stosunku proceduralnego, gwarantujących osiągnięcie głównego celu tego stosunku w postaci doprowadzenia do zawarcia umowy finalnej. Brak więc podstaw do jakichkolwiek analogii co do postępowania zabezpieczającego względem procesu cywilnego (art. 730 kpc) zmierzającego do zagwarantowania wykonalności wyroku, czy nawet tymczasowego zaspokojenia wierzyciela. W ramach stosunku proceduralnego o udzielenie zamówienia, zamawiający obciążony jest powinnością dokonania kolejnych czynności wykonawczych, faktycznych lub prawnych, w tym koniecznych oświadczeń woli. Są to jego zwyczajne powinności dłużnicze. W rezultacie środki korygujące zmierzają do realnego wykonania zobowiązania przez zamawiającego. W razie nienależytej realizacji zobowiązania, uprawniony może na zasadach ogólnych żądać od zobowiązanego zmiany sposobu wykonania powinności pod rygorem wytoczenia powództwa i egzekucji³⁸. Podobnie w wypadku zaniechania wymagalnej czynności uprawniony może domagać się od zamawiającego realnego jej wykonania niezależnie od żądania naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (art. 477 § 1 kc). Z cywilnoprawnego punktu widzenia domaganie się korektury postępowania nabiera zatem charakteru roszczenia. Jego treść wyrażająca się ogólnym żądaniem „uchylenia bezprawnych decyzji” jest konkre-

³⁷ Por. G. Wicik, P. Wiśniewski: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 774–777.

³⁸ Przy niektórych umowach z żądaniem takim uprawniony może wystąpić pod rygorem odstąpienia od umowy (por. np. art. 611, 636 i 656 kc).

tyzowana przepisami prawa krajowego w imię zasady należytego wyczerpania postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to wynik działania przepisów odrębnych, przesądzających o szczególnym charakterze roszczenia stanowiącego przedmiot środków korygujących. W szczególności brak podstaw do łączenia przesłanek tego roszczenia z winą. W razie niemożliwości świadczenia pojmowanej w kategoriach prawnej niemożliwości zawarcia ważnej umowy (jest celem przejściowego stosunku proceduralnego), dopuszczalne jest roszczenie odszkodowawcze uzasadnione subiektywną, choć niekoniecznie zawinioną przyczyną unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do art. 183 ust. 5 pzp zamawiający uwzględniając protest, niezwłocznie powtarza oprotestowaną czynność postępowania lub dokonuje czynności bezprawnie zaniechanej, informując wszystkich wykonawców. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie może nakazać zamawiającemu wykonanie bądź powtórzenie zakwestionowanej czynności zamawiającego lub nakazać jej unieważnienie. Od razu uwidacznia się niedopuszczalna różnica w zakresie żądania unieważnienia czynności, które także powinno być objęte przedmiotem protestu. Dokonanie czynności uprzednio zaniechanej nie nasuwa żadnych wątpliwości, natomiast „powtórzenie oprotestowanej czynności” polega na jej ponownym prawidłowym dokonaniu, chyba że byłoby to bezprzedmiotowe, np. co do otwarcia ofert przetargowych. W odniesieniu do czynności prawnych (oświadczeń woli) sprawa komplikuje się nieco, ponieważ zwyczajne powtórzenie jest możliwe tylko co do czynności uchybiającym konstytutywnym wymogom oświadczeń woli (art. 60 i 61 kc) oraz bezwzględnie nieważnych (art. 58, 73, 76, 82-83, 94 i 103-104 kc), natomiast czynności wadliwe (zwłaszcza na podstawie art. 84-88 kc), a także bezprzedmiotowe, jeśli zostały dokonane w oparciu o wadliwe przesłanki, wymagają wpierw unieważnienia (odwołania). Szczególny przypadek stanowi dopuszczalność tzw. sprostowania ogłoszenia oraz zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 11 ust. 4, 12 ust. 4 oraz 38 ust. 4 pzp). Bezwzględna nieważność, jak i unieważnienie, każdorazowo muszą wynikać z konkretnych przepisów prawa materialnego³⁹.

Dyrektywa nie wyznacza żadnych konkretnych norm czasowych do stosowania środków korygujących. Wprawdzie łączy je bezpośrednio z postępowaniem o udzielenie zamówienia, lecz nie wskazuje na jakiekolwiek okoliczności kończące procedurę. Jest to bowiem problematyka dyrektywy 2004/18, ale ona też wyraźnie nie obejmuje tej kwestii, ponieważ zamówień udziela się w zasadzie według

³⁹ Por. zwłaszcza J. Preussner-Zamorska: Nieważność jako postać wadliwości czynności prawnej, Kraków 1977, s. 69 i n., B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: System prawa cywilnego, t. I, część ogólna, Ossolineum 1985, s. 709 i n. oraz Z. Radwański: System... op. cit., s. 436 i n.

„procedur krajowych”, prawo europejskie wskazuje zaś tylko na niektóre ich elementy. Pośrednio z dyrektywy 89/665 wynika wszakże, iż postępowanie o udzielenie zamówienia nie ulega zamknięciu z chwilą wyboru oferty, powinno toczyć się aż do momentu zawarcia umowy finalnej, skoro obowiązuje okres zawieszenia typu standstill. Możliwość stosowania środków korygujących ustaje zatem w zasadzie dopiero po zawarciu umowy finalnej z uwzględnieniem wymaganego okresu zawieszenia. Stosunek proceduralny bowiem wygasa wskutek wyczerpania postępowania, choć w razie nieważności umowy postępowanie może być wznowione. W rezultacie żądanie korektury postępowania jest ograniczone uwarunkowanym terminem zawitym. Wyjątkowo jednak postępowanie podlega zamknięciu w drodze unieważnienia (umorzenia), jeżeli stało się bezprzedmiotowe. Podstawy unieważnienia wskazuje prawo krajowe (są różnice), choć pod wpływem ogólnych zasad udzielania zamówień umacnia się tendencja do ich obiektywizacji⁴⁰. Najczęściej są to: brak dostatecznej liczby ofert, brak wystarczającego pokrycia finansowego, nadzwyczajna zmiana okoliczności albo zaistnienie wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie rozwiązuje stosunek proceduralny (o ile sam nie wygasa ex lege), pociąga odrzucenie ewentualnie utrzymujących się ofert oraz znosi z mocą wsteczną zapadłe w postępowaniu czynności prawne wykonawcze. Oświadczenie woli złożone przez zamawiającego w tej sprawie może być podważone w ramach środków korygujących.

VII Roszczenia odszkodowawcze

Dyrektywa 89/665 wymaga, aby w prawie krajowym zagwarantowana została możliwość skutecznego występowania przeciwko zamawiającemu z roszczeniami odszkodowawczymi przez wszystkie podmioty, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia prawa przy udzielaniu zamówień. Wprawdzie żądania odszkodowawcze zalicza się również do środków odwoławczych, ale nie wyznaczono w tym zakresie żadnych wiążących przesłanek, zwłaszcza co do terminu realizacji. Dyrektywa nie przesądza też wyraźnie o reżimie roszczeń odszkodowawczych (czy ma być on kontraktowy, czy też deliktowy), o charakterze związku przyczynowego, ani tym bardziej o jakichkolwiek okolicznościach egzoneracyjnych. Powiązanie wszakże tych roszczeń z uchybieniami zamawiającego, popełnianymi w trakcie realizacji stosunku proceduralnego, jednoznacznie wskazuje na priorytet reżimu kontraktowego odpowiedzialności. Nieco więcej reguluje

⁴⁰ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ...* op. cit., s. 199 i n.

wycinkowa dyrektywa 92/13 (odnosząca się jedynie do tzw. zamówień sektorowych) wskazując na niektóre podstawy tej odpowiedzialności (art. 2 ust. 7), a mianowicie przy dochodzeniu zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu (negatywny interes)⁴¹ poszkodowany powinien udowodnić jedynie naruszenie prawa przez zamawiającego i to, że miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, której w wyniku tego naruszenia został pozbawiony⁴². Atrakcyjność tego rozwiązania, na tle nowoczesnych tendencji rozwojowych zmierzających do wzmocnienia ochrony uzasadnionego zaufania do warunków toczzonej procedury, sprawiła, że w niektórych państwach zostało ono implementowane bez jakichkolwiek ograniczeń sektorowych, w odniesieniu do wszelkich zamówień publicznych. Dotyczy to zwłaszcza prawa niemieckiego, austriackiego i w pewnym zakresie także polskiego⁴³.

Z dyrektywy 89/665 wynika zaś pośrednio, że odszkodowania można żądać w każdym czasie, przed, jak i po zawarciu umowy finalnej, stosownie do rozwiązań krajowych, które nie mogą ograniczać prawa do żądania wyrównania uszczerbku każdemu poszkodowanemu. Jednakże według art. 2 ust. 6 tej dyrektywy w prawie krajowym można przewidzieć, że w razie żądania odszkodowania w związku z bezprawnie podjętą „decyzją” (zwłaszcza w związku z rozstrzygnięciem końcowym), musi być ona uprzednio zweryfikowana i uchylona przez właściwy organ. Niezależnie od tego dyrektywa dopuszcza powierzenie jurysdykcji w zakresie rozpoznawania roszczeń odszkodowawczych „organowi odpowiedzialnemu za środki odwoławcze” podnoszone również po zawarciu umowy (art. 2 ust. 7). Chodzi tu nie tylko o zwyczajną ekonomikę procesową i usunięcie rozbieżności w orzekaniu (gdyby o odszkodowaniu rozstrzygał inny organ, niż o środkach korygujących), lecz także o pewność w zakresie ustaleń faktycznych, skoro warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego jest dopuszczenie się uchybienia przy udzielaniu zamówienia. W większości krajów UE jurysdykcję w zakresie rozpoznawania sporów odszkodowawczych sprawują sądy powszechne, które nie są związane ustaleniami ewentualnych organów pozasądowych, orzekających w zakresie środków korygujących, choć – jak wiadomo – nie mogą też podważać ich prawomocnych rozstrzygnięć.

⁴¹ W pierwszej przygotowanej przez Komisję Europejską wersji projektu dyrektywy 89/665 wyznaczono stosunkowo szerokie granice odszkodowania, obejmujące oprócz zwrotu kosztów uczestnictwa w postępowaniu także i utraconych korzyści, celem wyraźnego wzmocnienia pozycji oferentów, ale Parlament Europejski wypowiedział się za skreśleniem tego przepisu jako zbyt radykalnego, który mógłby wywoływać trudności w praktyce przy szacowaniu utraconych korzyści. Por. M. Lemke: *op. cit.*, s. 19.

⁴² Bliżej o tym zob. A. Sołtysińska: *Europejskie prawo ... op. cit.* s. 815–816.

⁴³ Por. R. Szostak: *Przetarg nieograniczony ... op. cit.*, s. 167–168.

W prawie polskim brak szczególnej regulacji odpowiedzialności za szkody wynikające z uchybień popełnionych przez zamawiającego-organizatora postępowania. Obowiązują zasady ogólne. Panuje jednak pogląd ograniczający dopuszczalne żądanie odszkodowawcze do granic tzw. ujemnego interesu umownego⁴⁴. Jedyny wyjątek zawiera art. 93 ust. 4 pzp, według którego w razie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty. Ziszczenie się przesłanek odszkodowawczej odpowiedzialności zamawiającego z tytułu innych uchybień jest rzadkością z uwagi na prewencyjną funkcję środków korygujących (względem szkód). Sporadycznie dochodzi do szkody wyrządzonej w następstwie uchybień „nieodwracalnych”, spowodowanych zazwyczaj błędną informacją, czy opóźnieniem w zawiadomieniu o wyniku przetargu lub innego postępowania. Większe zaś szkody ujawniają się w wypadku stwierdzenia nieważności umowy (art. 146 pzp). Mogą one dotknąć też sytuacji majątkowej wykonawcy nieświadomie „wciągniętego” przez zamawiającego do nieważnej umowy, zawartej w wyniku wadliwego przetargu⁴⁵. Przepis art. 93 ust. 4 pzp potwierdza zasadę kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, ograniczonej do negatywnego interesu umownego. Szczególnym elementem odpowiedzialności z art. 93 ust. 4 pzp jest zobiektywizowany jej charakter, odrywa się bowiem od przesłanki winy i normalnego związku przyczynowego, skoro liczą się jakiekolwiek przyczyny po stronie zamawiającego, a żądać odszkodowania może w zasadzie każdy konkurent, nie tylko oferent mający realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Pożądana jest – jak się zdaje – ogólniejsza regulacja odszkodowania w polskim prawie zamówień publicznych, z wyraźnym ograniczeniem odpowiedzialności do negatywnego interesu umownego. Rozważenia wymaga też wprowadzenie

⁴⁴ Por. zwłaszcza Z. Radwański: *Prawo cywilne...* op. cit., s. 273, K. Stefaniuk: *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, „Rejent” 1999, Nr 10, s. 98 i n., R. Szostak: *Zagadnienia konstrukcyjne...* op. cit., s. 93–94, a także uzasadnienie wyroku SN z dn. 21 listopada 2003 r., powołanego w przypisie 13. Taki kierunek wykładni nasuwają też wprost przepisy kodeksu regulujące odszkodowania z tytułu zdarzeń przedumownych, (por. np. art. 72§2, 103 § 3, 387 § 2 i 390 kc). Analogiczne stanowisko zajmuje doktryna niemiecka, por. zwłaszcza H. Ingensteu, H. Korbion: *VOB Teile A und B, Kommentar*, Düsseldorf 2001, s. 620 (Nb. 18-25), N. Portz: *Kommentar zur VOL/A, Vergaberecht-Rechtsschutz*, Düsseldorf 2000, s. 641–642 oraz A. Boesen: *Vergaberecht Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Köln 2000, s. 544.

⁴⁵ Por. zwłaszcza J. Górski: *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*, *Poznań* 1938, s. 110–117 oraz wyroki Sądu Najwyższego tam powołane, z 9 maja 1926 r. oraz z 13 października 1932 r.

na wzór § 124 niemieckiej GWB przepisu, zgodnie z którym sąd orzekający o odszkodowaniu byłby związany ustaleniami prawomocnego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, a także wyrokiem sądowym zapadłym w sporze o zastosowanie środków korygujących. Nie wydaje się jednak celowe, aby poza przypadkiem unieważnienia umowy, konkurent mógł dochodzić odszkodowania z powodu wadliwości postępowania, jeśli nie skorzystał w porę z prawa do jej oprotestowania.

VIII. Unieważnienie umowy

Zupełną nowością jest wprowadzenie do dyrektywy 89/665 dodatkowej regulacji o „bezskuteczności umowy” zawartej z pogwałceniem ustawowo nakazanych procedur udzielania zamówień publicznych (art. 2d). Dotychczas sytuacja ta leżała wyłącznie w domenie prawa krajowego. W świetle dyrektywy nie może być to jednak sankcja automatyczna, lecz wynikająca z orzeczenia sądu lub innego „organu odwoławczego”. W preambule do dyrektywy 2007/66 podkreśla się, że aby realnie zwalczać praktyki bezzasadnego udzielania zamówień z pominięciem obligatoryjnych procedur lub na podstawie wadliwego wyboru oferty, konieczne są bardziej odstraszające sankcje prawne. „Bezskuteczność to najlepszy sposób przywrócenia konkurencji i stworzenia nowych perspektyw handlowych podmiotom gospodarczym, bezprawnie pozbawionym udziału w otwartej procedurze udzielenia zamówienia”. To samo dotyczy przypadku przedwczesnego zawarcia umowy przed upływem ustawowego okresu zawieszenia typu standstill. W razie zaś naruszenia jedynie wymagań formalnych prawidłowo wybranego trybu postępowania rodzaj sankcji zależy już wyłącznie od rozwiązań krajowych. Doniosłe jest przyznanie konkurentom prawa żądania unieważnienia umowy przez sąd (inny organ), co stanowi wyłom od tradycyjnego zapatrywania, że interes prawny w unieważnieniu umowy mają w zasadzie tylko same strony umowy oraz ewentualnie rzecznik interesu publicznego.

Zastosowanie w dyrektywie konstrukcji tzw. nieważności względnej nie budzi żadnych wątpliwości kwalifikacyjnych, skoro wyraźnie zastrzega się, że nie chodzi o bezskuteczność następującą automatycznie, lecz wynikającą z orzeczenia właściwego organu, a do zaskarżenia umowy ustalono krótki, termin. Ma to duże znaczenie dla polskiego prawa zamówień publicznych operującego bezwzględną nieważnością umowy (art. 146), które będzie musiało być w nadchodzącym czasie zmienione. Wprawdzie – jak już wspomniano – dyrektywa nie wyklucza surowszych sankcji, ale nie dotyczy to bezskuteczności umowy. Ratio legis rozwiązania europejskiego wynika niewątpliwie z potrzeby zapewnienia należytej oceny skuteczności umowy finalnej przez sąd lub inny organ orzekający.

Zwraca się uwagę przede wszystkim na konieczność zagwarantowania trwałej pewności prawnej co do obowiązywania umowy. Stąd w celu uniknięcia rozmaitych trudności i niepewności państwa członkowskie muszą wyłączyć ze swoich porządków prawnych wszelkie inne drogi procesowego stwierdzania bezskuteczności umowy o zamówienie publiczne (por. pkt 25-26 preambuły). Jedynie w odniesieniu do wykraczających poza dyspozycje dyrektywy przypadków naruszania wymagań warunkujących prawidłowy tok postępowania nadal można będzie operować automatycznie działającą sankcją bezwzględnej nieważności umowy (art. 146 ust. 1 pkt 6 pzp). Jednakże w imię pożądanej jednolitości, także i te przypadki powinny być objęte następstwem unieważnienia umowy, a nie sankcją bezwzględnej jej nieważności. Nie można przecież dopuścić, aby cięższe naruszenie prawa jakim jest bezpodstawne uchylenie się od zastosowania procedury przetargowej sankcjonowane było łagodniej, niż uchybienia popełniane w postępowaniu o udzielenie zamówienia rzutujące na jego wynik. Ponadto nie bez znaczenia jest tu potrzeba zachowania spójności z rozwiązaniem wyrażonym w art. 70⁵ kc., wyposażającym organizatora oraz każdego z uczestników przetargu (aukcji) w prawo żądania unieważnienia umowy finalnej, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik postępowania w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami⁴⁶. Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy.

Przepis art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 stanowiący, że „państwa członkowskie zapewnią, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy (...) albo żeby jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu” dopuszcza alternatywne konstrukcje prawne. Pierwsza to niezbyt jasna na gruncie prawa polskiego, konstrukcja nieważności z mocy prawa, wymagającej jednak każdorazowo powodztwa ustalającego. Druga zaś to tzw. wzruszalność umowy, polegająca na jej ubezskutecznieniu na mocy konstytutywnego orzeczenia właściwego organu (nieważność względna). Bliższa prawu polskiemu jest niewątpliwie ta druga konstrukcja, nawiązująca także do art. 70⁵ kc. Analogicznie jak w przypadku klasycznych wad zachodzących przy zawieraniu umowy (błędu, podstęp, groźby) sprowadza się do unicestwienia jej skutków prawnych z mocą *ex tunc*, choć nie w wyniku własnego oświadczenia zainteresowanego, lecz orzeczenia

⁴⁶ Por. S. Rudnicki: Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza-część ogólna, Warszawa 2004, s. 315–316 oraz P. Machnikowski: Kodeks cywilny, Komentarz, Warszawa 2006, s. 188–189.

sądu wydanego na żądanie o charakterze prawo kształtującym. Rola sądu sprowadza się do kontroli przesłanek wzruszalności i do publicznego stwierdzenia tego faktu⁴⁷. W przeciwieństwie do bezwzględnie nieważnej, wzruszalna czynność prawna ulega konwalidacji w przypadkach ustawowo wskazanych, zwłaszcza w następstwie bezskutecznego upływu terminu do żądania unieważnienia. Taki stan niepewności jest wysoce niedogodny dla stron zawartej umowy i może być szkodliwy dla obrotu gospodarczego. Dlatego dyrektywa 89/665 przewiduje krótki termin zawity do występowania z żądaniem unieważnienia, nie krótszy jednak niż 30 dni od ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (zawiadomienia konkurentów o zawarciu umowy), a w razie jego zaniechania – 6 miesięcy od podpisania umowy (art. 2f).

Stosownie do art. 2 d ust. 3 dyrektywy w prawie krajowym wolno zastrzec, że właściwy organ może nie uznać wadliwej umowy za bezskuteczną, gdy nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają zachowania w mocy skutków umowy. Wolno zaś przewidzieć inne sankcje, zwłaszcza skrócenie okresu obowiązywania umowy lub kary pieniężne. Interes gospodarczy w utrzymaniu skuteczności kontraktu może zostać uznany za nadrzędną przyczynę w powyższym ujęciu jedynie w wyjątkowych okolicznościach, gdy ubezskutecznienie pociągałoby niewspółmierne konsekwencje. Nadrzędnej przyczyny związanej z interesem ogólnym nie stanowi jednak interes gospodarczy dotyczący bezpośrednio samego zamówienia, zwłaszcza odnoszący się do uszczerbków wynikających z opóźnienia w wykonaniu zamówienia, kosztów uruchomienia nowej procedury udzielenia zamówienia lub kosztów wynikających ze zmiany wykonawcy, a także do następstw majątkowych bezskuteczności umowy.

Unieważnienie umowy w świetle art. 2d dyrektywy dopuszczalne jest w trzech przypadkach, a mianowicie, gdy:

- udzielono zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia z naruszeniem ustawy, zwłaszcza w trybie negocjacyjnym,
- doszło do przedwczesnego zawarcia umowy z naruszeniem ustawowego zakazu jej zawarcia przed upływem co najmniej 10-dniowego stanu zawieszenia kontraktowania, jeżeli naruszenie to pozbawiło oferenta mającego szanse na uzyskanie zamówienia (oferta niepodlegająca odrzuceniu) możliwości skorzystania ze środków odwoławczych,
- doszło do uchybień formalnych w toku postępowania o udzielenie zamówienia mających wpływ na jego wynik, ale wprowadzenie sankcji unieważnienia umowy w tym przypadku zależy od legislatury krajowej,

⁴⁷ Por. uwagi na tle art. 70 (5) kc. Z. Radwańskiego: *System...* op. cit., s. 371 oraz P. Machinkowskiego: op. cit., s. 189.

Powyższy katalog różni się od podstaw nieważności bezwzględnej umowy wskazanych w obecnie obowiązującym art. 146 ust. 1 Pzp. Nie obejmuje bowiem przypadku niedopuszczalnego zawarcia umowy przed zakończeniem tzw. uprzedniej kontroli administracyjnej udzielenia zamówienia, a także przypadku dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy. Pierwszy przypadek nieważności powinien być utrzymany w prawie polskim, choć zakres kontroli sprawowanej przez Prezesa UZP uległ ostatnio znacznemu ograniczeniu, natomiast przypadek drugi wymaga skreślenia, ponieważ pojęcie „rażącego naruszenia ustawy” obce jest cywilnoprawnym stosunkom przedumownym, stosowane bywa raczej w regulacjach postępowania administracyjnego lub procesu sądowego. W szczególności dla skuteczności czynności materialno-prawnych nie ma znaczenia, czy naruszenie ustawy było rażące, czy też nierażące. Liczą się wszelkie sprzeczności z bezwzględnie wiążącymi przepisami prawa, a te – jak łatwo zauważyć – stanowią na ogół „naruszenie ustawy mające wpływ na wynik postępowania”. Z kolei ta podstawa unieważnienia umowy powinna być jednak bardziej uniwersalna i obejmować nie tylko samo naruszenie ustawy, lecz szerzej „prawa”, a także i „dobrych obyczajów”, aby można było przyporządkować jej ewentualne naruszenia przez zamawiającego warunków zamówienia (przetargu)⁴⁸.

Konieczność utrzymania zależnej od prawa krajowego sankcji nieważności umowy z tytułu uchybień mających wpływ na wynik toczzonego postępowania nie wymaga uzasadnienia. Prewencyjne oddziaływanie jest tu bowiem oczywiste. Jakiegokolwiek próby rozszerzania jej zasięgu powinny być jednak wykluczone, ponieważ tylko uchybienie rzutujące na wynik postępowania (przetargu) jest równoznaczne z naruszeniem prawa, pozbawiającym pokrzywdzonego realnej szansy na zamówienie. Tylko takie można też sensownie łączyć z pojęciem interesu prawnego. W pierwszej kolejności pociąga ono potrzebę skorygowania wadliwości postępowania, a gdyby nie było to możliwe – wymusza jego unieważnienie. Sankcja nieważności umowy jest aktualna dopiero wtedy, gdy zawiódł mechanizm korygujący w zakresie przywrócenia stanu zgodnego z prawem. Rozważyć trzeba zatem wprowadzenie do prawa zamówień przepisu obejmującego – na wzór art. 70⁵ § kc – zachowania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami (złamanie warunków procedury), jako wadliwość stanowiącą ogólną podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia albo późniejszego unieważnienia umowy, zapewniającą jednakową kwalifikację takich samych nieprawidłowości, bez względu na fazę procedury, sprawcę i przyczynę uchybienia, skoro liczyłoby się nawet zachowanie osoby trzeciej.

⁴⁸ Por. R. Szostak: Przetarg nieograniczony... op. cit., s. 218–219.

Konsekwencje unieważnienia umowy o zamówienie publiczne przewiduje wyłącznie prawo krajowe. Są one analogiczne jak w przypadku nieważności bezwzględnej⁴⁹. W świetle art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 prawo krajowe może jednak dopuścić wsteczne anulowanie wszystkich obowiązków umownych bądź ograniczyć zakres ubezskutechnienia umowy tylko do tych obowiązków, które pozostały jeszcze do wykonania. W rachubę wchodzi zatem unieważnienie umowy *ex tunc* (z mocą wsteczną) albo *ex nunc* (jedynie na przyszłość). Ustawowe następstwa pierwszego rodzaju unieważnienia umowy sprowadzają się do obowiązku zwrotu spełnionych świadczeń tytułem nienależnego świadczenia (art. 410 kc), natomiast w wyniku drugiego rodzaju unieważnienia powinno dojść do stosownego rozliczenia wykonanej części umowy. Ten drugi rodzaj „ubezskutechnienia umowy” jest raczej obcy polskiej tradycji prawa cywilnego. Podobne zaś skutki osiąga się w drodze przedwczesnego rozwiązania umowy przez sąd lub w drodze jej wypowiedzenia przez jedną ze stron. Jak się zdaje w wypadkach szczególnych można dopuścić w prawie polskim przymusowe rozwiązanie umowy, jednak tylko jako uzupełnienie względem rozwiązania podstawowego w postaci całkowitego unieważnienia umowy z mocą wsteczną.

Nie całkiem jednoznacznie przedstawia się krąg osób czynnie legitymowanych do wystąpienia o zastosowanie tego rodzaju sankcji. Z charakteru wskazanych w art. 2d ust. 1 dyrektywy 89/665 podstaw unieważnienia wynika pośrednio, że chodzi nie tylko o strony umowy⁵⁰, lecz także o inne osoby mające interes w uzyskaniu zamówienia (konkurentów)⁵¹. W literaturze podnosi się, że celem rozwiązania rozszerzającego krąg legitymowanych jest ochrona pewnych wartości publicznych, przede wszystkim rzetelności i uczciwości w walce konkurencyjnej o zawarcie określonej umowy⁵².

Jak już wspomniano, w świetle nowego art. 2f dyrektywy 89/655 termin do wystąpienia z żądaniem o unieważnienie umowy powinien wynosić co najmniej 30 dni kalendarzowych od dnia opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo zawiadomienia zainteresowanych o zawarciu umowy, a w razie jego

⁴⁹ O skutkach wzruszalności czynności prawnej zob. zwłaszcza T. Zieliński: Znaczenie terminu „nieważność” w języku prawniczym, *Krakowskie Studia Prawnicze*, t. III, 1970, s. 71 i n., B. Lewaszek-Petrykowska: *op. cit.*, s. 719 oraz Z. Radwański: *System ... op. cit.*, s. 441, a także J. Preussner-Zamorska: *op. cit.*, s. 69 i n.

⁵⁰ Bierną legitymację procesową ma niewątpliwie zamawiający, a także druga strona umowy (wykonawca), jeśli z żądaniem występuje inny konkurent bądź rzecznik interesu publicznego. Por. M. Jędrzejewska: *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz, Część pierwsza, postępowanie rozpoznawcze* Warszawa 2007, s. 446.

⁵¹ Por. A. Sołtyśńska: *Europejskie prawo ... op. cit.*, s. 774 i n.

⁵² Z. Radwański: *System ... (Suplement, Warszawa 2004) ... op. cit.*, s. 71.

zaniechania – 6 miesięcy od dnia podpisania umowy. Jest to termin zawity, po upływie którego prawo żądania unieważnienia umowy wygasa. Z uwagi na bezwzględnie wiążący charakter regulacji termin ten nie podlega żadnym modyfikacjom z woli stron. Wykluczona jest też jakakolwiek zmiana skutków upływu tego terminu. Konieczność dostosowania polskiego prawa także i do tego wymogu jest oczywista.

THE MEANS OF PROTECTION OF INTEREST PERSONS ABOUT PUBLIC CONTRACTS COMPETING – ACCORDING TO MODIFIED DIRECTIVE 89/665/ECC

The tender (auction) and also other procedures of offering public orders are taking place in non typical relations which have multilateral and eliminatory character. The organizer of procedures ordering doesn't use any attributes of public power, acts on the base of civil principle equality of the parties. Traditional liability for damages of the ordering party for organizational faults and other other measures connected with invalidity of final contract have been insufficient. In the second half of XX century under influence of the practise in some european countries were allowed more effective claims for making corrects used presently in the procedure due to eliminate immediately the faults to not admitte the conclusion non effecive contract and increase the damages.

Those experiences are the base of council Directive 89/ 665/ ECC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to award of public supply and public works contracts, which contributed only partly harmonization of european legal orders. Because of it this Directive was amended by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and the Council of 11 December 2007 amending the Council Directives 89/ 665/ ECC and 92/13/ECC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts. The period of implementation of it will expire 20 December 2009. To inculcate this Directives regulations to the polish public orders law is necessary particularly: a) widening the notion of legal interest what is the base for lodging appeal measures, b) rethinking once more the sense and function of initial signalling the faults by the competitors making protest, c) reforming the procedure in the Domestic Appeal Chamber, d) extending the period and allowing electronic form for Appeal measures, e) justification of the court control of the decisions done by the Chamber and make possible those issues to appeal court decisions,

f) introducing the sanctions of annullment the contract by authorised body insted of binding now santion absolute invalidity, g) verification legal causes of contract ineffectivenesss, h) increase the liability for damages the ordering party without the traditional condition of the fault, i) rethinking the additional preventive-disciplinary measures especially financial penalties. Beside those important improvings necessary is also to to become perfect some binding regulations due to increase the speed and effectiveness of examining appeal measures what sometimes obstruct possibility of conclusion final contract in the time of standstill. Necessary is especially rethinking the circumstances for preparation the appeal without obstruction of the cotract conclusion. In the case of annullment the protest as a preemption act of the complaint may be necessary improve new regulation to allow ordering party the correction of faulties before opening hearing in the Domestic Appeal Chamber, which can terminate the procedure in all cases of effective voluntary removal of faulties the law by the ordering party. Important are also regulations connected with the performance of decision done by Domestic Appeal Chamber especially those which allow compulsory enforcement this provisions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Michał Bieniak ■

ZASADY: DOBREJ WIARY I UCZCIWEGO OBROTU ORAZ SWOBODY UMÓW W KODEKSIE ZOBOWIĄZAŃ ORAZ ZASADACH EUROPEJSKIEGO PRAWA UMÓW

Na wstępie niniejszej pracy, konieczne jest kilka słów dla bliższego określenia przedmiotu niniejszego opracowania oraz przyczyn wyboru takiego, a nie innego tematu, który – autor ma tego świadomość – w pierwszej chwili może wydać się przypadkowy.

Wielokrotnie, zarówno w ostatnim okresie, jak i wcześniejszych, podkreślana jest w doktrynie prawa pewna jego ciągłość oraz pewna wspólnota idei znajdująca swoje odzwierciedlenie w wielu różnych, odległych od siebie w czasie i przestrzeni systemach prawa. Historyczną ciągłość rozwoju prawa podkreślają często romaniści, ukazując zastosowanie zasad wykształconych w prawie rzymskim we współczesnych systemach prawa¹. Rzadziej jednak (jeżeli w ogóle) dokonywana jest analiza takiej ciągłości w przypadku prawa polskiego, i to nie tylko przedrozbiorowego, co jest o tyle naturalne, że rozwój tego prawa został nienaturalnie przerwany, ale również prawa XX wieku.

¹ Z tego zakresu jedynie tytułem przykładu wymienić należy prace: M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003; W. Wołodkiewicz, *Łacińskie paremie prawne w orzecznictwie sądów polskich* (w:) W. Wołodkiewicz, J. Krzyżówek, *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001.

Taka wspólność norm prawnych, czy pewnych zasad w różnych systemach prawnych lub na różnych etapach ich rozwoju, nabiera szczególnego znaczenia w chwili obecnej, w czasie pojawiających się postulatów ujednolicenia prawa na obszarze państw Unii Europejskiej². Warto przy tym zwrócić uwagę, że takie postulaty nie są czymś nowym, lecz były już znane w okresie międzywojennym (oczywiście w innym układzie terytorialnym)³.

Wybór kodeksu zobowiązań⁴ oraz Zasad Europejskiego Prawa Umów (*Principles of European Contract Law*)⁵ został również dokonany nieprzypadkowo. Kodeks zobowiązań stanowił oryginalny wytwór polskiej myśli prawniczej okresu międzywojennego, który w znacznym stopniu zdeterminował późniejsze: kształt polskiego języka prawnego i prawniczego⁶ oraz treść przepisów obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego⁷, zwłaszcza w jego brzmieniu ustalonym tzw. nowelą lipcową z 1990 roku⁸. PECL stanowią natomiast jeden z najbardziej znanych

² Szerzej na temat tych postulatów: J. Rąjski, *Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego z. 1, 2002 r., R. XI, s. 211–221.

³ Por. R. Longchamps de Berier, *Zjednoczenie prawa obligacyjnego w państwach słowiańskich. Referat główny na I Zjazd Prawników Państw Słowiańskich w Bratisławie 1933*, Lwów 1933. Idee tego rodzaju legły też w pewnym zakresie u podstaw stworzenia w okresie międzywojennym tzw. francusko-włoskiego projektu prawa zobowiązań.

⁴ Wszelkie odniesienia do treści kodeksu zobowiązań w niniejszym opracowaniu dotyczyć będą jego pierwotnego brzmienia, ustalonego rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 października 1933 roku – Kodeks zobowiązań (Dz.U. 1933 r., nr 82, poz. 598; dalej powoływany również jako „KZ”), chyba że autor wyraźnie wskazał, iż dotyczy to wersji ustalonej którąś z nowelizacji kodeksu.

⁵ Treść Zasad Europejskiego Prawa Umów (dalej powoływane jako „PECL”) powoływana jest w niniejszym artykule za ich brzmieniem opublikowanym w: Kwartalnik Prawa Prywatnego, z. 3, 2004 r., R. XIII, s. 814–911.

⁶ W okresie prac nad kodeksem nie był on jeszcze (ze względu na dawne podziały z czasów rozbiorów) utrwalony, o czym przekonuje m.in. lektura poszczególnych projektów kodeksu (zarówno częściowych, jak i całościowych): Domański L., *Komisja Kodyfikacyjna RP, Sekcja prawa cywilnego, tom I zeszyt 1, Projekt prawa o zobowiązaniach w opracowaniu koreferenta projektu adwokata Ludwika Domańskiego*, Warszawa 1927; Koschembahr-Łyskowski I., *W sprawie kodyfikacji naszego prawa cywilnego*, Warszawa 1925; Till E., *Polskie prawo zobowiązań. Część ogólna. Projekt wstępny z motywami*, Lwów 1923; Till E., Longchamps de Berier R., *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Podsekcja III Prawa Cywilnego. Tom I Zeszyt 2. Projekt części szczegółowej prawa o zobowiązaniach w opracowaniu referentów głównych projektu Ernesta Tilla i Romana Longchamps de Berier*, Lwów 1928; Till E., *Projekt referenta rozdziału Kod. Cyw. Polskiego o wynagrodzeniu szkody z czynów bezprawnych*, Przegląd Prawa i Administracji nr 1–6, 1921 r.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93, z późniejszymi zmianami); dalej powoływana jako „KC”.

⁸ Ustawa z dnia 28 lipca 1990 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. 1990 r., nr 55, poz. 321); dalej powoływana jako „Nowela Lipcowa”.

przejawów prywatnej działalności zmierzającej do unifikacji europejskiego prawa cywilnego (w tym przypadku prawa umów lub szerzej – prawa zobowiązań) .

Interesującym staje się więc przesłedzenie, czy i w jakim zakresie konstrukcje znane polskiemu prawu zobowiązań okresu międzywojennego znajdują swoje odzwierciedlenie również w nowoczesnym akcie (projekcie regulacji, gdyż PECL nie stanowi aktu normatywnego), jakim jest PECL. Oczywiście całościowa analiza jest w ramach niniejszej pracy niemożliwa, częściowo zaś zbędna – jest bowiem oczywiste, że prawo zobowiązań musi zawierać pewne konstrukcje wspólne lub bardzo zbliżone. Dlatego konieczny był wybór określonych zasad, których analiza – oczywiście w opinii autora – może być szczególnie interesująca. Jako takie zasady wybrane zostały: (1) zasada dobrej wiary i uczciwego obrotu; (2) zasada swobody umów. Obie te zasady odgrywają szczególne znaczenie w strukturze PECL, na co słusznie zwraca uwagę C. Castronovo¹⁰; druga zaś z wymienionych zasad dodatkowo uzyskała w kodeksie zobowiązań nowatorskie ujęcie jak na okres lat trzydziestych ubiegłego wieku.

Pojęcie zasad prawa

Samo pojęcie zasad prawa jest szeroko w doktrynie dyskutowane i niejednoznaczne¹¹. Niniejsze opracowanie nie jest poświęcone ustaleniu definicji zasad prawa, stąd autor ograniczy się wyłącznie do wskazania, iż w niniejszym artykule pojęcie zasad prawa występuje w w znaczeniu dyrektywalnym jako normy postępowania¹². W przypadku rozważań dotyczących kodeksu zobowiązań, omawiane zasady miały charakter normy prawnej, w przypadku zaś PECL takiego znaczenia mieć nie mogą, gdyż PECL nie stanowi źródła prawa. Sposób redakcji PECL powoduje jednak, że z poszczególnych jego postanowień można wyprowadzić

⁹ Szerzej na temat powstania i charakteru PECL: J. Bełdowski, *Europejskie Prawo Umów. Wprowadzenie*, Kwartalnik Prawa Prywatnego, z. 3, 2004 r., R. XIII, s. 801–813.

¹⁰ C. Castronovo, *Good Faith and the Principles of European Contract Law* (w:) A. Brzozowski, W. Kocot, K. Michałowska, *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu*, Warszawa 2007, s. 163.

¹¹ Szerzej, m.in.: T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, Państwo i Prawo nr 3, 1988 r., R. XLIII, s. 16–26; Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 2007, s. 1–18; M. Safjan (w:) Z. Radwański, *System Prawa Prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 261–273.

¹² W odniesieniu do znaczenia zasady prawnej w ujęciu dyrektywalnym, por.: T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, Państwo i Prawo nr 3, 1988 r., R. XLIII, s. 16–17; S. Wronkowska (w:) S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 187.

normy postępowania, które mogłyby stanowić normy prawne, gdyby PECL zgodnie z zasadami tworzenia prawa został wprowadzony do systemu prawa jako jeden z jego elementów składowych.

Dla jasności dalszego wyводу, należy również wskazać, że autor stoi na stanowisku, iż brak jest podstaw do rozróżnienia (obecnego zwłaszcza w anglo-amerykańskiej teorii prawa) zasad i reguł prawnych jako dwóch odrębnych kategorii norm prawnych. Zasady prawne są dla autora normami prawnymi, które – jak to opisywała Cz. Żuławska – „ze względu na wyrażane i chronione przez nie wartości”¹³ posiadają charakter fundamentalny dla danego systemu prawa lub poszczególnych jego gałęzi, lub dziedzin.

Zasada swobody umów

Zasadę swobody umów należy uznać za fundamentalną dla współczesnego polskiego i europejskiego prawa zobowiązań. Zasada ta obecna była w kodeksie zobowiązań, odnajdziemy ją również w PECL.

W odniesieniu do tej zasady szczególnie cenne jest porównanie dokładnej treści postanowień obu aktów, deklarujących zasadę swobody umów. W kodeksie zobowiązań, zasada swobody umów wynikała z art. 55 stanowiącego, iż: „Strony, zawierające umowę, mogą stosunek swój ułożyć według swego uznania, byleby treść i cel umowy nie sprzeciwiały się porządkowi publicznemu, ustawie, ani dobrym obyczajom”. W PECL swobodę umów reguluje art. 1.102 o następującym brzmieniu: „1. Strony mogą swobodnie zawierać umowę i kształtować jej treść, z zastrzeżeniem zasad dobrej wiary i uczciwego obrotu oraz postanowień bezwzględnie wiążących zawartych w niniejszych Zasadach.

2. Strony mogą wyłączyć zastosowanie poszczególnych postanowień, uchylić je bądź zmienić ich skutki, chyba że niniejsze Zasady stanowią inaczej”.

Już to porównanie pokazuje ogromną bliskość obu regulacji, przy czym trzeba przyjąć, że odwołanie do Zasad w art. 1.102 PECL w miejsce odwołania do ustawy zawartego w art. 55 KZ wynika z innego charakteru PECL, które stanowią jedynie pracę prywatną, która nigdy nie nabrała mocy obowiązującej w ramach żadnego systemu prawnego; stąd nie mogą się odwołać do postanowień ustawy lub obowiązującego prawa.

Oczywiście obie normy zachowują pewne odrębności, również poza wyżej zaznaczonym brakiem odwołania przez PECL do ograniczeń wyrażonych w ustawie.

¹³ Cz. Żuławska, *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Warszawa 2007, s. 1.

Kodeks zobowiązań wskazuje wyraźnie zakaz naruszania ograniczeń swobody umów nie tylko przez treść umowy, ale i przez jej cel; PECL nie wskazuje wyraźnie na cel umowy, a ogranicza się jedynie do treści umowy. Idąc dalej – użyte w kodeksie zobowiązań klauzule: porządku publicznego i dobrych obyczajów, zastąpione zostają w PECL klauzulą dobrej wiary i uczciwego obrotu, przy czym zakres znaczeniowy tych klauzul przynajmniej w znacznej części pozostanie tożsamy, zwłaszcza w odniesieniu do zakresu klauzuli dobrych obyczajów oraz klauzuli dobrej wiary i uczciwego obrotu; treść klauzuli porządku publicznego a zwłaszcza jej stosunek do ograniczeń wynikających z ustawy budziły natomiast jeszcze przed II Wojną Światową spore wątpliwości i nie doczekały się satysfakcjonującego wyjaśnienia¹⁴. Mając na uwadze powyższe różnice obie regulacje posiadają bardzo zbliżone brzmienie, znaczenie, a nawet redakcję.

Dla celów postawionych przed niniejszym opracowaniem najistotniejsze wydaje się jednak coś jeszcze innego, a mianowicie fakt, że obie regulacje postrzegają zasadę swobody umów od strony pozytywnej, tzn. deklarują, iż strony mogą ułożyć treść umowy (co do zasady) w sposób dowolny, zaś dopiero potem wskazują ograniczenia tej reguły. Kwestia ta posiada bardzo istotne znaczenie, gdyż obowiązywanie zasady swobody umów uznawano już powszechnie w wielkich kodeksach XIX wieku (Kodeks Napoleona, ABGB, BGB). Wszystkie te kodyfikacje postrzegały jednak zasadę swobody umów wyłącznie od strony negatywnej, określając granice, jakich strony przekroczyć nie mogły¹⁵.

Pierwszym kodeksem, który zmienił ten sposób postrzegania zasady swobody umów był szwajcarski kodeks zobowiązań, a konkretnie jego art. 19. Rozwiązanie zawarte w kodeksie szwajcarskim było jednak mniej wyraźne i rozdzielało na dwa przepisy (art. 19 i 20) zasadę swobody umów, postrzeganą od strony pozytywnej i negatywnej.

Następnie, bardzo wyraziste ujęcie zasady swobody umów zawarł we wcześniej wspomnianym art. 55 kodeks zobowiązań. Wyraźne ujęcie zasady swobody umów od strony pozytywnej w kilka lat po wejściu w życie kodeksu zobowiązań wprowadził również ustawodawca włoski w art. 1322 kodeksu cywilnego z 1942 roku („(1) Strony mogą swobodnie ułożyć stosunek prawny w granicach ustawą

¹⁴ Jeżeli zanalizujemy wypowiedzi twórców KZ, w istocie sprowadzali oni pojęcie porządku publicznego do pewnej kategorii przepisów prawa: R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939 (wydanie anastatyczne: Poznań 1999), s. 148–149; L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część ogólna*, Warszawa 1936, s. 28–29. Klauzula porządku publicznego tak postrzegana w istocie stanowi powtórzenie innego ograniczenia zasady swobody umów (ustawy) i jako taka jest zbędna.

¹⁵ Przykładem tego modelu regulacji jest zwłaszcza art. 1134 Kodeksu Napoleona.

określonych. (2) Strony mogą również zawierać umowy, które nie należą do żadnego z typów posiadających własną regulację, byleby były nakierowane na realizację interesów zasługujących na ochronę, zgodnie z porządkiem prawnym.”¹⁶).

Art. 55 KZ nie znalazł swojego odpowiednika w pierwotnym brzmieniu polskiego kodeksu cywilnego z 1964 roku. Ostatecznie jednak zbliżone ujęcie zasady swobody umów zostało przywrócone polskiemu prawu cywilnemu Nowelą Lipcową jako art. 353¹ KC. Zmianie uległo jedynie określenie granic zasady swobody umów, poprzez odejście od kryteriów porządku publicznego i dobrych obyczajów, a wprowadzenie w ich miejsce właściwości (natury) stosunku oraz zasad współżycia społecznego. Konstrukcyjnie jednak oba przepisy pozostały bardzo zbliżone. Użycie klauzuli zasad współżycia społecznego w miejsce tradycyjnej klauzuli generalnej dobrej wiary znajduje natomiast swoje wyraźne uzasadnienie w fakcie powszechnego posługiwania się klauzulą zasad współżycia społecznego przez polski kodeks cywilny z 1964 roku.

Powyższa, krótka analiza prawnoporównawcza oraz analiza przepisu regulującego zasadę swobody umów w kodeksie zobowiązań pozwala na postawienie tezy, że kodeks zobowiązań był jedną z pierwszych europejskich kodyfikacji, które szczególnie akcentowały zasadę swobody umów, poprzez jej postrzeganie od strony pozytywnej. Takie ujęcie znalazło następnie miejsce w kilku europejskich kodyfikacjach, a w końcu również w PECL. Niezależnie od zmian redakcyjnych, czy zmian kryteriów ograniczających zasadę swobody umów, wszystkie wyżej wymienione kodyfikacje regulujące zasadę swobody umów zarówno od strony pozytywnej, jak i negatywnej (tj. kodeks zobowiązań, polski kodeks cywilny z 1964 roku w brzmieniu po wejściu w życie Noweli Lipcowej, szwajcarski kodeks zobowiązań oraz włoski kodeks cywilny z 1942 roku), opierają się na podobnych założeniach i konstrukcji, zbliżonej dodatkowo do treści art. 1.102 PECL.

Zasada dobrej wiary i uczciwego obrotu

Zasada dobrej wiary i uczciwego obrotu może być uznana za podstawową lub jedną z podstawowych zasad PECL. Już statystyka wskazuje na znaczenie, jakie PECL przypisuje zasadom dobrej wiary i uczciwego obrotu: odwołanie do zasad dobrej wiary i uczciwego obrotu znajdujemy bowiem w trzynastu artykułach

¹⁶ Tłumaczenie własne autora. Tekst oryginalny: (1) *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge.* (2) *Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

PECL, ponadto dwukrotnie odwołują się one wyłącznie do klauzuli generalnej dobrej wiary. Wszystkie przypadki zastosowania klauzuli generalnej dobrej wiary w PECL należy zakwalifikować jako zastosowanie klauzuli dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym tzn. jako klauzuli rozumianej w nauce polskiej jako „*pewna obiektywna miara dla oceny czyjegoś zachowania się, jako odpowiedniego lub nieodpowiedniego z punktu widzenia norm etycznych, przyjętych w obrocie*”¹⁷.

Powyższe statystyczne ujęcie nie odzwierciedla jednak w pełni znaczenia, jakie PECL przywiązuje do zasady dobrej wiary i uczciwego obrotu. Odwołania bowiem do tych zasad znajdują się bowiem przede wszystkim w postanowieniach PECL o charakterze ogólnym, określając granice zasady swobody umów (art. 1.102 ust. 1 oraz art. 8.109) oraz zasady interpretacji PECL (art. 1.106 ust. 1), definiując częściowo zakres obowiązków i odpowiedzialności stron prowadzących negocjacje (art. 2.301 ust. 2 i 3), stanowiąc jedną z dyrektyw interpretacyjnych umów (art. 5.102 lit. (g) oraz art. 6.102 lit. (c)). Można więc uznać, że zasady dobrej wiary i uczciwego obrotu przenikają całość postanowień PECL, zwłaszcza tych, które dotyczą zasad kształtowania umów, ich interpretacji oraz wykonania.

Powstaje więc pytanie, czy te same lub zbliżone zasady można było odnaleźć w kodeksie zobowiązań? Na tak postawione pytanie odpowiedź musi być twierdząca. W obrębie kodeksu zobowiązań odnajdziemy czternaście artykułów, w których użyto klauzulę dobrej wiary, z czego trzykrotnie kodeks zobowiązań łączy w jednym przepisie klauzule: dobrej wiary i zwyczajów uczciwego obrotu. Ponadto jednokrotnie (art. 240 § 1 KZ), kodeks zobowiązań odwołuje się do pojęcia „*staranności, wymaganej w uczciwym obrocie*” (pomija więc w przepisie bezpośrednio odniesienie do dobrej wiary). Jedenaście spośród artykułów kodeksu zobowiązań, w których zastosowanie znalazła klauzula dobrej wiary, używa klauzuli w jej obiektywnym znaczeniu, a więc tym, które przypisano jej w PECL.

Podobnie, jak w PECL, większość zastosowań klauzuli dobrej wiary znajdujemy w przepisach o charakterze ogólnym, często nawet w zastosowaniu zbliżonym do jej zastosowania w postanowieniach PECL. Z taką sytuacją mamy do czynienia w następujących przypadkach:

1. przepisów określających granice zasady swobody umów (przede wszystkim art. 55 KZ, ale również art. 49 KZ), co odpowiada w znacznym stopniu przedmiotowi regulacji art. 1.102 ust. 1 oraz art. 8.109 PECL. Sama regulacja zasady swobody umów jest przy tym bardzo zbliżona do regulacji zawartej w kodeksie zobowiązań;

¹⁷ R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Lwów 1939 (wydanie anastatyczne: Poznań 1999), s. 141.

2. art. 107 KZ ustanawiającego dyrektywę interpretacyjną dla oświadczeń woli, co zbliżone jest w swym przedmiocie do przedmiotu regulacji art. art. 5.102 lit. (g) oraz art. 6.102 lit. (c), z tym że regulacja PECL jest znacznie bardziej szczegółowa;
3. art. 189 KZ określającego ogólny obowiązek wykonywania zobowiązań zgodnie z wymaganiami dobrej wiary i zwyczajami uczciwego obrotu (pewnym jego dopełnieniem jest również art. 240 KZ określający miernik wymaganej staranności dłużnika). Zbliżoną regulację zawiera art. 1.201 PECL. W tym przypadku art. 1.201 ust. 1 PECL oraz art. 189 KZ¹⁸, wykazują ogromne podobieństwo brzmienia, porównywalne z postanowieniami regulującymi zasadę swobody umów.

Zasady dobrej wiary powinny więc, tak w świetle kodeksu zobowiązań, jak i PECL, być przestrzegane zarówno na etapie wyrażania woli przez strony, interpretacji oświadczeń woli (umów), w końcu wykonywania zobowiązań (zobowiązań umownych). Zasady te przenikają więc cały okres związania stron stosunkiem zobowiązaniowym.

Powyżej przeprowadzona analiza pozwala więc nie tylko udzielić twierdzącej odpowiedzi na postawione wcześniej pytanie o zastosowanie zasad dobrej wiary i uczciwego obrotu w kodeksie zobowiązań, pozwala też przyjąć, iż klauzula dobrej wiary odgrywała w kodeksie zobowiązań rolę zbliżoną do przypisywanej jej w PECL. Nieco mniejsze znaczenie, kodeks zobowiązań przypisywał zasadom (zwyczajom) uczciwego obrotu. Mogło to być częściowo uzasadnione dosyć szerokim zastosowaniem w kodeksie zobowiązań klauzuli dobrych obyczajów, gdyż zakresy znaczeniowe wszystkich tych trzech klauzul (tj. dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym, zasad uczciwego obrotu oraz dobrych obyczajów) pozostają zbliżone.

Podsumowanie

Powyższy przegląd regulacji kodeksu zobowiązań oraz PECL pozwala na postawienie kilku tez o istotnym znaczeniu (z polskiego punktu widzenia) dla idei ponadnarodowej unifikacji prawa prywatnego oraz dla historii polskiego prawa. Możemy bowiem stwierdzić, że:

¹⁸ Art. 1.201 ust. 1 PECL: „*Każda ze stron powinna postępować zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu.*”; art. 189 KZ: „*Strony winny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób, odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu.*”.

1. zasady, na których oparty jest PECL są obecne w polskim prawie od co najmniej kilkudziesięciu lat, co można było prześledzić na przykładzie zasady swobody umów oraz zastosowania zasad dobrej wiary i uczciwego obrotu;
2. zasady omawiane w niniejszym opracowaniu, szczególnie istotne dla współczesnej cywilistyki, odgrywały istotną rolę również w przedwojennym polskim prawodawstwie;
3. niektóre rozwiązania, które w dobie uchwalenia kodeksu zobowiązań¹⁹ były rozwiązaniami stosunkowo nowatorskimi, następnie na trwałe znalazły swoje miejsce w europejskiej cywilistyce, co świadczy o dużej przenikliwości twórców przedwojennej kodyfikacji, a co widać wyraźnie na przykładzie postrzeganej od strony pozytywnej regulacji zasady swobody umów.

Powyższe świadczy również o tym, że niektóre konstrukcje współczesnego prawa zobowiązań mają znaczenie uniwersalne dla krajów gospodarki wolnorynkowej. Trudno wyobrazić sobie bowiem w chwili obecnej cywilistykę takich państw, np. bez omówionej w tym artykule zasady swobody umów, aczkolwiek sposób jej regulacji może być różny – może być bowiem ona ujęta od strony negatywnej, jak było to w wielkich kodyfikacjach XIX wieku, może być również uregulowana od strony pozytywnej, jak to uczynili twórcy kodeksu zobowiązań, PECL i niektórych kodyfikacji XX-wiecznych.

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING AS WELL AS THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF CONTRACT IN THE CODE OF OBLIGATIONS AND THE PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW

The publication is devoted to the two of key principles in modern civil law studies: principle of good faith and fair dealing as well as the principle of freedom of contract. The presentation of those principles in light of two acts of law that vary in nature and time of creation allows for demonstrating how permanent they are and how essential to the civil law of the countries with free market economy.

The two discussed principles have been present both in the code of obligations and in the Principles of European Contract Law (PECL). Their role in both

¹⁹ Termin „uchwalenie” jest w tym przypadku o tyle nieprecyzyjny, że KZ został wprowadzony w formie rozporządzenia Prezydenta RP.

acts was important and similar, though the code of obligations attached relatively smallest importance to the fair dealing principles clause.

As concerns the principle of freedom of contract, the PECL have repeated the solution, the forerunners of which were, among others, the authors of the code of obligations, namely the regulation of the principles of freedom of contract with a positive approach.

The principles of good faith (in case of the PECL – also the principles of fair dealing) are visible, both under the code of obligations and the PECL, in the entire duration of the obligation relationship between the parties, starting from the moment when the parties express their intentions to the interpretation of the statements of intent (contracts) to the performance of obligations (contractual obligations).

The conducted analysis of the code of obligations and the PECL allowed the author to bring up several theses of vital importance to the idea of transnational unification of private law and for the history of Polish law, which can be summed up in form of the following conclusions:

1. the principles lying at the foundations of the PECL have been present in the Polish law for at least several dozen years;
2. the principles of freedom of contract as well as good faith and fair dealing, particularly important to the modern civil law studies, have played an important role in the Polish pre-war legislation as well;
3. certain solutions, relatively innovative at the time when the code of obligations was adopted, subsequently found their regular place in the European civil law.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Jakub Królikowski ■

UJEMNA PRZESŁANKA ZBĘDNOŚCI ORZEKANIA W POSTĘPOWANIU PRZED TRYBUNAŁEM KONSTYTUCYJNYM

I. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania są zagadnienia związane z problematyką stosowania w postępowaniu w sprawie kontroli konstytucyjności przesłanki zbędności orzekania. Biorąc pod uwagę, że obecnie stanowi ona jedną z najczęstszych przyczyn umarzania postępowania warto dokonać szczegółowej analizy obejmującej regulację prawną oraz dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w celu określenia znaczenia i treści omawianej ujemnej przesłanki procesowej.

Przed dokonaniem wskazanej analizy przesłanki zbędności omówiono rodzaje, a także znaczenie i charakter przesłanek postępowania w sprawie kontroli konstytucyjności. W dalszej kolejności przedstawiono analizę orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego obejmującą okres od wejścia w życie ustawy z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym¹ (dalej: ustawa o TK) do dnia 31 sierpnia 2008 r. w zakresie sytuacji, w których uznawano zbędność orzekania. W końcowej części, w oparciu o przeprowadzoną analizę określono charakter oraz wskazano znaczenie i treść omawianej przesłanki postępowania.

¹ Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.

II. Przesłanki postępowania dotyczącego kontroli konstytucyjności

1.1. Dotychczas w doktrynie prawa nie zajmowano się szerzej zagadnieniem warunków dopuszczalności postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym². Brak jest w szczególności określenia podstawowych pojęć i zasad związanych z wstępnym stadium procedury (*in iure*) dotyczącej kontroli zgodności norm.

Poszczególne postępowania sądowe oparte są na ustanowionych przez ustawodawcę oraz określonych w praktyce konstrukcjach proceduralnych. Wskazane konstrukcje mają częstokroć charakter uniwersalny i stosują się w postępowaniach dotyczących różnych dziedzin prawa. Dlatego też przed analizą przesłanek postępowania przed sądem konstytucyjnym warto przytoczyć podstawowe zasady dotyczące warunków dopuszczalności postępowania ugruntowane na gruncie prawa procesowego.

1.2. Koncepcja przesłanki procesowej (niem. – *Prozessvoraussetzungen*) po raz pierwszy została zaprezentowana przez Oskara Bülowa, który zakwestionował dominującą wcześniej teorię ekscepcji (zarzutów) w postępowaniu cywilnym³. Podstawowa różnica pomiędzy przesłankami procesowymi a ekscepcjami polega na tym, iż istnienie tych pierwszych jest badane przez sąd z urzędu, natomiast ekscepcje były uwzględniane tylko, gdy zostały podniesione przez stronę⁴. W ocenie Bülowa przesłanki procesowe stanowią „warunki wstępne dojścia do skutku całego stosunku procesowego”, albo też „warunki egzystencji procesu”⁵.

1.3. Pojęcie przesłanek postępowania jest rozumiane w podobny sposób w doktrynie prawa procesowego – zarówno karnego, jak i cywilnego. Przedstawiciele nauki procedury karnej określają przesłanki procesowe jako warunki, od których uzależniona jest dopuszczalność postępowania karnego⁶, czy też określone w przepisach prawa stany (sytuacje, okoliczności), od których zależy dopuszczal-

² W ramach niniejszego opracowania pojęcie postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym rozumiane jest tylko i wyłącznie jako postępowanie związane z podstawową funkcją sądu konstytucyjnego, czyli kontrolą konstytucyjności.

³ Teoria ta została zaprezentowana po raz pierwszy w opracowaniu O. Bülowa, *Die Lehre von den Prozesseinreden Und die Prozessvoraussetzungen*, wydane w 1868 r. w Giessen. W postępowaniu karnym teorię przesłanek procesowych zaprezentował kilka lat później A. von Kries w opracowaniu *Prozessvoraussetzungen des Reichsstrafprozesses* opublikowanym w „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” 1885, nr 5 (szerzej: S. Waltoś, *Proces karny*, *Zarys systemu*, Warszawa, 2008, s. 455–456).

⁴ S. Waltoś, *op. cit.*, s. 455–456.

⁵ Z. Resich, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1987, s. 52–53.

⁶ M. Cieślak, *O przesłankach procesowych w polskim postępowaniu karnym*, s. 953 i n.

ność procesu karnego⁷. Istnieje natomiast spór co do zakresu pojęcia przesłanka procesu karnego – czy przesłanki procesowe mogą mieć charakter wyłącznie procesowy, procesowy lub materialny, czy też mogą obejmować poza warunkami natury prawnej również warunki natury faktycznej⁸.

Z kolei w doktrynie procedury cywilnej przesłanka postępowania to okoliczność przewidziana przez prawo procesowe, od której istnienia lub nieistnienia uzależnione jest prawidłowe dokonanie określonej czynności procesowej, a tym samym prawidłowość postępowania sądowego⁹, warunek, który musi być spełniony, aby postępowanie mogło być wszczęte, przeprowadzone i zakończone¹⁰. Powszechnie przyjmuje się podział na przesłanki procesowe (formalne) i przesłanki materialne (merytoryczne). Te pierwsze decydują o prawidłowym toku i ważności postępowania w świetle obowiązującego prawa procesowego, z kolei przesłanki merytoryczne wpływają na osiągnięcie celu danego postępowania w konkretnym przypadku tj. dotyczą przedmiotu postępowania¹¹. Brak przesłanki materialnej – w przeciwieństwie do braku przesłanki formalnej – nie stanowi przeszkody do wszczęcia postępowania w sprawie, ale oznacza odmowę udzielenia żądanej w pozwie lub wniosku ochrony prawnej czyli w rezultacie oddalenie powództwa¹².

2. Z prezentowanych stanowisk wynika, iż większość procesualistów przyjmuje za trafny podział przesłanek na procesowe i materialne. Różnica sprowadza się do skutku jaki wywołuje ich niespełnienie – w przypadku braku przesłanki formalnej postępowanie jest w ogóle niedopuszczalne, natomiast brak przesłanki materialnej powoduje: w postępowaniu karnym – brak odpowiedzialności karnej, natomiast w postępowaniu cywilnym – odmowę udzielenia żądanej w pozwie lub wniosku ochrony prawnej.

Przesłanka procesowa w prawie procesowym jest – najogólniej rzecz ujmując – najczęściej rozumiana jako warunek przesądzający o dopuszczalności postępowania.

⁷ B. Bieńkowska, *Wykład prawa karnego procesowego*, pod red. P. Kruszyński, Białystok 2004, s. 111.

⁸ Zob. analiza stanowisk prezentowanych w doktrynie procesu karnego w: M. Rogalski, *Res iudicata jako przesłanka procesu karnego*, Rzeszów 2004, s. 46–49; D. Stachurski, *Spór o istotę przesłanek procesowych w polskiej nauce procesu karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 1, s. 113 i n.

⁹ Z. Resich, *op. cit.*, s. 55.

¹⁰ A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2001, s. 26.

¹¹ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 73; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne...*, s. 26.

¹² Z. Resich, *op. cit.*, s. 57.

3. Powyższe uwagi można przenieść w odpowiedni sposób na grunt postępowania w sprawie hierarchicznej kontroli norm. Ustawodawca określił szereg warunków, od których zależy dopuszczalność wszczęcia i prowadzenia postępowania przed sądem konstytucyjnym. W ocenie Trybunału katalog przesłanek umorzenia postępowania ma charakter zamknięty¹³. Poszczególne przesłanki różnią się między sobą w zależności od tego, w jakim trybie wszczęto kontrolę konstytucyjności (kontrola abstrakcyjna, pytanie prawne, skarga konstytucyjna). Istnieją jednak pewne przesłanki ogólne mające zastosowanie w każdym postępowaniu dotyczącym kontroli konstytucyjności.

Również w postępowaniu przed Trybunałem można dokonać – występującego w procedurze karnej i cywilnej – podziału na przesłanki o charakterze formalnym (procesowym) oraz materialnym (merytorycznym). Przy czym, na podstawie ustawy oraz dotychczasowej praktyki, można wskazać tylko jedną przesłankę o charakterze materialnym, natomiast pozostałe przesłanki postępowania przed Trybunałem mają charakter procesowy.

4.1. Przesłanki o charakterze procesowym w postępowaniu przed Trybunałem warunkują jego prawną dopuszczalność. Zatem gdy którakolwiek z dodatknych przesłanek procesowych nie jest spełniona lub gdy wystąpiła jedna z ujemnych przesłanek, kontrola konstytucyjności oraz orzekanie są niedopuszczalne.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału kontrola warunków dopuszczalności postępowania powinna być przeprowadzana na każdym etapie postępowania – zarówno przed jak i w trakcie rozpoznania merytorycznego¹⁴. Wykrycie niespełnienia przesłanek dodatknych lub występowanie przesłanek ujemnych skutkuje, przed rozpoznaniem merytorycznym – niedopuszczalnością kontroli konstytucyjności, natomiast na dalszym etapie badania sprawy – umorzeniem postępowania.

4.2. Podstawowy katalog ogólnych przesłanek procesowych dotyczący treści wniosków wymieniony został w art. 32 ustawy o TK, zgodnie z którym wniosek oraz pytania prawne powinny spełniać wymagania dotyczące pism procesowych oraz zawierać: 1) wskazanie organu, który wydał kwestionowany akt normatywny; 2) określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części; 3) sformułowanie zarzutu niezgodności kwestionowanego aktu normatywnego z aktem normatywnym wyższego rzędu; 4) uzasadnienie postawionego zarzutu,

¹³ Wyrok z 15 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 4/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 4, poz. 31.

¹⁴ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 17 października 2007 r., sygn. akt SK 14/07, OTK ZU 2007, seria A, Nr 9, poz. 117; postanowienie TK z 5 lutego 2008 r., sygn. akt SK 74/06, OTK ZU 2008, seria A, Nr 1, poz. 15.

z powołaniem dowodów na jego poparcie. Pewne szczególne przesłanki procesowe zostały przewidziane dla podmiotów określonych w art. 191 ust. 1 pkt 2-5 Konstytucji (zob. art. 186 ust. 2, art. 191 ust. 2 Konstytucji oraz art. 32 ust. 2 ustawy o TK)¹⁵ oraz sądów występujących z pytaniami prawnymi (zob. art. 193 Konstytucji oraz art. 32 ust. 3 ustawy o TK)¹⁶

Ogólne wymagania formalne dotyczące treści skarg konstytucyjnych, przez wzgląd na specyfikę tego środka stanowiącego przede wszystkim środek ochrony praw i wolności konstytucyjnych, różnią się od wymagań wobec wniosków i pytań prawnych. Zgodnie z art. 47 ustawy o TK, skarga konstytucyjna powinna odpowiadać wymaganiom dotyczącym pism procesowych oraz zawierać: 1) dokładne określenie ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o konstytucyjnych wolnościach lub prawach albo obowiązkach i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją; 2) wskazanie jakie konstytucyjne wolności i prawa i w jaki sposób zostały naruszone; 3) uzasadnienie skargi z podaniem dokładnego opisu stanu faktycznego. Skarga konstytucyjna musi również spełniać szereg innych specyficznych dla tego środka kontroli wymagań określonych w art. 79 Konstytucji oraz w art. 46 i 48 ustawy o TK.

Ustawa o TK nie wskazuje wymagań dotyczących pism procesowych, dlatego też zgodnie z treścią jej art. 20 zastosowanie w tej kwestii będzie miała ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego¹⁷ (dalej: k.p.c.)¹⁸. Tym samym każdy wniosek, pytanie prawne oraz skarga konstytucyjna powinny spełniać wymagania określone w art. 126 k.p.c., z tym zastrzeżeniem, że wskazany przepis ma być stosowany nie dosłownie, a odpowiednio, czyli z uwzględnieniem zasad i specyfiki postępowania przed Trybunałem¹⁹.

4.3. Omawiając przesłanki postępowania przed TK trzeba również wskazać zawarty w art. 39 ust. 1 ustawy o TK katalog sytuacji, w których Trybunał umarza postępowanie. Zgodnie tym przepisem postępowanie podlega umorzeniu,

¹⁵ Wnioski pochodzące od podmiotów określonych w art. 191 ust. 1 pkt 3-5 Konstytucji powinny wskazywać przepis prawa lub statutu, z którego wynika, iż kwestionowany akt normatywny dotyczy spraw objętych ich zakresem działania.

¹⁶ Pytanie prawne powinno ponadto wskazywać, w jakim zakresie odpowiedź na pytanie może mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, w związku z którą pytanie zostało postawione.

¹⁷ Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

¹⁸ Zgodnie z art. 20 ustawy o TK: „W sprawach nie uregulowanych w ustawie do postępowania przed Trybunałem stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.”

¹⁹ Szerzej na temat znaczenia „odpowiedniego” stosowania przepisów k.p.c.: A. Zieliński, *Zakres stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Palestra” 1998, Nr 7-8, s. 54.

gdy: 1) wydanie orzeczenia jest zbędne lub niedopuszczalne; 2) cofnięto wniosek, pytanie prawne lub skargę konstytucyjną²⁰; 3) kwestionowany akt normatywny utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia²¹.

Charakter niedopuszczalności orzekania określonej w art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK jest najbardziej złożony. Jak już wskazywano, niespełnienie którejkolwiek z dodatnich przesłanek lub wystąpienie jednej z ujemnych przesłanek procesowych skutkuje brakiem dopuszczalności postępowania i orzekania (zob. punkt II.4.1.). Oznacza to, że niedopuszczalność jest nie tyle przesłanką procesową, co skutkiem braku spełnienia jednej ze szczegółowych przesłanek określonych przede wszystkim przez ustawodawcę. W przypadku uznania, że któraś z przesłanek formalnych nie została spełniona Trybunał umarza postępowanie ze względu na niedopuszczalność orzekania.

Słuszna wydaje się zatem konstatacja B. Banaszkiewicza, który badając przesłanki umorzenia postępowania wskazał, iż w istocie zbędność orzekania, cofnięcie wniosku oraz utrata mocy obowiązującej kwestionowanej regulacji to skonkretyzowane przesłanki stanowiące o niedopuszczalności orzekania, natomiast niedopuszczalność, o której mowa w art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK dotyczy wszystkich pozostałych przesłanek procesowych nie wymienionych w tym przepisie²². Nie można zatem mówić o niedopuszczalności jako bezpośredniej ujem-

²⁰ Przy interpretacji tego punktu należy mieć na względzie treść art. 31 ust. 2 ustawy o TK, zgodnie z którym uprawnienie do wycofania wniosku przysługuje wnioskodawcy do czasu rozpoczęcia rozprawy. Andrzej Zieliński zauważa, że ta cezura czasowa jest elementem różnicującym zasadę dyspozycyjności w postępowaniu przed Trybunałem od zasady dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym (zob. A. Zieliński, *Zakres stosowania...*, s. 56). W praktyce można jednak wskazać rozstrzygnięcia Trybunału, w których postępowanie zostało umorzone na podstawie cofnięcia wniosku już po rozpoczęciu rozprawy. W ich uzasadnieniu jako przyczynę uwzględnienia takiego cofnięcia wniosku wskazywano związanie Trybunału zasadą dyspozycyjności. Zob. przykładowo: postanowienie TK z 23 października 2000 r., sygn. akt U 9/99, OTK ZU 2000, Nr 7, poz. 261; wyrok TK z 16 września 2002 r., sygn. akt K 38/01, OTK ZU 2002, seria A, Nr 5, poz. 59.

²¹ W przypadku przesłanki umorzenia ze względu na utratę mocy obowiązującej należy zwrócić uwagę na treść art. 39 ust. 3 dodanego przez ustawę z 9 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym oraz o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 638), zgodnie z którym wskazana przesłanka nie ma zastosowania, jeżeli wydanie orzeczenia o akcie normatywnym, który utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw.

²² B. Banaszkiewicz, *Glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 19 grudnia 2006 r.*, P 37/05 (*problem kontroli zgodności polskiej ustawy z prawem wspólnotowym*), „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 110. W zakresie tych specyficznych, nieskonkretyzowanych przyczyn niedopuszczalności znajdują się przykładowo przesłanki procesowe wskazane w art. 32 oraz 47 ustawy o TK, a także utrata legitymacji czynnej przez wnioskodawcę.

nej przesłance procesowej. Zawsze trzeba wskazać podstawę – konkretną przesłankę procesową – która powoduje w danym przypadku niedopuszczalność postępowania.

Przesłanka zbędności orzekania stanowi główny przedmiot tego opracowania i zostanie dogłębnie omówiona w dalszych jego częściach. Zrozumienie charakteru wskazanej przesłanki oraz jej faktycznego znaczenia wymaga wnikliwej analizy dotychczasowego orzecznictwa. Obecny fragment opracowania koncentrujący się na tezach ogólnych oraz na pozostałych przesłankach postępowania służyć ma – w efekcie końcowym – wykazaniu faktycznego znaczenia przesłanki zbędności dla postępowań dotyczących kontroli konstytucyjności.

4.4. Osobną przyczynę umorzenia postępowania może stanowić nieobecność wnioskodawcy na rozprawie. Zgodnie z art. 60 ust. 2 ustawy o TK, w razie nie stawienia się wnioskodawcy lub jego przedstawiciela Trybunał umarza postępowanie albo odracza rozprawę²³. Brak jest przy tym regulacji wyjaśniającej w oparciu o jakie kryteria należy podejmować decyzję czy w danej sytuacji właściwsze jest umorzenie postępowania, czy też odroczenie rozprawy²⁴.

4.5. Zgodnie z art. 37 ustawy o TK wnioski i pytania prawne, co do których nie zachodzą przeszkody formalne, Prezes Trybunału Konstytucyjnego kieruje do rozpoznania na rozprawie. Regulacja § 24 Regulaminu Trybunału Konstytucyj-

²³ Wydaje się, iż ze względu na treść art. 52 ustawy o TK, zgodnie z którym skarżący jest jednym z uczestników postępowania (ust. 1), a rozprawa odbywa się bez względu na stawiennictwo uczestników postępowania (ust. 2) regulacja ta nie ma zastosowania do postępowania inicjowanego w drodze skargi konstytucyjnej. Zgłaszane są również wątpliwości, czy stosuje się ją wobec sądów występujących z pytaniami prawnymi (zob. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzcíński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 193–194). W praktyce Trybunał przeprowadza kontrolę w przypadku niestawiennictwa przedstawiciela sądu występującego z pytaniem prawnym (zob. przykładowo: wyrok TK z 17 maja 1999 r., sygn. akt P 6/98, OTK ZU 1999, Nr 4, poz. 76; wyrok TK z 12 października 2004 r., sygn. akt P 22/03, OTK ZU 2004, seria A, Nr 9, poz. 90; wyrok TK z 23 października 2007 r., sygn. akt P 28/07, OTK ZU 2007, seria A, Nr 9, poz. 106).

²⁴ Nieobowiązujący już Regulamin Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 1997 r. (M.P. Nr 81, poz. 788 ze zm.) w § 14 ust. 1 przewidywał, iż niestawiennictwo wnioskodawcy lub jego przedstawiciela jest równoznaczne z cofnięciem wniosku. Jednakże wnioskodawca powinien być poinformowany o konsekwencjach niestawiennictwa w zawiadomieniu o terminie rozprawy. W praktyce można wskazać rozstrzygnięcia, w których Trybunał umorzył postępowanie, ze względu na niestawiennictwo wnioskodawcy zob. wyrok TK z 24 kwietnia 2002 r., sygn. akt P 5/01, OTK ZU 2002, seria A, Nr 3, poz. 28; wyrok TK z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt K 16/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 6, poz. 52; postanowienie TK z 15 lipca 2003 r., sygn. akt K 26/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 6, poz. 70. W przypadku spraw K 16/02 oraz K 26/02 podkreślono w sentencji, iż stawiennictwo było nieusprawiedliwione.

nego z 3 października 2006 r.²⁵ precyzuje, iż w istocie chodzi tu o wymienione powyżej ogólne warunki formalne, o których mowa w art. 32 ust. 1 i 3 ustawy o TK²⁶. Natomiast w zakresie wniosków podlegających wstępnemu rozpoznaniu, czyli skarg konstytucyjnych oraz wniosków pochodzących od podmiotów określonych w art. 191 ust. 1 pkt 3-5 Konstytucji, skutki niespełnienia ogólnych przesłanek procesowych zostały uregulowane odrębnie w art. 36 ustawy o TK.

5. Zarówno z ustawy o TK jak i z dotychczasowej praktyki orzeczniczej Trybunału wynika ujemna przesłanka merytoryczna postępowania, którą najogólniej można określić jako brak adekwatności pomiędzy przedmiotem a wzorcem kontroli.

Brak adekwatności oznacza, że dany przepis wskazany we wniosku jako wzorzec kontroli nie jest właściwy do oceny przepisu będącego przedmiotem kontroli. Zakresy normatywne obu przepisów nie spotykają się ze sobą, brak jest „wspólnego pola”, w którym można byłoby ocenić ich zgodność. Trybunał badając relację jaka zachodzi pomiędzy przedmiotem a wzorcem kontroli dochodzi do wniosku, że zakresy ich treści się nie spotykają. Rozstrzyga więc kwestię co do istoty sprawy – w sposób merytoryczny.

Gdy wskazana przesłanka materialna postępowania wystąpi na etapie rozpoznania wstępnego, Trybunał odmawia nadania wnioskowi lub skardze dalszego biegu ze względu na oczywistą bezzasadność. Natomiast w postępowaniu właściwym skoncentrowanym na kontroli konstytucyjności wystąpienie tej przesłanki skutkuje wydaniem rozstrzygnięcia o merytorycznym charakterze w formie wyroku zawierającego formułę „nie jest niezgodny”. Można zatem uznać, iż efekt stwierdzenia braku tej przesłanki różni się w zależności od etapu postępowania i stopnia jego zaawansowania²⁷.

²⁵ M.P. Nr 72, poz. 720 ze zm.

²⁶ Warto rozważyć, czy wystąpienie jednej z przesłanek wymienionych w art. 39 ust. 1 ustawy o TK może stanowić podstawę do nie kierowania przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego wniosku lub pytania prawnego do rozpoznania na rozprawie. Regulamin Trybunału Konstytucyjnego określa co prawda w § 24, iż badanie przez Prezesa wniosków i pytań prawnych powinno ograniczać się do sprawdzenia, czy zostały spełnione ogólne przesłanki dotyczące ich treści. Jednakże z ustawy o TK nie wynika jednoznacznie, że Prezes nie mógłby badać na tym wstępnym etapie również przesłanek wskazanych w art. 39 ustawy o TK. Warto zauważyć, że w przypadku wniosków podlegających wstępnemu rozpoznaniu zdarza się, że Trybunał decyduje o nie nadawaniu skargom i wnioskom dalszego biegu ze względu na wystąpienie jednej z przesłanek umorzenia postępowania (zob. przykładowo: postanowienie TK z 30 października 2006 r., sygn. akt Ts 96/06, OTK ZU 2006, seria B, Nr 1, poz. 47, postanowienie TK z 7 grudnia 2006 r., sygn. akt Ts 216/05, OTK ZU 2006, seria B, Nr 1, poz. 26).

²⁷ Warto zauważyć, iż odmienny skutek tej samej przesłanki materialnej w zależności od etapu postępowania stwierdzenia jej występowania znany jest również na gruncie innych

W procedurze wstępnego rozpoznania stosowanie wskazanej przesłanki wynika z treści art. 36 ust. 3 ustawy o TK, zgodnie z którym Trybunał wydaje postanowienie o odmowie nadania wnioskowi dalszego biegu, gdy wniosek jest oczywiście bezzasadny. Podstawę do stosowania tej przesłanki w postępowaniu właściwym stanowi natomiast dotychczasowe *acquis constitutionnel*²⁸.

III. Ujemne przesłanki procesowe *res iudicata* oraz *ne bis in idem* w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego

1. W praktyce orzeczniczej Trybunał często wskazuje na dwie ujemne przesłanki procesowe, których wystąpienie może w pewnych okolicznościach przesądzać o umorzeniu określonego postępowania – powagę rzeczy osądzonej (*res iudicata*) oraz zakaz orzekania dwa razy o tym samym (*ne bis in idem*)²⁹. W przypadku wystąpienia w określonej sprawie przesłanki *res iudicata* Trybunał, zgodnie ze swoim utrwalonym orzecnictwem, powinien umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność orzekania. Z kolei przesłanka *ne bis in idem* skutkuje, w ocenie Trybunału, umorzeniem postępowania ze względu na zbędność orzekania³⁰.

procedur. W postępowaniu karnym wystąpienie przesłanek materialnych w postępowaniu przygotowawczym oraz w fazie przed rozpoczęciem przewodu sądowego powoduje umorzenie postępowania tj. skutek typowy dla przesłanek procesowych, natomiast w sytuacji gdy brak tych przesłanek wystąpi na rozprawie głównej, wówczas postępowanie kończy się orzeczeniem merytorycznym w formie wyroku uniewinniającego lub wyroku umarzającego (B. Bieńkowska, *op. cit.*, s. 113).

²⁸ Choć pierwotnie zwrot „nie jest niezgodny” interpretowany był jako podwójne zaprzeczenie, czyli potwierdzenie zgodności, to obecnie jego użycie oznacza, iż „wniosek mylnie wskazuje niewłaściwy wzorzec, co powoduje, że Trybunał, w gruncie rzeczy nie badając adekwatności wzorca, nie wypowiada się w kwestii zgodności z Konstytucją, a badany przepis pozostaje konstytucyjny, ponieważ korzysta z nieobalonego domniemania swej konstytucyjności.” (zob. wyrok TK z 11 maja 2007 r., sygn. akt K 2/07, OTK ZU 2007, Nr 5, poz. 48).

²⁹ Omówienie obu wskazanych ujemnych przesłanek procesowych służy zobrazowaniu rozwoju linii orzeczniczej Trybunału w kwestii dopuszczalności ponownego orzekania o regulacji już wcześniej poddanej kontroli konstytucyjności.

³⁰ Dla pełnego obrazu analizy orzecznictwa TK trzeba jednak zauważyć, że kilkakrotnie wydano postanowienie o umorzeniu postępowania ze względu na jego niedopuszczalność powołując się przy tym na przesłankę *ne bis in idem*. Zob. postanowienie TK z 14 stycznia 1998 r., sygn. akt K 11/97, OTK ZU 1998, nr 1, poz. 5; postanowienie TK z 26 października 2004 r., sygn. akt U 5/02, OTK ZU 2004, seria A, nr 9, poz. 102. Poza tymi dwoma wyjątkami w dziesiątkach spraw Trybunał wskazywał jednak, że wystąpienie przesłanki *ne bis in idem* skutkuje zbędnością orzekania.

2. Dotychczasowa linia orzecznicza TK wskazuje, iż przesłanka *res iudicata* występuje w sytuacji, gdy badana sprawa jest tożsama ze sprawą wcześniej rozpoznawaną przez Trybunał pod względem podmiotowym oraz przedmiotowym. Z powagą rzeczy osądzonej mamy zatem do czynienia gdy ten sam podmiot ponownie występuje do Trybunału z identycznym wnioskiem tj. kwestionującym konstytucyjność zbadanego już – w wyniku jego wcześniejszego wniosku – przepisu lub normy prawnej stanowiącej przedmiot kontroli z tym samym wzorcem kontroli³¹

Jak się wydaje sytuacja, aby ten sam podmiot zaskarżył ten sam akt normatywny w tym samym zakresie z tym samym wzorcem kontroli nie może występować nazbyt często. Pomimo tego można wskazać sprawy, w których przesłanka *res iudicata* stanowiła przyczynę umorzenia postępowania. Dwukrotnie Trybunał stwierdził wystąpienie tej przesłanki pomimo braku tożsamości podmiotowej. Wystarczającą przyczyną uznania, iż w sprawach tych występowała *res iudicata* było stwierdzenie tożsamości przedmiotowej pomiędzy rozpatrywanym wnioskiem a wnioskiem już wcześniej skontrolowanym³². W zdecydowanej większości spraw Trybunał wskazywał jednak w sposób wyraźny, że dla wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, obok tożsamości przedmiotowej, konieczne jest również wystąpienie tożsamości podmiotów inicjujących kontrolę konstytucyjności³³.

3.1. Trybunał w swoim orzecznictwie często wskazuje, iż w sytuacji gdy nie zachodzą warunki do przyjęcia powagi rzeczy osądzonej należy rozważyć, czy w danej sprawie nie zachodzi inna ujemna przesłanka procesowa – zasada *ne bis in idem*. Wskazuje się, że zasada ta jest instytucją wykształconą przez orzecznictwo Trybunału w celu zapewnienia stabilizacji sytuacji powstałych w wyniku orzeczenia ostatecznego jako formalnie prawomocnego³⁴. W ocenie Trybunału, w przypadku wystąpienia przesłanki *ne bis in idem* Trybunał dokonuje oceny celowości

³¹ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 21 grudnia 1999 r., sygn. akt K 29/98, OTK ZU 1999, Nr 7, poz. 172; postanowienie TK z 25 lutego 2004 r., sygn. akt K 35/03, OTK ZU 2004, Nr 2, poz. 15; postanowienie TK z 6 czerwca 2006 r., sygn. akt P 17/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 6, poz. 72; wyrok TK z 18 lipca 2006 r., sygn. akt P 6/05, OTK ZU 2006, seria A, nr 7, poz. 81.

³² Postanowienie TK z 26 marca 2002 r., sygn. akt P 3/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 2, poz. 22; postanowienie TK z 14 października 2002 r., sygn. akt SK 18/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 5, poz. 74.

³³ Zob. rozstrzygnięcia wskazane w przypisie nr 31.

³⁴ Zob. postanowienie TK z 21 grudnia 1999 r., sygn. akt K 29/98, OTK ZU 1999, Nr 7, poz. 172, a także postanowienie TK z 6 czerwca 2006 r., sygn. akt P 17/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 6, poz. 72.

przewodzenia postępowania i orzekania w kwestii, która została już jednoznacznie i ostatecznie rozstrzygnięta³⁵.

Wskazana ujemna przesłanka procesowa występuje, w sytuacji tożsamości przedmiotowej badanej sprawy ze sprawą wcześniej badaną przez Trybunał. Nie jest natomiast konieczne występowanie tożsamości podmiotu inicjującego kontrolę.

3.2. Po raz pierwszy na gruncie procedury przed Trybunałem przesłanka *ne bis in idem* została wskazana w orzeczeniu z 8 listopada 1994 r. Ponieważ brak było wówczas odpowiednika obecnego art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, odwołano się w drodze analogii do art. 355 § 1 k.p.c.³⁶ i wyprowadzono z niego ujemne przesłanki procesowe podkreślając, że należy je rozumieć z uwzględnieniem specyfiki postępowania dotyczącego kontroli konstytucyjności³⁷. Analiza wskazanego przepisu k.p.c. prowadzi do wniosku, iż w istocie odpowiada on obecnie obowiązującemu art. 39 ust. 1 pkt 1-2 ustawy o TK, które stanowią, iż Trybunał umarza postępowanie na posiedzeniu niejawnym, w sytuacji gdy wydanie orzeczenia jest zbędne lub niedopuszczalne albo na skutek cofnięcia wniosku.

4. W obecnym stanie prawnym, po wejściu w życie ustawy o TK, która bezpośrednio reguluje zagadnienie przyczyn umorzenia postępowania, nie jest konieczne odwoływanie się do ujemnych przesłanek procesowych właściwych dla procedury cywilnej.

4.1. Stosowanie na gruncie procedury dotyczącej hierarchicznej kontroli norm zasady *ne bis in idem* może być uzasadnione, pod warunkiem, że zostanie ona wyprowadzona samodzielnie w oparciu o przepisy dotyczące postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zasada *ne bis in idem* określa jeden z przypadków, w którym występuje ujemna przesłanka zbędności orzekania; odpowiada ona jednemu z aspektów zbędności orzekania związanego ze skutkami wcześniejszego zbadania konstytucyjności kwestionowanej regulacji (zob. punkty IV.2.1 - IV.2.4.). W praktyce w przypadku wystąpienia tożsamości przedmiotowej Trybunał prawie zawsze powołuje jako przyczynę umorzenia zbędność orzekania, czasami wskazując dodatkowo w uzasadnieniu na wystąpienie przesłanki *ne bis in idem*. Wydaje się, że problem tożsamości przedmiotowej należy obecnie

³⁵ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 21 grudnia 1999 r., sygn. akt K 29/98, OTK 1999, Nr 7, poz. 172; postanowienie TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 4/03, OTK ZU 2005, seria A, Nr 11, poz. 143; postanowienie TK z 23 stycznia 2008 r., sygn. akt SK 65/05, OTK ZU 2008, seria A, Nr 1, poz. 11.

³⁶ Przepis ten stanowi, iż sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania w sytuacji skutecznego cofnięcia pozwu przez powoda albo gdy wydanie wyroku z innych przyczyn stało się zbędne lub niedopuszczalne.

³⁷ Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., sygn. akt P 1/94, OTK 1994, cz. II, poz. 37.

oceniać ściśle przez pryzmat przesłanki zbędności. Służyłoby to większej przejrzystości oraz lepszemu zrozumieniu uzasadnień do postanowień o umorzeniu postępowania.

4.2. Nieuzasadnione wydaje się natomiast wskazywanie na możliwość zastosowania w postępowaniu w sprawie kontroli konstytucyjności przesłanki powagi rzeczy osądzonej. Jak zauważono, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału dla wystąpienia tej przesłanki konieczna jest, obok tożsamości przedmiotowej, także tożsamość podmiotów inicjujących postępowanie. Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, że inaczej niż w przypadku postępowania sądowego, w postępowaniu przed sądem konstytucyjnym, z punktu widzenia warunków dopuszczalności postępowania, nie jest istotne, który konkretnie podmiot wystąpi z wnioskiem wszczynającym postępowanie. W tym wypadku nie chodzi przecież o rozstrzygnięcie jednostkowej sprawy podmiotu inicjującego postępowanie, lecz o zbadanie wewnętrznej spójności systemu prawnego. Istota kontroli konstytucyjności polega na badaniu aktów normatywnych o charakterze generalnym i abstrakcyjnym. Wszelkie inne kwestie, przykładowo te związane z kontrolą konkretną, mają znaczenie poboczne dla głównego celu postępowania, czyli eliminacji z systemu prawa niekonstytucyjnych regulacji. Pomimo istotnych różnic pomiędzy kontrolą wszczynaną w drodze skargi konstytucyjnej i pytania prawnego, a kontrolą prowadzoną w trybie abstrakcyjnym trzeba uznać, że każde postępowanie obejmujące kontrolę konstytucyjności skupione jest przede wszystkim na zapewnieniu spójności obowiązującego w danym momencie systemu normatywnego.

Element podmiotowy nie odgrywa istotnego znaczenia dla określania tożsamości poszczególnych spraw w postępowaniu przed Trybunałem, a przesłanka powagi rzeczy osądzonej, ze względu na istotę tego postępowania, nie może mieć zastosowania w procedurze kontroli konstytucyjności.

Określone znaczenie dla postępowania może mieć jedynie rodzaj podmiotu wszczynającego kontrolę konstytucyjności. W przypadku podmiotów składających skargi konstytucyjne oraz sądów występujących z pytaniem prawnym należy zbadać, czy przedstawione zarzuty mieszczą się w sformułowanych w Konstytucji granicach tych środków kontroli konstytucyjności (zob. art. 79 oraz 193 Konstytucji). Tylko w tym zakresie jednostkowa sytuacja poszczególnego podmiotu może wpływać na zakres postępowania przed Trybunałem. Jeżeli sąd występuje z pytaniem prawnym, na które odpowiedź nie jest konieczna dla rozstrzygnięcia toczącego się przed nim postępowania albo jeżeli skarżący zaskarży przepisy, które nie stanowiły podstawy ostatecznego rozstrzygnięcia o jego konstytucyjnych wolnościach lub prawach, wówczas orzekanie jest niedopuszczalne ze względu na niespełnienie szczegółowych przesłanek procesowych.

IV. Przyczyny wystąpienia ujemnej przesłanki procesowej zbędności orzekania w postępowaniu dotyczącym kontroli konstytucyjności

1.1. Zbędność orzekania jest przesłanką samodzielnie przesądzającą o konieczności umorzenia postępowania. Analiza wszystkich orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego wydanych w okresie od wejścia w życie ustawy o TK do 31 sierpnia 2008 roku prowadzi do wniosku, iż istnieje wiele różnych rodzajów sytuacji, w których orzekanie jest zbędne. W pierwszej kolejności zaprezentowane zostaną poszczególne przyczyny zbędności, tak by w końcowej części dokonać próby znalezienia immanentnych elementów tej przesłanki oraz określenia jej charakteru.

2.1. Pierwszy i zarazem najbardziej rozpowszechniony rodzaj przyczyn wystąpienia zbędności orzekania związany jest z kwestionowaniem *regulacji*, która została już wcześniej poddana kontroli konstytucyjności.

Elementem, który ma istotne znaczenie przy określaniu, czy w danej sprawie zachodzi zbędność orzekania jest wynik wcześniejszego rozstrzygnięcia dotyczącego tego samego przedmiotu kontroli. Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału wynika, że orzeczenie afirmatywne (o konstytucyjności) wywołuje inne skutki procesowe niż orzeczenie negatywne (o niekonstytucyjności).

2.2.1. Trybunał wskazywał wielokrotnie, że przyczynę zbędności orzekania stanowi sam fakt wcześniejszego wydania orzeczenia stwierdzającego niekonstytucyjność określonej regulacji³⁸.

Podstawowym, najbardziej doniosłym skutkiem prawnym orzeczenia o niekonstytucyjności jest utrata mocy obowiązującej przez zakwestionowany akt normatywny. Skoro doszło do usunięcia z systemu prawa kwestionowanego przepisu w następstwie stwierdzenia jego niekonstytucyjności, to dalsze orzekanie o konstytucyjności tego przepisu jest zbędne, gdyż został osiągnięty podstawowy cel kontroli konstytucyjności polegający na wyeliminowaniu z porządku prawnego stanu niezgodności z Konstytucją³⁹.

2.2.2. Dotyczy to również sytuacji, gdy w kolejnym wniosku przywołano nowe wzorce kontroli. W ocenie Trybunału wskazanie nowych wzorców kontroli

³⁸ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 7 czerwca 2005 r., sygn. akt SK 38/04, OTK ZU 2005, seria A, Nr 6, poz. 71; postanowienie TK z 5 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 59/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 4, poz. 47.

³⁹ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 3 października 2001 r., sygn. akt SK 3/01, OTK ZU 2001, Nr 7, poz. 218; postanowienie TK z 9 marca 2004 r., sygn. akt SK 34/02, OTK ZU 2004, seria A, Nr 3, poz. 25; postanowienie TK z 13 maja 2008 r., sygn. akt K 26/07, OTK ZU 2008, seria A, Nr 4, poz. 67.

mogłoby mieć znaczenie, gdyby we wcześniejszym orzeczeniu Trybunał stwierdził konstytucyjność kwestionowanej regulacji⁴⁰.

Trybunał wskazywał, że stwierdzenie niekonstytucyjności choćby z jednym wzorcem konstytucyjnym wystarczy do utraty mocy obowiązującej przez kwestionowaną regulację⁴¹. Wskazywano, że „nie istnieje żadna gradacja niekonstytucyjności przepisów, a liczba wzorców, z którymi określona norma prawna jest niezgodna, nie przesądza o różnorodności skutków prawnych”⁴².

2.2.3. W ocenie Trybunału, również w sytuacji, gdy w danym postępowaniu uznano niekonstytucyjność kwestionowanej regulacji z określonym wzorcem kontroli, badanie tej regulacji z pozostałymi wskazanymi wzorcami kontroli w ramach tego samego postępowania może być umorzone przez wzgląd na zbędność orzekania⁴³. Przy czym kolejność w jakich kwestionowana regulacja będzie kontrolowana z poszczególnymi wzorcami kontroli nie jest w pełni dowolna. W pierwszej kolejności wskazane jest orzekanie o zarzucie naruszenia przepisu konstytucyjnego o większym stopniu szczegółowości⁴⁴.

Należy pamiętać, że zbędność jest ujemną przesłanką procesową, której wystąpienie skutkuje niedopuszczalnością orzekania. Wydaje się zatem, że w ramach każdej konkretnej sprawy należy dokonać analizy, czy badanie z pozostałymi wzorcami jest celowe, tj. czy może służyć przywróceniu stanu konstytucyjności. W sytuacji, gdy w danej sprawie zakwestionowano określoną regulację z normą prawną wyprowadzoną z kilku przepisów konstytucyjnych, w sentencji wyroku

⁴⁰ Zob. postanowienia wskazane w przypisie nr 39.

⁴¹ Postanowienie TK z 24 stycznia 2007 r., sygn. akt SK 38/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 1, poz. 7.

⁴² Wyrok TK z 21 marca 2001 r., sygn. akt K 24/00, OTK ZU 2001, Nr 3, poz. 51; wyrok TK z 26 czerwca 2001 r., sygn. akt U 6/00, OTK ZU 2001, Nr 5, poz. 122; wyrok TK z 18 marca 2003 r., sygn. akt K 50/01, OTK ZU 2003, seria A, Nr 3, poz. 21; wyrok TK z 11 maja 2004 r., sygn. akt K 4/03, OTK ZU 2004, seria A, Nr 5, poz. 41.

⁴³ Wyroki, w których miała miejsce taka sytuacja nie należą do rzadkości – zob. przykładowo: wyroki wskazane w przypisie nr 42 oraz wyrok TK z października 2003 r., sygn. akt K 4/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 8, poz. 80; wyrok TK z 27 grudnia 2004 r., sygn. akt SK 35/02, OTK ZU 2004, seria A, Nr 11, poz. 119; wyrok TK z 27 lutego 2007 r., sygn. akt P 22/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 2, poz. 12; wyrok TK z 20 maja 2008 r., sygn. akt P 18/07, OTK ZU 2008, seria A, Nr 4, poz. 61.

⁴⁴ Zob. wyrok TK z 10 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 7/00, OTK ZU 2001, Nr 3, poz. 56; wyrok TK z 30 października 2007 r., sygn. akt P 28/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 9, poz. 109, w których umorzono postępowanie w zakresie kontroli z przepisem konstytucyjnym o bardziej ogólnym charakterze, a także wyrok TK z 25 maja 1998 r., sygn. akt U 19/97, OTK ZU 1998, Nr 4, poz. 47 oraz wyrok TK z 2 czerwca 1999 r., sygn. akt K 34/98, OTK ZU 1999, Nr 5, poz. 94, w których wskazano identyczną tezę, lecz jeszcze nie zidentyfikowano wystąpienia takiej sytuacji ze zbędnością orzekania.

należy umieścić wszystkie te przepisy. Jeżeli natomiast Trybunał uzna, iż treść normatywna przepisu konstytucyjnego o ogólnym charakterze zawarta jest w treści normatywnej przepisu o charakterze szczególnym, wówczas postępowanie w zakresie kontroli z bardziej ogólnym wzorcem kontroli jest umarzane⁴⁵. W każdej badanej sprawie kwestionowaną treść normatywną należy badać z kolejnymi wzorcami kontroli, aż do stwierdzenia stanu niezgodności.

Szczególnym przykładem jest sytuacja, w której – w przypadku uznania niekonstytucyjności regulacji z przyczyn formalnych – stwierdza się zbędność badania z pozostałymi wzorcami, w zakresie zarzutów dotyczących materii kwestionowanych aktów normatywnych⁴⁶. Można jednak wskazać takie orzeczenia, w których Trybunał badał konstytucyjność zarówno w zakresie formalnego jak i materialnego kryterium kontroli konstytucyjności⁴⁷. W wyroku z 28 listopada 2007 roku, Trybunał uzasadniając wskazaną rozbieżność wskazał, że problem celowości przeprowadzania kontroli konstytucyjności zarówno w oparciu o zarzuty materialne jak i procesowe należy rozpatrywać wielopłaszczyznowo, ze szczególnym uwzględnieniem rodzaju kontroli konstytucyjności (prewencyjna czy następcza), zakresu zaskarżenia oraz skutków orzeczenia⁴⁸.

2.2.4. Stwierdzenie niekonstytucyjności kwestionowanej regulacji oznacza, iż główny cel kontroli konstytucyjności został osiągnięty – z systemu prawa wyeliminowano niezgodność z Konstytucją. Tym samym dalsze badanie tej regulacji jest bezprzedmiotowe. Dlatego też w takiej sytuacji – niezależnie od przytoczonych nowych wzorców kontroli oraz argumentów co do niekonstytucyjności kwestionowanego aktu normatywnego – postępowanie i orzekanie jest zbędne w zakresie, w jakim wskazany akt normatywny został już uznany przez Trybunał za niekonstytucyjny.

⁴⁵ Wyrok TK z 29 listopada 2007 r., sygn. akt SK 43/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 10, poz. 130; wyrok TK z 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06, OTK ZU 2008, seria A, Nr 4, poz. 63.

⁴⁶ Wyrok TK z 3 lipca 2001 r., sygn. akt K 3/01, OTK ZU 2001, Nr 5, poz. 125; wyrok TK z 20 lipca 2006 r., sygn. akt K 40/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 7, poz. 82.

⁴⁷ Zob. orzeczenie TK z 22 września 1997 r. sygn. akt K 25/97, OTK ZU 1997, Nr 3-4, poz. 35; wyrok TK z 28 listopada 2007 r., sygn. akt K 39/07, OTK ZU 2007, seria A, Nr 10, poz. 129.

⁴⁸ Trybunał zauważył, że skutki w obu sytuacjach polegają na wyeliminowaniu niekonstytucyjnej normy, inne są natomiast konsekwencje niekonstytucyjności z przyczyn formalnych i materialnych. Niekonstytucyjność z przyczyn proceduralnych powoduje niedojście do skutku ustawy uchwalonej w tym trybie, z kolei niekonstytucyjność z uwagi na treść powoduje upadek ustawy nowelizowanej, co następuje od dnia ogłoszenia wyroku Trybunału. Ponadto uznanie zasadności zarzutu proceduralnego o niekonstytucyjności przepisu nowelizującego skutkowałoby dalszym obowiązywaniem ustawy w wersji, którą miała zmienić nieefektywna nowelizacja, czyli tzw. odżyciem norm (zob. wyrok TK z 28 listopada 2007 r., sygn. akt K 39/07, OTK ZU 2007, seria A, Nr 10, poz. 129).

2.3.1. Inaczej należy oceniać sytuację, gdy Trybunał orzekł wcześniej o konstytucyjności ponownie zakwestionowanej regulacji. Podstawowym skutkiem prawnym orzeczenia o zgodności kwestionowanej regulacji z aktem hierarchicznie wyższym jest potwierdzenie domniemania konstytucyjności tej regulacji, a tym samym utrzymanie obowiązku posłuszeństwa wobec zbadanej normy⁴⁹. Akt normatywny poddany kontroli w dalszym ciągu obowiązuje. Przyjmuje się, że orzeczenie afirmatywne ma charakter deklaratoryjny gdyż nie skutkuje ono żadnymi zmianami w obowiązującym stanie prawnym, lecz potwierdza tylko fakt konstytucyjności kontrolowanego aktu normatywnego⁵⁰.

Z. Czeszejko-Sochacki zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym w wyniku wejścia w życie orzeczenia afirmatywnego sytuacja zmienia się o tyle, że domniemanie zgodności z konstytucją przeistacza się w stan pewności prawnej⁵¹. Za twierdzeniem tym obecnie przemawiać mogłaby wskazana bezpośrednio w Konstytucji cecha ostateczności orzeczeń Trybunału⁵², która oznacza, że orzeczenia są formalnie niewzruszalne – „nie podlegają ani instancyjnemu zaskarżeniu, ani też zmianie w innym trybie”⁵³, nie jest zatem możliwe ponowne rozpoznanie zagadnienia, którego dotyczyły. W wypadku, gdy Trybunał orzekłby drugi raz o tej samej sprawie doszłoby do podważenia już wcześniej wydanego w tej sprawie orzeczenia.

Ze względu na cel postępowania przed Trybunałem tj. zapewnienie konstytucyjności systemu prawa, to przedmiot postępowania jest

⁴⁹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Wznowienie postępowania jako skutek pośredni orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2000, Nr 2, s. 14;

⁵⁰ L. Garlicki, *Uwagi o charakterze prawnym orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, Wrocław 1997, s. 82, 83; A. Mączyński, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga jubileuszowa Trybunału Konstytucyjnego*, pod red. M. Żubik, Warszawa 2006, s. 123.

⁵¹ Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja i skutki prawne*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 12, s. 20.

⁵² Na temat znaczenia ostateczności orzeczeń Trybunał po raz pierwszy wypowiedział się w postanowieniu z 26 października 1988 r., U 7/88, w którym wskazano, ostateczność orzeczeń oznacza, że są one „niezaskarżalne w toku postępowania, które w ogóle nie przewiduje instancji odwoławczej w znaczeniu, jakie zostało ukształtowane w postępowaniu sądowym lub administracyjnym.” (OTK 1988, t. 1, poz. 17).

⁵³ Zob. postanowienie TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 4/03, OTK ZU 2005, seria A, nr 11, poz. 143, a także postanowienie TK z 17 lipca 2003 r., sygn. akt K 13/02, OTK ZU 2003, seria A, nr 6, poz. 72 oraz: K. Działocha, *Ekspertyza*, „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” nr XXIV, s. 92; L. Garlicki, *Uwagi o...*, s. 83; Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzcinski, *Komentarz do ustawy...*, s. 210; Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 339.

elementem różnicującym poszczególne sprawy⁵⁴. Dlatego też, próba dokonania badania tego samego aktu normatywnego z tym samym wzorcem kontroli w oparciu o tą samą argumentację, w zakresie, w jakim były już one rozstrzygnięte orzeczeniem w konkretnej sprawie stanowiłaby w istocie próbę poddania kolejny raz badaniu Trybunału tej samej sprawy, w której wydał on już przecież orzeczenie. Wydaje się zatem, że w zakresie w jakim ponownie kwestionowana regulacja była już badana, domniemanie konstytucyjności przekształca się w pewność konstytucyjności. Trzeba jednak podkreślić, że pewność ta nie ma charakteru wieczystego. Istnieje możliwość zmiany kontekstu funkcjonowania kwestionowanej regulacji⁵⁵ lub wystąpienia okoliczności powodujących modyfikację zakresu zastosowania przepisu stanowiącego wzorzec kontroli⁵⁶.

2.3.2. Należy podkreślić, że wskazana pewność konstytucyjna dotyczy tylko tego zakresu przepisu w jakim został on poddany procedurze hierarchicznej kontroli norm. Oznacza to, że badanie przepisu prawnego, co do którego uznano zgodność z Konstytucją jest zbędne tylko w zakresie, w jakim był on wcześniej poddany kontroli konstytucyjności.

Z treści dwóch z trzech podstawowych zasad postępowania przed Trybunałem tj. zasady skargowości oraz dopełniającej jej zasady, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na podmiocie kwestionującym konstytucyjność określonej regulacji⁵⁷ wynika, iż zakres kontroli konstytucyjności wyznaczany jest w istocie przez wnioskodawcę. Dla zidentyfikowania tego zakresu należy zatem każdorazowo odwołać się do sformułowanego we wniosku zarzutu niekonstytucyjności oraz argumentów wskazanych na jego poparcie.

⁵⁴ Zagadnienie pojęcia sprawy w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz elementów istotnych przy identyfikacji danej sprawy wymaga osobnej analizy. Jak dotąd w doktrynie w tym zakresie interesujący jest pogląd Z. Czeszejko-Sochackiego, zgodnie z którym istotne znaczenie przy dookreślaniu przedmiotu postępowania jest konkretna wątpliwość konstytucyjna (zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Moc wiążąca orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1986, Nr 6, s. 33). Pogląd ten bardzo dobrze odzwierciedla złożoność kontroli konstytucyjności, która często nie daje się przyporządkować do prostego schematu badania zakwestionowanego we wniosku przepisu prawnego ze wskazanym wzorcem kontroli.

⁵⁵ L. Garlicki, *Uwagi o...*, s. 84; zob. też uchwała TK z 7 marca 1995 r., sygn. akt W 9/94, OTK ZU 1995, cz. I, poz. 20.

⁵⁶ A. Mączyński wskazuje na możliwość zmiany treści wzorca kontroli, przykładowo bardzo ogólnego i bogatego w treść art. 2 Konstytucji, zob. A. Mączyński, *Orzeczenia Trybunału...*, s. 123.

⁵⁷ Zob. wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt K 51/07, OTK ZU 2008, seria A, Nr 5, poz. 87.

2.3.3. Zarzut można najogólniej określić jako wypowiedź podmiotu wszczynającego postępowanie wskazującą, iż określony przepis lub norma są niezgodne z określonym aktem normatywnym wyższego rzędu. Konieczne dopełnienie zarzutu stanowi przywołanie argumentów przemawiających za niekonstytucyjnością. Sama deklaracja we wniosku, iż określone normy są wzajemnie niezgodne jest niewystarczająca. Dlatego też ustawodawca wymaga od wnioskodawcy wskazania argumentów przemawiających za niekonstytucyjnością kwestionowanej regulacji (zob. art. 32 ust. 1 pkt 4 oraz art. 47 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK).

Można wskazać dwa podstawowe rodzaje zarzutów. Wnioskodawca może kwestionować konstytucyjność: 1) treści określonego przepisu (zarzuty o charakterze materialnym); 2) trybu lub sposobu uchwalenia kwestionowanej regulacji albo kompetencji określonego organu (zarzuty o charakterze formalnym). Pomiędzy zarzutami o charakterze materialnym i formalnym występują istotne różnice głównie w zakresie skutków ich ewentualnego uwzględnienia przez Trybunał.

W przypadku zarzutów o charakterze formalnym zakres kontroli obejmuje cały kwestionowany przepis. Tym samym uchylenie przepisu, przykładowo z uwagi na błędy w procesie legislacyjnym, powoduje wyeliminowanie tego przepisu w pełnym zakresie – wszystkich norm, które można było z niego wyinterpretować.

W zarzutach o charakterze materialnym wnioskodawca kwestionuje konstytucyjność treści normatywnych określonych przepisów prawnych. Przy czym treść tą stanowią w istocie normy prawne wskazane przez podmiot wszczynający kontrolę konstytucyjności⁵⁸. Zarzuty materialne dotyczą zatem wynikających z treści kwestionowanych przepisów norm prawnych⁵⁹. Zakres zarzutów materialnych, a tym samym zakres zaskarżenia w znacznym stopniu zależny jest od sposobu wszczęcia postępowania. Podczas gdy zakres zarzutów formułowanych przez podmioty legitymowane do wszczynania kontroli

⁵⁸ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 10 października 2007 r., sygn. akt SK 56/06, OTK ZU 2007, seria A, nr 9, poz. 113, szerzej na ten temat: A. Jamróz, *Norma prawna i przepis prawny w pracy Trybunału Konstytucyjnego, Kilka refleksji*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, pod red. W. Czaplińskiego, Warszawa 2006, s. 316 i n.

⁵⁹ W przypadku zarzutów o charakterze materialnym możliwa jest zatem sytuacja, gdy pomimo ponownego zakwestionowania przepisu uznanego we wcześniejszym orzeczeniu za konstytucyjny z tymi samymi wzorcami kontroli Trybunał przeprowadzi kontrolę konstytucyjności, jeżeli wnioskodawcy w oby postępowaniach wskazywali na inne treści normatywne wynikające z tych przepisów. Sytuacja taka miała miejsce w związku z wyrokami TK z 1 lutego 2005 r. o sygn. akt SK 62/05 (OTK ZU 2005, seria A, nr 11, poz. 2) oraz z 27 marca 2007 r. o sygn. akt SK 3/05 (OTK ZU 2007, seria A, nr 3, poz. 32).

abstrakcyjnej w zasadzie nie jest ograniczony⁶⁰, to w przypadku skargi konstytucyjnej i pytania prawnego jest on w znacznym stopniu zdeterminowany konkretną sytuacją faktyczną sprawy będącej tłem postępowania przed Trybunałem (zob. punkt III.4.2. *in fine*).

2.3.4. Zarzut zawsze dotyczy określonego kwestionowanego aktu normatywnego oraz regulacji wskazanej jako wzorzec kontroli. Co do zasady wskazanie nowych wzorców kontroli powinno oznaczać, że mamy do czynienia z innym zarzutem dotyczącym innych treści normatywnych.

Warto powtórzyć twierdzenie Trybunału, iż w przypadku wcześniejszego orzeczenia o konstytucyjności przepisu, który został ponownie zakwestionowany, wskazanie we wniosku nowych, wcześniej nieprzywołanych wzorców kontroli ma znaczenie dla oceny celowości ponownego orzekania o tym przepisie⁶¹. W sytuacji gdy część wzorców powtarza się, a część przytoczono po raz pierwszy, postępowanie jest umorzone na podstawie zbędności tylko częściowo – w zakresie kontroli z wzorcem już wcześniej stanowiącym podstawę kontroli konstytucyjności⁶².

W praktyce orzeczniczej Trybunału można jednak wskazać postanowienia o umorzeniu postępowania ze względu na zbędność orzekania, argumentowaną tym, że przepis już uznany w procesie hierarchicznej kontroli norm za konstytucyjny pomimo okoliczności, iż w ponownym wniosku wskazano nowe wzorce kontroli tego przepisu. Decyzja uznania zbędności orzekania we wskazanej sytuacji jest przykładowo uzasadniana okolicznością, iż Trybunał rozważał już problem zgodności z nowymi wzorcami, lecz nie wskazał ostatecznego rezultatu kontroli konstytucyjności w sentencji wyroku, tylko w treści jego uzasadnienia⁶³.

⁶⁰ Podmioty legitymowane do wszczynania kontroli abstrakcyjnej muszą jednak przestrzegać podstawowych zasad kontroli konstytucyjności wynikających z art. 188 Konstytucji określającego kompetencje Trybunału w zakresie hierarchicznej kontroli norm. Ponadto wniośki pochodzące od podmiotów określonych w art. 191 ust. 1 pkt 3-5 Konstytucji mogą kwestionować jedynie regulacje dotyczące spraw objętych ich zakresem działania (art. 191 ust. 2 Konstytucji), natomiast wnioski Krajowej Rady Sądownictwa mogą kwestionować jedynie regulacje dotyczące niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 186 ust. 2 Konstytucji).

⁶¹ Zob. postanowienia wskazane w przypisie nr 39.

⁶² Zob. przykładowo: wyrok TK z 25 lutego 2003 r., sygn. akt SK 9/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 2, poz. 14; postanowienie TK z 20 grudnia 2007 r., sygn. akt K 42/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 11, poz. 167; wyrok TK z 24 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 16/06, OTK ZU 2008, seria A, Nr 5, poz. 85.

⁶³ Zob. przykładowo: postanowienie TK z 29 maja 2006 r., sygn. akt P 29/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 5, poz. 61; postanowienie TK z 28 czerwca 2006 r., sygn. akt SK 25/06, OTK ZU 2006, seria A, Nr 6, poz. 76. Wydaje się, że twierdzenie to mogłoby mieć zastosowanie tylko w przypadku wskazania w uzasadnieniu do wcześniejszego orzeczenia na konstytucyjność określonej regulacji. Trybunał nie mógłby umorzyć postępowania w zakresie

2.3.5. Istotnym elementem dopełniającym zarzut (zarówno o charakterze formalnym jak i materialnym) są wskazane przez podmiot wszczynający postępowanie argumenty uzasadniające niekonstytucyjność kwestionowanej regulacji.

W procedurze kontroli konstytucyjności konieczne jest zbadanie wszystkich istotnych okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy (art. 19 ust. 1 ustawy o TK). Trybunał może, co prawda dopuścić z urzędu dowody, które zostały uznane za celowe dla wyjaśnienia sprawy, ale podmiotem, który – ze względu na zauważenie wątpliwości konstytucyjnej na ogół na tle określonej sytuacji faktycznej – może wskazać najcelniejsze dowody na rzecz niekonstytucyjności określonej regulacji jest inicjator postępowania w sprawie hierarchicznej kontroli norm⁶⁴. Uzasadnienie wątpliwości konstytucyjnej jest immanentnym elementem każdego wniosku. W orzecznictwie Trybunału przyjmuje się, że ciężar udowodnienia niekonstytucyjności określonej regulacji spoczywa na podmiocie wszczynającym postępowanie⁶⁵. Zadaniem wnioskodawcy, który kwestionuje konstytucyjność określonej regulacji, jest wskazanie argumentów przemawiających za tą niekonstytucyjnością⁶⁶.

Poszczególni wnioskodawcy mogą różnić się między sobą w zakresie umiejętności wskazywania dowodów. Argumenty, których nie zauważył jeden wnioskodawca mogą być dostrzeżone przez inny legitymowany podmiot⁶⁷. Dlatego

kontroli przepisu, co do którego wypowiedziano się w uzasadnieniu wcześniejszego orzeczenia, że jest niekonstytucyjny pomijając go jednocześnie w sentencji tego orzeczenia. Przepis ten nie został wyeliminowany z systemu prawa, stan konstytucyjności nie został przywrócony, a tym samym orzekanie jest jak najbardziej zasadne.

⁶⁴ Zob. też: Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzciński, *Komentarz do ustawy...*, s. 76–78. Zob. inaczej: K. Wojtyczek, *Ciężar dowodu i argumentacji w procedurze kontroli norm przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1, s. 17–19.

⁶⁵ Zob. przykładowo: orzeczenie TK z 20 listopada 1995 r., sygn. akt K 23/95, OTK 1995, poz. 33; orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., sygn. akt K 19/96, OTK ZU 1997, Nr, poz. 6; wyrok TK z 16 marca 1999 r., sygn. akt K 35/98, OTK ZU 1999, Nr 3, poz. 37; postanowienie TK z 11 lipca 2000 r., sygn. akt K 28/99, OTK ZU 2000, Nr 5, poz. 150; wyrok TK z 28 czerwca 2005 r., sygn. akt SK 56/04, OTK ZU 2005, seria A, Nr 6, poz. 67.

⁶⁶ Wyrok TK z 20 kwietnia 2005 r., sygn. akt K 42/02, OTK ZU 2005, seria A, Nr 4, poz. 38.

⁶⁷ Z zagadnieniem tym łączy się problem tzw. łączenia spraw i braku uwzględnienia argumentów tych wnioskodawców, których wnioski zostały rozpatrzone (co polega w takiej sytuacji na umorzeniu postępowania ze względu na zbędność) po wydaniu wyroku dotyczącego tego samego przedmiotu kontroli. Wymaga ono jednak osobnej analizy. Zob. w tym kontekście celne uwagi skarżącego w postanowieniu TK z 14 października 2002 r., sygn. akt SK 18/02: „Skarżący podkreślił, że nie zgadzając się ze sposobem zaskarżenia rozporządzenia stypendialnego przez Rzecznika Praw Obywatelskich wystąpił z wnioskiem o łączne

też tak ważny jest ten element przy identyfikowaniu określonego zarzutu oraz określaniu zakresu zaskarżenia w celu zbadania, czy w danej sprawie nie zachodzi przesłanka zbędności postępowania.

Znaczenie argumentacji przy badaniu występowania przesłanki zbędności zostało zauważone przez Trybunał w wyroku z 5 września 2006 r., w którego uzasadnieniu wskazano, że okoliczność, „iż określone przepisy stanowiły już przedmiot kontroli z określonymi wzorcami, nie wyklucza ponownego badania tych samych przepisów z tymi samymi wzorcami, jeżeli inicjator kontroli przedstawiłby nowe, niepowoływane wcześniej argumenty, okoliczności lub dowody uzasadniające prowadzenie postępowania i wydanie wyroku.”⁶⁸ Ze wskazanej tezy wynika, poza treścią wskazaną *explicite* przede wszystkim to, że w sytuacji, gdy dany przepis jest kwestionowany kolejny raz, a we wcześniejszym orzeczeniu uznano jego konstytucyjność, Trybunał Konstytucyjny powinien zbadać, czy w tym nowym wniosku zarzut niekonstytucyjności nie opiera się na nowych, wcześniej nieprzywołanych argumentach. Jeżeli inicjator postępowania podparłby swój zarzut nowymi i istotnymi dowodami badanie konstytucyjności powinno być przeprowadzone pomimo okoliczności, iż dany przepis był już wcześniej kontrolowany.

2.3.6. Reasumując tą część rozważań, należy uznać, że w przypadku gdy Trybunał orzekł o konstytucyjności określonej regulacji, ponowne jej badanie jest zbędne tylko w przypadku, gdy późniejszy wniosek zawiera taki sam zarzut oparty o tak samo sformułowaną argumentację⁶⁹. W takiej bowiem sytuacji brak jest

rozpoznanie wniosku Rzecznika i skargi konstytucyjnej, który jednak nie został uwzględniony. Skarżący za niedopuszczalną uznał sytuację, w której jeden organ uprawniony (w tym przypadku Rzecznik Praw Obywatelskich) składa do Trybunału Konstytucyjnego wniosek wadliwy, blokując tym samym prawo innego podmiotu uprawnionego (skarżącego) do przedstawienia Trybunałowi Konstytucyjnemu stanowiska, zwłaszcza gdy ów drugi podmiot nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu.” (OTK ZU 2002, seria A, Nr 5, poz. 74).

⁶⁸ Wyrok TK z 5 września 2006 r., sygn. akt K 51/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 8, poz. 100. Zob. też wyrok TK z 12 września 2006 r., o sygn. akt SK 21/05, wydany w postępowaniu, w którym przeprowadzono kontrolę konstytucyjności pomimo tożsamości przedmiotu i wzorców kontroli z wcześniejszym postępowaniem zakończonym orzeczeniem o konstytucyjności argumentując brak możliwości umorzenia wskazaniem nowych, wcześniej nieprzywoływanych argumentów przez wnioskodawcę (OTK ZU 2006, seria A, Nr 8, poz. 103).

⁶⁹ Zob. wyrok TK z 27 marca 2007 r., sygn. akt SK 9/05, OTK ZU 2007, seria A, Nr 3, poz. 31, w którego uzasadnieniu Trybunał zauważył: „że zarzut niezgodności art. 2 pkt 5 lit. c ustawy z art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 1 Konstytucji, w oparciu o tak samo sformułowaną argumentację, został rozpoznany przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. K 16/02”, a także przykładowo: postanowienie TK z 4 maja 2006 r., sygn. akt SK 53/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 5, poz. 60; postanowienie TK z 26 marca 2008 r., sygn. akt SK 24/07, OTK ZU 2008, seria A, Nr 2, poz. 38.

nowej płaszczyzny kontroli konstytucyjności – nowych elementów które mogłyby podlegać badaniu lub w oparciu o które badanie mogłoby być przeprowadzone. Postępowanie jako bezcelowe; podlega zatem umorzeniu ze względu na zbędność orzekania. Tylko w tym zakresie został bowiem osiągnięty cel postępowania dotyczącego kontroli konstytucyjności. Jeżeli natomiast inny legitymowany podmiot sformułuje inny zarzut wobec określonego aktu normatywnego lub też nie zmieniając przepisów stanowiących wzorce kontroli przytoczy niewskazane wcześniej dowody na rzecz niekonstytucyjności tego aktu, to ponowne przeprowadzenie kontroli konstytucyjności jest jak najbardziej uzasadnione i wskazane. Działanie takie służy zapewnieniu zgodności elementów systemu prawa niższego rzędu z elementami wyższego rzędu, czyli osiągnięciu stanu konstytucyjności porządku prawnego.

2.4. Wcześniejse poddanie kontroli konstytucyjności określonej regulacji stanowi najbardziej powszechną przyczynę zbędności orzekania przez Trybunał Konstytucyjny. Każdy wniosek zawierający zarzut niekonstytucyjności określonego aktu normatywnego należy poddać szczegółowemu badaniu pod kątem wcześniejszego rozpoznawania określonego zagadnienia.

Istotne jest by we wcześniejszej sprawie faktycznie przeprowadzono badanie merytoryczne i wydano orzeczenie w sprawie konstytucyjności kwestionowanej regulacji⁷⁰. Jeżeli została ona wcześniej uznana za niekonstytucyjną, wówczas cel postępowania przed Trybunałem został osiągnięty i dalsze orzekanie jest zbędne, bez względu na kształt zarzutu niekonstytucyjności tej regulacji oraz przywołanych argumentów. Z kolei w sytuacji wcześniejszego uznania konstytucyjności określonej regulacji trzeba przeprowadzić drobiazgową analizę, w celu ustalenia, czy zarzuty niekonstytucyjności oraz wskazane argumenty w obu wnioskach są ze sobą zbieżne. W przypadku wskazania nowych treści normatywnych stanowiących wzorce kontroli lub przywołania nowych argumentów należy przeprowadzić kontrolę konstytucyjności w zakresie tych nowych aspektów.

3. W określonych w orzecznictwie Trybunału sytuacjach stwierdzenie niekonstytucyjności pewnych przepisów może skutkować zbędnością kontroli konstytucyjności z innymi również kwestionowanymi w tej samej sprawie regulacjami. Zbędność orzekania wynika nie tyle z faktu, iż kwestionowane przepisy są tożsame, co z w z a j e m n e j r e l a c j i t r e ś c i n o r m a t y w n y c h t y c h p r z e p i s ó w. W oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego można wskazać pewne modelowe przykłady, w których ma miejsce omawiana sytuacja.

⁷⁰ Zob. jednak postanowienie TK z 18 lipca 2006 r., sygn. akt K 34/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 7, poz. 90, a także postanowienie TK z 31 maja 2005 r., sygn. akt SK 59/03, OTK ZU 2005, seria A, Nr 5, poz. 61.

3.1. W niektórych sprawach w procesie kontroli konstytucyjności określonej instytucji prawnej Trybunał dokonuje podziału kwestionowanych przepisów na te o charakterze podstawowym oraz pomocniczym. Jeżeli we wniosku kwestionuje się ten sam przepis podstawowy co w sprawie już rozstrzygniętej orzeczeniem, to pomimo zakwestionowania w tym wniosku także innych, wcześniej niebadanych przepisów o pomocniczym charakterze postępowanie jest umarzone w całości ze względu na zbędność orzekania.

3.1.1. W praktyce zdarza się nierzadko, że uznanie niekonstytucyjności przepisu podstawowego skutkuje zbędnością orzekania o pozostałych kwestionowanych przepisach. Przykładowo w sprawie dotyczącej sprawowania władzy sądowniczej przez asesorów Trybunał Konstytucyjny wydał rozstrzygnięcie merytoryczne w zakresie przepisu umożliwiającego powierzanie asesorom wykonywania czynności sędziowskich. Pozostałe zarzuty (dotyczące przede wszystkim sposobu sprawowania władzy sądowniczej przez asesorów) wskazane zarówno w skardze konstytucyjnej rozpoznanej w postępowaniu zakończonym wyrokiem o sygn. akt SK 7/06 jak i w skargach rozpatrzonych w innych późniejszych postępowaniach stanowiły pochodną zarzutu zasadniczego⁷¹.

Przedstawione podejście Trybunału odpowiada proponowanej przez teoretyków prawa koncepcji, zgodnie z którą norma prawna może być wyrażona w kilku przepisach, z których jeden – centralny – zawiera treść podstawową, natomiast pozostałe – modyfikujące – zmieniają tą treść na różne sposoby⁷². Wskazane przepisy modyfikujące lub pomocnicze w istocie są ściśle związane z przepisem centralnym – dopełniają lub modyfikują jego treść. Nie jest natomiast możliwe wyłożenie określonej normy postępowania tylko w oparciu o przepis o charakterze pomocniczym bez przepisu centralnego.

3.1.2. Kilkakrotnie miała miejsce sytuacja, w której uznanie niekonstytucyjności przepisu podstawowego powodowało zbędność orzekania o pozostałych kwestionowanych przepisach o charakterze pomocniczym. Również w tym przypadku Trybunał uzasadniał takie działanie wskazaną koncepcją, zgodnie z którą z przepisu pomocniczego nie można wyprowadzić normy postępowania bez odwołania się do treści przepisu centralnego. Nie jest zatem w ocenie Trybunału zasadne badanie przepisu pomocniczego, w sytuacji gdy wcześniej uznano

⁷¹ Zob. wyrok TK z 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 9, poz. 108; postanowienie TK z 21 listopada 2007 r., sygn. akt SK 92/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 10, poz. 145; postanowienie TK z 5 marca 2008 r., sygn. akt SK 95/06, OTK ZU 2008, seria A, Nr 2, poz. 35.

⁷² M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, zeszyt 3, s. 97–98.

konstytucyjność przepisu centralnego. Trybunał wskazywał, iż kwestionowany przepis o charakterze pomocniczym w istocie nie wpływa na zmianę sytuacji prawnej skarżącego⁷³.

3.2. Można wskazać również sytuacje, w których Trybunał umarzał postępowanie ze względu na zbędność orzekania, gdy we wniosku kwestionowano inne przepisy niż w sprawie już rozstrzygniętej lecz dotyczące tej samej instytucji prawnej, pomiędzy którymi nie zachodziła jednak relacja przepis centralny – przepis pomocniczy.

Sytuacja taka miała miejsce przykładowo w związku z wyrokiem z 30 maja 2007 r., o sygn. akt SK 68/06, w którym Trybunał uznał *n i e k o n s t y t u c y j n o ś ć* przepisu, zgodnie z którym postanowienie o odmowie lub przyjęciu skargi kasacyjnej nie wymaga uzasadnienia⁷⁴. Do Trybunału wpłynęło wiele skarg konstytucyjnych kwestionujących zarówno ten przepis, jak i inne regulacje dotyczące sposobu orzekania w sprawie przyjęcia skargi kasacyjnej przez Sąd Najwyższy. Postępowania w sprawach tych skarg zostały umorzone ze względu na zbędność orzekania.

Szczególnie skomplikowana sytuacja miała miejsce w związku z postępowaniem zakończonym postanowieniem z 5 lutego 2008 r., o sygn. akt SK 74/06. W skardze zakwestionowano konstytucyjność regulacji dotyczącej skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, w tym również art. 424¹² k.p.c., zgodnie z którym w sprawach nieuregulowanych do postępowania w sprawach stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia stosuje się odpowiednio przepisy o skardze kasacyjnej. Trybunał uznał zbędność postępowania ze względu na fakt, iż w wyroku SK 68/06 uznano niekonstytucyjność art. 398 § 2 zdanie drugie k.p.c. dotyczącego jednego z elementów skargi kasacyjnej.

Omówiona przyczyna zbędności orzekania praktycznie nie jest stosowana, gdy we wcześniejszym orzeczeniu uznano *k o n s t y t u c y j n o ś ć* kwestionowanej regulacji. Można jedynie wskazać postanowienie z 19 lutego 2008 r., o sygn. akt K 20/05, w którym wskazano iż wcześniej niekwestionowany przepis wchodził w skład pewnej już wcześniej zbadanej całości normatywnej. Trybunał podkreślił jednak, że przepis ten ma charakter związkowy i pomocniczy⁷⁵.

Wskazana przyczyna uznania zbędności charakteryzuje się najmniejszym stopniem związku pomiędzy treściami przepisów – już kontrolowanych i obec-

⁷³ Zob. postanowienie TK z 3 października 2006 r., sygn. akt SK 34/05, OTK ZU 2006, seria A, Nr 9, poz. 130.

⁷⁴ OTK ZU 2007, seria A, Nr 6, poz. 53.

⁷⁵ OTK ZU 2008, seria A, Nr 1, poz. 20.

nie kwestionowanych. W tej sytuacji Trybunał powinien działać wyjątkowo drobniawo, tak, aby uniknąć sytuacji, w której zostanie umorzono postępowanie wszczęte wnioskiem zawierającym osobny zarzut dotyczący innej, samodzielnej treści normatywnej.

3.3. Trybunał wskazywał także, iż uznanie niekonstytucyjności całego aktu normatywnego powoduje zbędność oceny poszczególnych jego przepisów. W praktyce kilkakrotnie umorzono postępowanie w zakresie kontroli poszczególnych przepisów kwestionowanego rozporządzenia, wskazując w uzasadnieniu, iż wobec stwierdzenia niekonstytucyjności całego rozporządzenia, bezprzedmiotowa stała się ocena poszczególnych jego przepisów⁷⁶.

We wskazanej sytuacji został już osiągnięty główny cel postępowania – niekonstytucyjny akt normatywny został wyeliminowany z systemu prawa – zatem dalsza kontrola poszczególnych przepisów tego aktu byłaby bezcelowa.

3.4. W orzecznictwie Trybunału wykształciła się również teza, zgodnie z którą orzekanie jest zbędne w zakresie badania aktu wykonawczego (rozporządzenia) w wypadku wcześniejszego uznania w danej sprawie niekonstytucyjności przepisu ustawy upoważniającego do wydania tego aktu wykonawczego. Jako uzasadnienie takiej zbędności orzekania wskazuje się, iż uznanie niekonstytucyjności upoważnienia ustawowego skutkuje niekonstytucyjnością przepisów aktów podstawowych wydanych na podstawie tego upoważnienia⁷⁷.

W wyroku z 25 lipca 2006 roku, o sygn. akt P 24/05 Trybunał wywiódł ze wskazanej tezy, że również w sytuacji uznania konstytucyjności przepisu ustawy upoważniającego do wydania rozporządzenia, zbędne jest orzekanie w przedmiocie tego rozporządzenia⁷⁸. Nie wdając się w tym miejscu w ocenę trafności tego rozwiązania warto tylko wskazać, iż przemawia za nim to, że wniosek oparty był na jednym zarzucie dotyczącym treści normatywnej zawartej zarówno w przepisie ustawy, jak i w treści rozporządzenia. Jeżeli również argumentacja wskazana przez podmioty inicjujące kontrolę była taka sama, zostały zatem spełnione kryteria uznania zbędności orzekania, w sytuacji wcześniejszego uznania konstytucyjności kwestionowanej regulacji (zob. punkt IV.2.3.6).

⁷⁶ Zob. wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99, OTK ZU 2000, Nr 5, poz. 142; wyrok TK z 7 listopada 2000 r., sygn. akt K 16/00, OTK ZU 2000, Nr 7, poz. 257; wyrok TK z 29 maja 2002 r., sygn. akt P 1/01, OTK ZU 2002, seria A, Nr 3, poz. 36.

⁷⁷ Zob. wyrok TK z 27 czerwca 2000 r., sygn. akt K 20/99, OTK ZU 2000, Nr 5, poz. 140; wyrok TK z 8 października 2002 r., sygn. akt K 36/00, OTK ZU 2002, seria A, Nr 5, poz. 63; wyrok TK z 27 czerwca 2006 r., sygn. akt SK 35/04, OTK ZU 2006, seria A, Nr 6, poz. 68; wyrok TK z 5 grudnia 2007 r., sygn. akt K 36/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 11, poz. 154.

⁷⁸ OTK ZU 2007, seria A, Nr 7, poz. 87.

Można również wskazać orzeczenia, w których Trybunał nie uznawał zbędności badania rozporządzenia, w przypadku stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu upoważniającego do jego wydania⁷⁹. Obecnie przeważa jednak linia orzecznicza, zgodnie z którą w sytuacji uznania niekonstytucyjności delegacji ustawowej zbędne jest orzekanie o wydanym na jej podstawie rozporządzeniu⁸⁰.

3.5. W orzecznictwie Trybunału wykształciła się praktyka, zgodnie z którą, w przypadku gdy dokonano już kontroli konstytucyjności przepisu zmienionego zbędne jest orzekanie o przepisie zmieniającym lub odwrotnie. Sytuacja taka może mieć miejsce zarówno w ramach jednego postępowania, gdy wnioskodawca kwestionuje jednocześnie przepisy nowelizowane jak i nowelizujące⁸¹, jak również w ramach osobnych postępowań, gdy Trybunał zbadał już wcześniej konstytucyjność przepisów nowelizowanych lub nowelizujących, a następnie zakwestionowano odpowiadające im przepisy nowelizujące lub nowelizowane⁸².

Wskazana praktyka postępowania znajduje pełne uzasadnienie w przypadku wcześniejszego uznania niekonstytucyjności regulacji nowelizowanej lub nowelizującej. Z kolei w sytuacji, gdy kwestionuje się określoną regulację, którą wcześniej uznano za konstytucyjną, dla ziszczenia się omawianej przyczyny zbędności konieczne jest dodatkowo postawienie tożsamego zarzutu merytorycznego opartego o tą samą argumentację. W takiej bowiem sytuacji kwestionowana jest ta sama treść normatywna zawarta w dwóch osobnych aktach prawnych oparciu o te same zarzuty niekonstytucyjności i to samo uzasadnienie (zob. punkt IV.2.3.6).

4. Oddzielną przyczynę zbędności orzekania stanowi sytuacja, w której ustawodawca uzupełnił kwestionowaną lukę prawną przed merytorycznym rozstrzygnięciem sprawy przez Trybunał. Ma to na ogół miejsce w przypadku, gdy zarzut niekonstytucyjności dotyczy tzw. pominięcia ustawodawczego, czyli braku określonego elementu regulacji prawnej koniecznego dla uznania jej konstytucyjności.

W takiej sytuacji działanie ustawodawcy polegające na wprowadzeniu określonej, postulowanej przez wnioskodawcę regulacji powoduje, iż orzekanie stało

⁷⁹ Zob. wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 34/99, OTK ZU 2000, Nr 5, poz. 142; wyrok TK z 7 listopada 2000 r., sygn. akt K 16/00, OTK ZU 2000, Nr 7, poz. 257.

⁸⁰ Zob. orzeczenia wskazane w przypisie nr 77.

⁸¹ Zob. przykładowo: wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., sygn. akt K 9/02, OTK ZU 2002, seria A, Nr 7, poz. 94; wyrok TK z 15 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 4/02, OTK ZU 2003, seria A, Nr 4, poz. 31; wyrok TK z 20 grudnia 2007 r., sygn. akt P 37/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 11, poz. 160.

⁸² W wyroku TK z 10 listopada 1998 r., sygn. akt K 39/97 stwierdzono zbędność orzekania w zakresie kontroli kwestionowanego przepisu ustawy nowelizowanej, ze względu na okoliczność, iż Trybunał we wcześniejszym wyroku poddał kontroli konstytucyjności odpowiadający temu przepisowi przepis ustawy nowelizującej z wzorcem kontroli o tej samej treści normatywnej (OTK ZU 1998, Nr 6, poz. 99).

się zbędne⁸³, a zarzut niekonstytucyjności polegający na braku określonej regulacji staje się bezprzedmiotowy. Efekt, do którego dążył wnioskodawca, został osiągnięty przed rozprawą. Ponadto, Trybunał wskazywał w sprawach tego rodzaju dotyczących skarg konstytucyjnych na konieczność rozważenia, czy skarżący może być beneficjentem wprowadzonej regulacji⁸⁴.

Bardziej uogólniając omawiane zagadnienie można wskazać jedynie, iż postępowanie jest zbędne, gdy w wyniku podjęcia określonych działań legislacyjnych, nie polegających jednak na zmianie lub wyeliminowaniu kwestionowanego przepisu (wówczas przyczyną umorzenia byłaby utrata mocy obowiązującej – art. 31 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK), zarzuty wnioskodawcy straciły na aktualności. Taka sytuacja miała miejsce w postanowieniu z 9 lipca 2007 r., o sygn. akt K 32/06, w którym przyczynę zbędności stanowiła zmiana kontekstu normatywnego związana z modyfikacją niekwestionowanego przepisu czyniącą zadość zarzutowi wnioskodawcy⁸⁵.

Trzeba jednak zauważyć, że w omawianej sytuacji stało się zadość żądaniu wnioskodawcy, natomiast cel postępowania, czyli zapewnienie konstytucyjności porządku prawnego, nie mógł być osiągnięty. Trybunał nie miał przecież możliwości dokonania oceny kwestionowanej regulacji. Dla poddania nowej regulacji kontroli konstytucyjności potrzebny byłby nowy wniosek kwestionujący konstytucyjność tej nowo wprowadzonej treści normatywnej.

V. Konkluzje

1. Przesłanki procesowe w postępowaniu dotyczącym kontroli konstytucyjności to warunki dopuszczalności postępowania. Brak spełnienia przesłanki dodatniej lub wystąpienie przesłanki ujemnej skutkuje niedopuszczalnością postępowania i orzekania (zob. punkt II.4.1.). Niedopuszczalność orzekania jest skutkiem realizacji określonych sytuacji prawnych, a nie samodzielną przesłanką postępowania (zob. punkt II.4.3.).

Zbędność orzekania, jako ujemna przesłanka procesowa, skutkuje niedopuszczalnością przeprowadzania kontroli i prowadzenia postępowania. Nie jest

⁸³ Zob. wyrok TK z 10 listopada 1998 r., sygn. akt K 39/97, OTK ZU 1998, Nr 6, poz. 99, w zakresie punktu 2 postanowienia o umorzeniu postępowania; postanowienie TK z 3 lutego 2004 r., sygn. akt SK 18/03, OTK ZU 2004, seria A, Nr 2, poz. 12; postanowienie TK z 22 czerwca 2005 r., sygn. akt K 42/04 OTK ZU 2005, seria A, Nr 6, poz. 74.

⁸⁴ Postanowienie TK z 3 lutego 2004 r., sygn. akt SK 18/03, OTK ZU 2004, seria A, Nr 2, poz. 12.

⁸⁵ Postanowienie TK z 9 lipca 2007 r., sygn. akt K 32/06, OTK ZU 2007, seria A, Nr 7, poz. 85.

możliwe, aby w sytuacji stwierdzenia występowania ujemnej przesłanki procesowej Trybunał uznał, że pomimo to będzie rozpoznawał merytorycznie dany wniosek i wyda orzeczenie w przedmiocie konstytucyjności⁸⁶.

2. Ze względu na bardzo ogólne określenie omawianej przesłanki przez ustawodawcę konieczne jest wskazanie ogólnej dyrektywy określającej stany faktyczne, w których występuje zbędność orzekania.

W orzecznictwie Trybunału jako przyczyny zbędności orzekania wskazuje się sytuacje bardzo różnego rodzaju. Nie oznacza to jednak wcale, że w praktyce orzeczniczej panuje pełna dowolność i brak zasad. Można bowiem wskazać pewien element wspólny wszystkich tych sytuacji, który stanowi konieczny warunek uznania zbędności orzekania w określonej sprawie.

W przypadku ponownego zakwestionowania kontroli konstytucyjności określonej treści normatywnej uznanej za niekonstytucyjną we wcześniejszym rozstrzygnięciu, orzekanie jest zbędne, gdyż został osiągnięty podstawowy cel kontroli konstytucyjności polegający na wyeliminowaniu z systemu prawnego stanu hierarchicznej niezgodności aktów normatywnych (zob. punkt IV.2.2.4, a także sytuacje wskazane w punkcie IV.3). Jeżeli natomiast przedmiotem wniosku jest regulacja, co do której stwierdzono wcześniej konstytucyjność, a nie wskazano nowych elementów, w oparciu o które można by przeprowadzić badanie konstytucyjności, ponowna kontrola konstytucyjności jest bezcelowa, ponieważ ze względu na brak nowych płaszczyzn badania postępowanie nie służyłoby przywróceniu stanu konstytucyjności, lecz potwierdziłoby jedynie dotychczasowe rozstrzygnięcie Trybunału (zob. punkt IV.2.3.6.). Z kolei w sytuacji, gdy ustawodawca dokona uzupełnienia kwestionowanej luki prawnej przed wydaniem wyroku stan konstytucyjności nie został co prawda przywrócony, ale postępowanie jest zbędne, bo osiągnięcie celu postępowania nie jest w ogóle możliwe (zob. punkt IV.4).

Wspólnym elementem wszystkich sytuacji stanowiących przyczyny uznania zbędności orzekania jest bezprzedmiotowość postępowania. W sytuacji, gdy postępowanie nie służy podstawowemu celowi procedury hierarchicznej kontroli norm, czyli

⁸⁶ Można wskazać wypowiedzi Trybunału, w których wskazywano, iż wystąpienie przesłanki zbędności powoduje „niedopuszczalność ponownego badania tego samego przepisu” (zob. postanowienie TK z 21 marca 2006, sygn. akt SK 6/06, OTK ZU 2006, seria A, Nr 3, poz. 36), „konieczność umorzenia postępowania” (zob. postanowienie z 23 stycznia 2008 r., sygn. akt SK 65/06, OTK ZU 2008, seria A, Nr 1, poz. 11), czy też, to, że „Trybunał musi je [postępowanie – przyp. J.K.] umorzyć, albowiem wydanie orzeczenia w sprawie jest zbędne” (zob. postanowienie TK z 3 lipca 2007 r., sygn. akt SK 1/07, OTK ZU 2007, seria A, Nr 7, poz. 84).

przywróceniu stanu konstytucyjności, postępowanie nie może być prowadzone ponieważ jest zbędne. Sytuacja taka może wynikać z faktu, iż: 1) cel postępowania został już wcześniej osiągnięty; 2) ze względu na określone działania prawodawcy w danych okolicznościach nie jest możliwy do zrealizowania. Niedopuszczalne jest zatem prowadzenie kontroli konstytucyjności, co do której z góry wiadomo, że jej rezultat nie przyczyni się do osiągnięcia stanu hierarchicznej zgodności aktów normatywnych wchodzących w zakres systemu prawnego.

3. Przesłanka zbędności, jako istotne narzędzie procesowe Trybunału Konstytucyjnego, powinna być stosowana z należytą dokładnością. Nie można wskazywać w tym miejscu żadnych dyrektyw interpretacyjnych, przykładowo: w razie wątpliwości należy działać *in favorem* albo *contra* merytorycznemu rozpoznaniu wniosku.

Wskazane byłoby wypracowanie pewnych wzorów postępowania, mających służyć eliminacji elementu dowolności przy stosowaniu przesłanki zbędności. Szczególnie w przypadku wcześniejszego stwierdzenia konstytucyjności, przed wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania z powodu wystąpienia przesłanki zbędności należy każdorazowo dokonać drobiazgowego badania pod kątem wyszukiwania nowych treści normatywnych (zarówno przedmiotu jak i wzorca kontroli), sposobu sformułowania zarzutów oraz argumentów uzasadniających zarzuty. Kontrola konstytucyjności to jeden z instrumentów służących przywróceniu ładu systemu prawnego. Gdy legitymowany podmiot wskazuje nowe treści lub też tylko nowe zarzuty i argumenty, każdorazowo należy przeprowadzić proces kontroli konstytucyjności. Arbitralność w tym zakresie powodowałaby m.in.: po pierwsze, ograniczenie możliwości zapewnienia spójności systemu prawnego; po drugie, zmniejszenie się aktywności podmiotów legitymowanych do inicjowania kontroli konstytucyjności; po trzecie, spadek zaufania do sądu konstytucyjnego.

4. Trybunał Konstytucyjny, rozpoznając nowe sprawy z często skomplikowaną sytuacją procesową, przy badaniu czy dane okoliczności faktycznie przemawiają za zbędnością orzekania, powinien mieć na względzie okoliczność, iż wskazana przesłanka postępowania ma charakter procesowy (formalny) oraz dyrektywę, zgodnie z którą orzekanie jest zbędne jeżeli nie może służyć podstawowemu celowi postępowania, czyli przywróceniu stanu konstytucyjności porządku prawnego.

NEGATIVE PREREQUISITE OF SUPERFLUITY OF ADJUDGMENT IN PROCEEDING BEFORE THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

Polish legislator has determined a number of conditions of admissibility of initiating of constitutional review proceeding. In proceeding before the Constitutional Tribunal there are several prerequisites for court proceeding and one substantial prerequisite.

Non-fulfilment of any of the positive prerequisites or appearance of even of one of negative prerequisite causes inadmissibility of proceeding. In every case it is necessary to point out a specific prerequisite of proceeding causing its inadmissibility.

Superfluity of proceeding constitutes one of negative prerequisite for court proceeding which causes discontinuance. Research of jurisprudence of the Constitutional Tribunal shows several different reasons causing superfluity of adjudgment. Mainspring of superfluity is re-challenging of a provision which has already been reviewed by prior decision. If the Constitutional Tribunal find challenged regulation unconstitutional, re-adjudgment of this regulation is superfluous because the main goal of constitutional review (i.e. removal of inconsistency of legal system) has already been achieved. In turn, if the Tribunal find challenged regulation constitutional and the petitioner does not indicate new argumentation, re-adjudgment of this regulation is pointless due to lack of new ground for review.

To sum up, if the proceeding does not serve restitution of constitutionality, it cannot be conducted due to superfluity. That situation takes place when the main goal of constitutional review has already been achieved.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Jan Lic ■

PODMIOTOWOŚĆ SPÓŁEK OSOBOWYCH W PRAWIE SZWAJCARSKIM

I Uwagi wstępne

Problem podmiotowości prawnej spółek osobowych, a zwłaszcza spółki cywilnej, stanowi wciąż wyzwanie dla doktryny i orzecznictwa. Od dziesięcioleci trwają spory, co do natury prawnej spółki cywilnej i osobowych spółek handlowych. Napisano na ten temat wiele artykułów i innych opracowań¹. W ostatnich latach spór, co do istoty spółki cywilnej rozgorzał z nową siłą². Ukazały się też obszernie opracowania poświęcone spółce cywilnej, w tym problemowi jej podmiotowości prawnej³. Warto więc skonfrontować poglądy reprezentowane w polskiej doktrynie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa tych państw, w których przyjęto podobne rozwiązania normatywne, zwłaszcza jeżeli były one pierwowzorem dla ustawodawstwa polskiego. Źródłem sporów o podmiotowość spółek osobowych jest instytucja wspólności do niepodzielnej ręki, która dotarła do naszego

¹ Problem podmiotowości spółki cywilnej i spór z tym związany jest powszechnie znany. Podmiotowość spółki jawnej i komandytowej także jest niekiedy kwestionowana: L. Moskwa, *Stosunek zewnętrzny spółki komandytowej*, Poznań 2000, s. 217–223; P. Moskwa, „Ułomne osoby prawne” – czy koniec zadawnionego sporu?, *PUG* 2002/11, s. 21–22.

² K. J. Matuszyk, *W obronie tradycyjnego ujęcia spółki cywilnej*, *PPH* 2007/6, s. 52; J. Lic, *W sprawie realistycznego pojmowania spółki cywilnej*, *PPH* 2008/01.

³ A. Herbert, *Spółka cywilna w: System Prawa Cywilnego, Prawo spółek osobowych*, Tom 16, pod red. Z. Radwańskiego, red. Tomu A. Szajkowski, Warszawa 2008, s. 463 i n.; M. Podleś, *Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa polskiego i niemieckiego*, Warszawa 2008.

systemu prawnego z Niemiec. Słusznie więc doktryna prawa spółek nawiązuje najczęściej do prawa niemieckiego. Pojawiły się w związku z tym liczne opracowania relacjonujące ewolucję, jaką przeszło pojmowanie podmiotowości spółek osobowych w prawie niemieckim⁴. Brak jest niestety opracowań na temat prawa szwajcarskiego⁵, choć i tam spółki osobowe zostały oparte na ustroju wspólności do niepodzielnej ręki. Co więcej, szczególne znaczenie prawa szwajcarskiego dla rozwiązań przyjętych w prawie polskim wynika stąd, że projekt główny kodeksu zobowiązań, który przygotował Ernest Till i Roman Longchamps de Berier, wzorowany był w przeważającej mierze na przepisach niemieckiego kodeksu cywilnego i szwajcarskiego prawa o zobowiązaniach z 1911 r.⁶ Poprzez rozwiązania tam przyjęte, regulacja spółki prostej oddziaływała także na kształt normatywny spółki w kodeksie cywilnym. Znajomość stanu poglądów doktryny i orzecznictwa w prawie szwajcarskim może nie tylko pomóc w zrozumieniu konstrukcji prawnej spółek osobowych w Polsce, ale także wskazać możliwe sposoby pokonania trudności na jakie natrafia polska doktryna prawa spółek.

II. Regulacja prawna spółki prostej

W Szwajcarii podstawowy typ spółki nosi nazwę spółki prostej (niem. *einfache Gesellschaft*, franc. *société simple*, wł. *società semplice*). Jest ona odpowiednikiem polskiej spółki cywilnej, w ścisłym tego słowa znaczeniu⁷. W przeciwieństwie do ustawodawstwa francuskiego i niemieckiego, w Szwajcarii przyjęto koncepcję połączenia prawa cywilnego z prawem handlowym w ramach jednej kody-

⁴ A. Jędrzejewska, Istota spółki cywilnej jako podmiotu gospodarczego, PPH 1993/2, s. 6; A. Kidyba, M. Ulmer, Formy spółek prawa niemieckiego (z odniesieniem do prawa polskiego), PS 1996/1, s. 87–94; A. Torbus, Status prawny spółki cywilnej, PPH 2003, s. 20–21; M. Podleś, Charakter prawny spółki cywilnej w świetle prawa polskiego na tle statusu spółki cywilnej w prawie niemieckim w: Kodeks spółek handlowych po pięciu latach, Wrocław 2006, s. 396 i n.; tenże Charakter prawny spółki cywilnej na tle prawa..., s. 15 i n.; M. Wach, Podmioty nieposiadające osobowości prawnej w prawie niemieckim. Uwagi prawno-porównawcze, SP 2006/2, s. 119–121; K. Peroń, Status prawny spółek osobowych w Polsce i w Niemczech (cz. I), Rejent 2007/9, s. 116 i n.; A. Herbert, Istota spółki cywilnej i jej miejsce w systemie prawa polskiego na tle porównawczym w: Kodeks spółek handlowych po pięciu latach, Wrocław 2006, s. 338–341; tenże, Spółka cywilna..., s. 486–490.

⁵ W pewnym zakresie, do prawa szwajcarskiego odwołują się: J. Ciszewski, Spółka cywilna, Poznań 2000, s. 27–32; P. Moskwa, op. cit., s. 20; A. Herbert, Istota spółki..., s. 342–343.

⁶ L. Domański, Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczny – praktyczny. Część szczegółowa. Warszawa 1936, s. 551.

⁷ H. Konic, Prawo o zobowiązaniach, Zobowiązania szczególne, Warszawa 1930, s. 85.

fikacji obejmującej też prawo spółek⁸. Zarówno spółki osobowe jak i kapitałowe zostały wobec tego unormowane w jednym akcie prawnym, jakim jest szwajcarskie prawo zobowiązań (*Schweizerisches Obligationenrecht*⁹). W ramach OR regulacja spółki prostej jest zawarta w drugim rozdziale obejmującym poszczególne stosunki umowne (art. 530–551 OR), podczas gdy regulacja spółek handlowych zamieszczona została w rozdziale trzecim obejmującym zarówno przepisy o spółkach handlowych jak i o spółdzielniach. Wśród spółek handlowych, do spółek osobowych zalicza się spółkę jawną (niem. *Kollektivgesellschaft*, franc. *société en nom collectif*, wł. *società in nome collettivo*) uregulowaną w art. 552–593 OR i spółkę komandytową (niem. *Kommanditgesellschaft*, franc. *société en commandite*, wł. *società in accomandita*) uregulowaną w art. 594–519 OR.

Historia regulacji spółki prostej w Szwajcarii wpisana jest w historię kodyfikacji kodeksu zobowiązań. W pierwszym kompletnym projekcie z 1871 r. spółka rozumiana była jako stosunek czysto zobowiązaniowy. Kolejny projekt z 1875 r. dodał postanowienie, że własność rzeczy, które nabywane są w imieniu spółki, albo przeniesione na spółkę, przysługuje poszczególnym wspólnikom w częściach idealnych na zasadzie współwłasności (*Miteigentum*). Projekt z 1877 r. wprowadził legalną definicję spółki: „Spółka jest umownym związkiem (*Vereinigung*) dwóch lub więcej osób, aby wspólnymi siłami i środkami osiągnąć wspólny cel majątkowy”. Kolejny projekt z 1878 r. usunął z definicji legalnej zawężenie tylko do celu majątkowego. Ostateczne projekty z 1879 r. i 1881 r. wprowadziły już tylko zmiany redakcyjne i językowe. W zakresie określenia ustroju majątkowego nowa redakcja art. 844 przybrała postać: „Jeżeli własność została przeniesiona na spółkę albo nabyta w jej imieniu, to należy ona do poszczególnych wspólników na zasadzie współwłasności”. Spółka prosta została zatem ukształtowana jako wspólnota majątkowa oparta na ustroju współwłasności w częściach ułamkowych. Prawo zobowiązań weszło w życie 1 stycznia 1883 r.¹⁰ Proces legislacyjny trwał jednak nadal, gdyż w 1892 r. rozpoczęto prace nad szwajcarskim kodeksem cywilnym¹¹, obejmującym wszystkie działy prawa cywilnego. Uchwalone już prawo zobowiązań zostało włączone do projektu ZGB z 1905 r. W projekcie z 1909 r. nastąpiła – pod wpływem art. 718 i nast. BGB¹² – jedna zasadnicza zmia-

⁸ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Bern 2007, s. 252.

⁹ Dalej jako OR.

¹⁰ W. Fellmann, K. Müller, *Berner Kommentar, Band VII: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Die einfache Gesellschaft (Art. 530–544 OR)*, Bern 2006, §. 11–18 i 1053–1055.

¹¹ Dalej jako ZGB.

¹² Niemiecki kodeks cywilny – *Bürgerliches Gesetzbuch*.

na: własność nabyta w imieniu spółki, albo przeniesiona na spółkę, miała przysługiwać poszczególnym wspólnikom na zasadzie wspólnej własności (zu *gemeinschaftlichen Eigentum*), a nie na zasadzie współwłasności. W 1909 r. dokonano zmiany redakcyjnej, która przetrwała w art. 544 ust. 1 OR do czasów obecnych: „Rzeczy, prawa rzeczowe lub wierzytelności, które zostały przeniesione na spółkę, albo dla niej nabyte należą do wspólników na zasadzie wspólności (*gemeinschaftlich*) stosownie do umowy spółki”. Pojęcie wspólności nawiązuje bezpośrednio do konstrukcji wspólnej własności (*gemeinschaftliches Eigentum*) przyjętej w art. 646 i nast. ZGB, gdzie pojęcie to jest nadrzędne wobec pojęcia współwłasności (*Miteigentum*) i własności do niepodzielnej ręki (*Gesamteigentum*). Dokumentacja związana z kodyfikacją wskazuje jednak, że ustawodawca miał tu na uwadze własność do niepodzielnej ręki, a nie nadrzędne pojęcie wspólnej własności¹³. W zakresie przedmiotowym wspólności do niepodzielnej ręki znalazły się też wierzytelności, które w projekcie OR z 1905 r. ujmowane były w oddzielnej redakcji w art. 544 ust. 2 OR. U końca prac ustawodawczych zdecydowano się wydzielić prawo zobowiązań (OR) jako odrębną, piątą część kodeksu cywilnego (ZGB), z własną, niezależną numeracją artykułów. W tej postaci kodeks ten został jednogłośnie przyjęty w 1911 r. i wszedł w życie od 1 stycznia 1912 r.¹⁴

Spółka prosta jest w prawie szwajcarskim umownym połączeniem dwóch lub więcej osób, powołanym do osiągnięcia wspólnego celu. Cel może być idealny (np. naukowy, artystyczny, dobroczynny) lub gospodarczy. Jeżeli cel gospodarczy polega na prowadzeniu działalności zarobkowej (*Gewerbebetrieb*), to spółka prosta staje się spółką jawną z mocy prawa. Spółka prosta nie może zatem uzyskać statusu kupca prowadzącego przedsiębiorstwo¹⁵. W prawie szwajcarskim istnieje obowiązek wniesienia wkładów do spółki w postaci pieniędzy, rzeczy, wierzytelności lub pracy (art. 531 OR). Wspólnikami mogą być tak osoby fizyczne jak i osoby prawne, a także spółki i wspólnoty nie posiadające osobowości prawnej, w tym nawet inna spółka prosta¹⁶. W stosunku do innych spółek, jest ona uważa-

¹³ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 1060.

¹⁴ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 19–22, s. 150–151 i s. 1055–1056.

¹⁵ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 113 i s. 314; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 258–259. Na oznaczenie prowadzenia przedsiębiorstwa lub prowadzenia działalności gospodarczej stosuje się zamiennie określenia: „*der Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes*”, „*der Betrieb (die Führung) eines kaufmännischen Unternehmens*”, przy czym najczęściej wykorzystywane jest to ostatnie.

¹⁶ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 211 i n. Odmienne R. Vonzun, *Rechtsnatur und Haftung der Personengesellschaften*, Basel-Genf- München 2000, s. 200, który wyklucza zdolność spółki prostej do tego, by być wspólnikiem innej spółki prostej. Zob. też W. v. Steiger, *Handelsrecht*, Basel und Stuttgart 1976, s. 355.

na za formę podstawową a zarazem subsydiarną. Obejmuje wszelkie postacie spółek, które nie spełniają warunków ustawowych innej formy prawnej, w szczególności innej spółki¹⁷. Tak np. do spółek handlowych nie zalicza się w prawie szwajcarskim spółek, które wykonują działalność gospodarczą, ale ze względu na niskie obroty (poniżej 100.000 Franków rocznie) nie mają obowiązku wpisu do rejestru handlowego. Takie spółki kwalifikowane są jako spółki proste, a ich działalność nie jest uważana za wykonywanie działalności gospodarczej w sensie prowadzenia przedsiębiorstwa kupieckiego. W szczególności dotyczy to spółek grupujących wolne zawody, takie jak lekarze, architekci czy adwokaci, gdyż w prawie szwajcarskim nie przewidziano spółek partnerskich. Zdaniem doktryny, jeżeli spółki takie spełniają warunki prowadzenia działalności gospodarczej, a więc zakres ich działalności jest szerszy niż tylko pokrywanie wspólnych wydatków, a ponadto ich obrót przekracza wspomnianą granicę, to spółki te powinny być rejestrowane jako spółki jawne¹⁸. W praktyce forma spółki prostej jest najczęściej wykorzystywana do tworzenia wspólnot pracowniczych, zawodowych, zakupowych, konsorcjów kredytowych i pożyczkowych, konsorcjów budowlanych, karteli i innych form kooperacyjnych, a także spółek okazjonalnych¹⁹.

Spółka prosta jest zaliczana w prawie szwajcarskim do wspólnot prawnych (*Rechtsgemeinschaften*) wraz ze spółką jawną i komandytową. Natomiast spółki akcyjne, komandytowo-akcyjne, spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, spółdzielnie i stowarzyszenia zaliczane są do korporacji. Zarówno wspólnoty prawne jak i korporacje uważane są za spółki. Szerokie pojęcie spółki obejmuje więc, podobnie jak w prawie niemieckim, także spółdzielnie, a nawet stowarzyszenia²⁰. Zasadniczym kryterium podziału na korporacje i wspólnoty prawne jest posiadanie przez korporacje osobowości prawnej i jej brak w wypadku wspólnot prawnych²¹.

¹⁷ R. Vonzun, op. cit., s. 34 i 203. Autor wskazuje tu na art. 530 ust. 2 OR; Por. też L. Handschin, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, art. 530–1186 OR, red. H. Honsiell, N.P. Vogt, R. Watter, Basel 2002, s. 3; A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 310.

¹⁸ R. Vonzun, op. cit., s. 231–247.

¹⁹ W. v. Steiger, op. cit., s. 334; L. Handschin, op. cit., s. 4–6; A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 334–335.

²⁰ H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, , Band I, Grundlagen, München 1980, s. 12–15.

²¹ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 43–44; R. Vonzun, op. cit., s. 10. Autor ten stwierdza jednak, że spółka prosta nie jest tylko czystym stosunkiem zobowiązaniowym, ale także i przede wszystkim spółką.

III. Spółka prosta jako wspólnota do niepodzielnej ręki

Zgodnie z przeważającym poglądem doktryny, spółka prosta nie posiada zdolności prawnej, zdolności do czynności prawnych, zdolności sądowej, procesowej i egzekucyjnej. Co więcej, umiejscowienie regulacji spółki prostej w prawie zobowiązań wśród umów cywilnoprawnych, a także korzenie historycznego rozwoju tej regulacji mogłyby wskazywać, że spółka prosta jest tylko stosunkiem zobowiązaniowym²². W doktrynie szwajcarskiej od dawna przeważał jednak pogląd, że oparcie ustroju majątkowego na wspólności do niepodzielnej ręki przekształciło czysto zobowiązaniowy stosunek spółki w stosunek wspólnotowy (*Gemeinschaftsverhältnis*). Konstrukcja wspólności do niepodzielnej ręki umożliwiła przyporządkowanie stosunków zewnętrznych do wspólników łącznie, jako pewnego podmiotu praw i obowiązków. Tym niemniej, zgodnie z przeważającym poglądem doktryny, to nie wspólnota do niepodzielnej ręki (*Gesamthandsgemeinschaft*), lecz jej członkowie są prawdziwymi podmiotami praw i obowiązków. Jest to w istocie konstrukcja wielopodmiotowa, co odróżnia ją od osób prawnych, które są odrębnymi podmiotami prawa a więc konstrukcją jednopodmiotową²³.

W przeciwieństwie do osób prawnych, wspólnoty prawne nie zostały w prawie szwajcarskim kompleksowo wyodrębnione i uregulowane. Wyjątek stanowi marginalna regulacja w art. 646–654 ZGB własności wspólnotowej i jej dwóch typów: współwłasności i własności do niepodzielnej ręki. Wynika stąd rozróżnienie wspólnot prawnych na wspólnoty w częściach ułamkowych (*Gemeinschaften nach Bruchteilen* lub *Bruchteilsgemeinschaften*), czyli wspólnoty oparte na współwłasności (*Miteigentumsgemeinschaften*) i wspólnoty do niepodzielnej ręki (*Gemeinschaften zur gesamten Hand*), czyli wspólnoty oparte na własności do niepodzielnej ręki (*Gesamteigentumsgemeinschaften*). Obydwie te formy prawne są pozbawione podmiotowości, ale różnią się wykonywaniem praw przez uczestników wspólnoty. W tej pierwszej uczestnicy mogą swobodnie dysponować swoimi idealnymi udziałami, a całą rzeczą lub prawem tylko wspólnie, natomiast w tej drugiej, uczestnikom przysługują prawa tylko do całej rzeczy lub całego prawa i też mogą je wykonywać tylko wspólnie²⁴. Tak jak nie wszystkie osoby prawne są spółkami, tak i nie wszystkie wspólnoty prawne muszą przybrać charakter spółki. Decyduje o tym tylko *animus societatis*, czyli wola wspólników realizacji wspólnego

²² A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 311–312; R. Vonzun, op. cit., s. 198–199.

²³ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 26–32; L. Handschin, op. cit., s. 4; W. v. Steiger, op. cit., s. 326; R. Vonzun, op. cit., s. 200–201.

²⁴ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 63–64; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 29–31.

celu w formie spółki. Do wspólnot opartych na własności do niepodzielnej ręki zalicza się w prawie szwajcarskim nie tylko spółkę prostą, ale także spółkę jawną i komandytową. Majątek tych spółek jest majątkiem odrębnym należącym łącznie do wszystkich wspólników²⁵. Spółki te są zarazem spółkami osobowymi, przy czym w prawie szwajcarskim, do spółek osobowych zalicza się, w szerokim sensie, także spółdzielnie i stowarzyszenia. Spółki akcyjne zaliczane są do spółek kapitałowych, a spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki komandytowo-akcyjne mają charakter mieszany²⁶. Wynika stąd, że podziały spółek na wspólnoty prawne i korporacje oraz na spółki osobowe, kapitałowe i mieszane wzajemnie się krzyżują.

Teoretyczne podwaliny pod wyjaśnienie istoty wspólności do niepodzielnej ręki zbudował w Szwajcarii Romano Kunz²⁷. Bazując na jego dokonaniach przyjęto w doktrynie ścisłe rozróżnienie pomiędzy właściwością prawną (*Rechtszuständigkeit*) z jednej strony, a rozporządzalnością (*Verfügungsmacht*) z drugiej strony. Jest to teoria tak zwanego podwójnego przyporządkowania (*Zurodnungsdualismus*). Właściwość prawna (*Rechtszuständigkeit*)²⁸ jest zdolnością prawną (*Rechtsfähigkeit*) zaktualizowaną poprzez nabycie przez podmiot praw i obowiązków²⁹. Wobec tego może być także tłumaczona jako zaktualizowana podmiotowość prawna³⁰. Rozporządzalność (*Verfügungsmacht*) jest skonkretyzowaną zdolnością do czynności prawnych (*Handlungsfähigkeit*), ze względu na określone prawa i obowiązki, albo innymi słowy jest sferą wykonywania praw. Wynika stąd, że rozporządzalność zakłada zdolność do czynności prawnych, ale nie odwrotnie³¹. Pojęcia zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych są pojęciami abstrakcyjnymi, natomiast pojęcia właściwości prawnej i rozporządzalności są

²⁵ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 60–64; C. Baudenbacher, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, art. 530–1186 OR, red. H. Honsiell, N.P. Vogt, R. Watter, Basel 2002, s. 70.

²⁶ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 87–88.

²⁷ R. Kunz, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Bern 1963.

²⁸ Zamiast pojęcia *Rechtszuständigkeit* R. Kunz stosuje także zamiennie pojęcie *Rechtszugehörigkeit* co można tłumaczyć jako przynależność prawna. Uważa nawet, że jest to pojęcie bardziej właściwe. Obydwa te pojęcia odnoszą się do podmiotowej przynależności praw i obowiązków. R. Kunz, op. cit., s. 18–19.

²⁹ R. Kunz, op. cit., s. 12.

³⁰ Wyjaśnia to, dlaczego w doktrynie używa się często zamiennie pojęć *Rechtszuständigkeit* czy *Rechtszugehörigkeit* zamiast *Rechtssubjektivität*, przy czym pojęciu właściwości prawnej nadaje się często ogólny sens podmiotowości prawnej, a nie tylko podmiotowości zaktualizowanej. W. v. Steigér, op. cit., s. 290 przyp. 30 dodaje tu jeszcze następujące zamienniki pojęciowe: *Rechtsinnehabung* i *Rechtsträgerschaft*.

³¹ R. Kunz, op. cit., s. 13 i 21.

pojęciami konkretnymi³². Z właściwością prawną związane jest bowiem posiadanie prawa, natomiast z rozporządzalnością związane jest wykonywanie prawa. W tym sensie rozporządzalność jest funkcją właściwości prawnej³³. Zgodnie z rozróżnieniem na właściwość prawną i rozporządzalność, poszczególni uczestnicy wspólnoty posiadają łącznie właściwość prawną, ale w wielości (*merfache Rechtszuständigkeit*), a więc wbrew teoriom zorientowanym personalnie (w szczególności wbrew teorii grupy), nosicielem praw (*Rechtsträger*) nie jest wspólnota jako taka³⁴. W przeciwieństwie do właściwości prawnej, rozporządzalność przysługuje wspólnocie jako pewnej jedności. Oznacza to, że wszyscy uczestnicy razem, a nie każdy oddzielnie, mogą wykonywać prawa do majątku objętego wspólnością łączną³⁵. R. Kunz uważał, że pojęcie wspólnoty do niepodzielnej ręki nie wyczerpuje się w wykonywaniu czynności prawnych³⁶, czyli w tym, co nazywał rozporządzalnością. Koniecznym elementem tego pojęcia, decydującym o przynależności wspólnoty do niepodzielnej ręki, do kategorii wspólnot prawnych (*Rechtsgemeinschaften*), obok wspólnoty w częściach ułamkowych (*Bruchteilgemeinschaft*), jest, jego zdaniem, wielość podmiotów, którym przysługuje właściwość prawną. Prawnorzeczowym wyrazem tej właściwości jest własność do niepodzielnej ręki przeciwstawiona własności w częściach ułamkowych. Jednakże w zakresie właściwości prawnej nie ma istotnej różnicy pomiędzy wspólnotą do niepodzielnej ręki a wspólnotą w częściach ułamkowych, gdyż w obydwu wypadkach jest ona wielopodmiotowa. Natomiast różnią się one co do rozporządzalności, która jest we wspólnotach w częściach ułamkowych indywidualna, a we wspólnotach do niepodzielnej ręki łączna³⁷. O ile w zakresie właściwości prawnej każdy uczestnik wspólnoty do niepodzielnej ręki jest właścicielem całości, a więc jego status jest taki jak wyłącznego właściciela, o tyle w zakresie wykonywania prawa uczest-

³² Ibidem, s. 16.

³³ Ibidem, s. 16–17.

³⁴ Za ojca tych teorii uważa R. Kunz, op. cit., s. 3, Ottona von Gierke, „który wspólnotę uczestników wspólnoty do niepodzielnej ręki ujął w kolektywną jedność i przeciwstawił ją korporacji, jako wyższej, idealnej jedności”. Można tu zaliczyć też poglądy G. Buchdy, *Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre*, Marburg 1936, s. 292 i 303, który tak jak i R. Kunz odróżniał podmiotowość prawną od rozporządzalności, a nawet uważał, że rozporządzalność, przysługująca wspólnie wszystkim uczestnikom wspólnoty jest istotą wspólnoty do niepodzielnej ręki. Jednocześnie jednak uważał, że w spółce wprawdzie wspólnicy są podmiotem prawa do majątku spółki, ale podobnie jak O. v. Gierke w jedności a nie w wielości.

³⁵ R. Kunz, op. cit., s. 110–111.

³⁶ Odmienne G. Buchda, op. cit., s. 265–266 i 292. Wyjście poza tak rozumiane pojęcie wspólnoty do niepodzielnej ręki G. Buchda uważał za największy błąd O. v. Gierke.

³⁷ R. Kunz, op. cit., s. 111–112.

nik wspólnoty nie ma statusu wyłącznego właściciela, gdyż tylko uczestnicy łącznie (*in ihrer Gesamtheit*) są uprawnieni do urzeczywistniania praw, co oznacza, że rozporządzalność przysługuje im wszystkim razem³⁸. Wspólność do niepodzielnej ręki tworzy zatem wspólnotę prawną opartą na konstrukcji wielopodmiotowej właściwości prawnej i wspólnotę dyspozycyjną (*Disositionsgemeinschaft*) opartą na konstrukcji łącznej, czyli nie wielopodmiotowej, rozporządzalności³⁹.

Teoria R. Kunza spotkała się z pozytywnym przyjęciem większości doktryny szwajcarskiej. Nie uniknęła jednak krytyki, gdyż odmowa przypisania właściwości prawnej (a więc i zdolności prawnej) samej wspólnotie do niepodzielnej ręki, przy jednoczesnym uznaniu jej rozporządzalności (a więc i zdolności do czynności prawnych), oznacza odrzucenie powszechnie przyjętej zależności, na mocy której, zdolność do czynności prawnych zakłada posiadanie przez podmiot zdolności prawnej. Ponadto teoria ta prowadzi do rezultatu, którego chciała właśnie uniknąć. Jeżeli bowiem wspólnota do niepodzielnej ręki nie ma zdolności prawnej, to nie ma podmiotu, który mógłby działać. Skoro jednak zdolność do czynności prawnych zostaje przypisana wspólnotie jako takiej, to w ten sposób konstruowany jest podmiot, który jest różny od uczestników wspólnoty⁴⁰. Teorię tą należy zaliczyć do teorii tradycyjnych, które w doktrynie niemieckiej zostały odrzucone, a które próbowały przypisywać odrębny majątek wspólny wielości podmiotów należących do wspólnoty, podczas gdy nowe teorie, wywodzące się także z Niemiec, uznają grupę za istotę wspólnoty do niepodzielnej ręki⁴¹. Wspólnota do niepodzielnej ręki jako grupa jest kolektywną jednością osób, a jej członkowie w ich wzajemnym powiązaniu mają podmiotowość prawną, a więc są nosicielami praw i obowiązków. Tak rozumiana grupa nie jest jednak bytem istniejącym poza uczestnikami wspólnoty do niepodzielnej ręki (*Gesamthänder*); jest bardziej samymi tymi osobami połączonymi dla realizacji określonego celu⁴². Teoria grupy upatruje istoty wspólnoty do niepodzielnej ręki w związku osób, podczas gdy teorie tradycyjne, w tym przeważające poglądy doktryny szwajcarskiej, upatrują jej

³⁸ Ibidem, s. 116.

³⁹ Ibidem, s. 167. Autor używa tu zamiennie pojęcia *merfache Zugehörigkeit* w miejsce pojęcia *merfache Rechtszuständigkeit* na określenie wielopodmiotowej właściwości prawnej.

⁴⁰ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 38–39.

⁴¹ Prekursorem był tu Otto von Gierke, który jednak nie używał pojęcia grupy. Jego zdaniem w ramach wspólnoty do niepodzielnej ręki, jej uczestnicy stanowią, jedność osobową (*Personeneinheit*), która w ich połączeniu, kolektywnie, jest uprawniona lub zobowiązana. Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht* Band 1, *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895, s. 676.

⁴² P. Flume, *Gesellschaft und Gemeinschaft*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (ZHR) 136 (1972), s. 188–189.

istoty w majątku, który przysługuje wielości osób w ramach wspólnoty. Teoria grupy, a zarazem cała współczesna doktryna niemiecka, opowiadająca się za zdolnością prawną spółek osobowych pozostała w Szwajcarii niezauważona. Powszechne uznanie w Niemczech zdolności prawnej zewnętrznej spółki cywilnej w doktrynie i orzecznictwie, (w tym zwłaszcza historyczny wyrok Trybunału Federalnego z 2001 r.), także nie wpłynęło na zmianę poglądów doktryny i orzecznictwa w Szwajcarii⁴³.

IV. Ewolucja poglądów doktryny na naturę spółki prostej

Historyczny rozwój szwajcarskiej spółki prostej wskazuje, że początkowo była ona uważana za stosunek czysto umowny, zaś jej ustrój majątkowy polegał na współwłasności w częściach ułamkowych. Ze względów czysto praktycznych, wspólność w częściach ułamkowych została w art. 544 ust. 1 i 2 OR zmieniona w stosunek wspólności do niepodzielnej ręki⁴⁴. Jest to jednak teza sporna i raczej oddaje tylko tradycyjny punkt widzenia oparty o dokumentację z okresu tworzenia OR⁴⁵. Obecnie powszechnie przyjmuje się, że pojęcie wspólności zawarte w art. 544 ust. 1 OR odnosi się do nadrzędnego pojęcia wspólnej własności, a zatem dopuszcza w spółce prostej, gdy umowa tak stanowi, nie tylko wspólność do niepodzielnej ręki, ale także współwłasność w częściach ułamkowych⁴⁶. W obydwu wypadkach chodzi jednak o wspólnotę prawną. Wobec tego umowa pomiędzy współnikami przestała być tylko stosunkiem obligacyjnym, a stała się umową zawiązującą wspólnotę (*Gemeinschaftsvertrag*). Za zmianą ustroju majątkowego – co do zasady – ze współwłasności na wspólność do niepodzielnej ręki⁴⁷ nie poszły – podobnie jak w Niemczech – zmiany w szczegółowych rozwiązaniach dotyczących stosunków zewnętrznych, w tym w szczególności, co do reprezentacji i odpowiedzialności⁴⁸. Co do tych instytucji umowa spółki pozostała uregulowa-

⁴³ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 32–34 i 39–41; A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 312; R. Vonzun, op. cit., s. 122.

⁴⁴ R. Vonzun, op. cit., s. 39; W. v. Steiger, op. cit., s. 381–382 i przyp. 57.

⁴⁵ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 1060.

⁴⁶ R. Vonzun, op. cit., s. 38; A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 312; C. M. Pestalozzi, S. Wettenschwiler, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, art. 530–1186 OR, red. H. Honsiell, N.P. Vogt, R. Watter, Basel 2002, s. 37; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 62–63, 1060.

⁴⁷ W prawie szwajcarskim wspólność do niepodzielnej ręki nie jest uważana za rodzaj współwłasności. Współwłasność w częściach ułamkowych jest jedynym rodzajem współwłasności.

⁴⁸ R. Vonzun, op. cit., s. 23–24.

na tak jakby była jedynie stosunkiem obligacyjnym, w myśl modelu regulacji spółki prawa rzymskiego. Zgodnie z art. 543 ust. 2 OR, jeżeli wspólnik zawiera z osobą trzecią umowę w imieniu spółki albo w imieniu wszystkich wspólników, to pozostali wspólnicy są uprawnieni lub zobowiązani tylko o tyle o ile spełnione są wymogi przedstawicielstwa (art. 32 i n. OR). Wskazuje to na traktowanie wspólników w stosunkach z osobami trzecimi, jako powiązanych tylko obligacyjnie. Podobnie ocenia się w doktrynie szwajcarskiej uznanie solidarnej odpowiedzialności wspólników za ich zobowiązania zaciągnięte wspólnie lub w drodze przedstawicielstwa (art. 544 ust. 3 OR). To, że zobowiązania zaciągnięte w imieniu spółki uważa się za solidarne zobowiązania poszczególnych wspólników jest postrzegane jako odstępstwo od zasady wspólności do niepodzielnej ręki dokonane w interesie wierzycieli⁴⁹.

Tradycyjne pojmowanie spółki prostej jako stosunku obligacyjnego budzi sprzeciw we współczesnej doktrynie szwajcarskiej. Za punkt wyjścia w ocenie wspólności do niepodzielnej ręki przyjmuje się analizę wewnętrznej organizacji spółki prostej. Organizacja ta opiera się na umowie wspólników, a subsydiarnie także na przepisach ustawowych. Umowa spółki ma z jednej strony charakter obligacyjny, a z drugiej społeczno-prawny. Jej natura jest zatem dwoista. Na charakter obligacyjny wskazuje wzajemne zobowiązanie wspólników do dążenia do osiągnięcia wspólnego celu. Obowiązek wniesienia wkładu nałożony w art. 531 OR także odzwierciedla charakter zobowiązaniowy spółki. Jednakże obligacyjna charakterystyka spółki nie wyczerpuje jej natury. Poprzez zawiązanie wspólnoty, pomiędzy uczestnikami ujawnia się także jej strona społeczno-prawna. Umowa spółki nie jest zatem stosunkiem czysto zobowiązaniowym, pomimo, że spółka prosta regulowana jest w drugim dziale prawa zobowiązań wraz z innymi stosunkami umownymi. Umowa spółki prostej wykazuje pokrewieństwo z umowami mającymi za przedmiot zawiązanie spółek handlowych, a jej miejsce w systematyce działów prawa cywilnego znajduje się bardziej w prawie spółek niż w prawie zobowiązań⁵⁰.

Zdaniem głównych przedstawicieli tej nowej doktryny szwajcarskiej, pomimo, że spółka prosta nie ma podmiotowości prawnej, to jednak można ją uważać za jednostkę organizacyjną (*Organizationseinheit*), która bierze udział w obrocie prawnym i stanowi punkt odniesienia dla stosunków prawnych. Ustrój wewnętrzny narzucony przez umowę spółki prowadzi do pewnego wyodrębnienia organizacyjnego w stosunku do wspólników. W stosunkach wewnętrznych przejawia się to m. in. w tym, że pomimo zmiany wspólników zachowana zostaje tożsamość

⁴⁹ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 315; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 53–56.

⁵⁰ W. Fellmann, op. cit., s. 51–53 i 57 oraz cytowana tam obszerna literatura.

spółki⁵¹. Ważnym aspektem jest też wyodrębnienie majątkowe, które polega na tym, że wspólność do niepodzielnej ręki tworzy nie tylko stosunek o charakterze prawno – rzeczowym, ale jednocześnie stosunek wspólnotowy pomiędzy wspólnikami. W ten sposób spółka prosta staje się wspólnotą działań (*Wirkungseinheit*) podejmowanych przez wspólników. Spółce prostej rozumianej jako umowne zjednoczenie wspólników można też przypisać pewien stopień samodzielności w stosunkach zewnętrznych, a nawet traktować ich wspólnie jako podmiot, do którego przypisane są prawa i obowiązki. Organizacja spółki inkorporuje bowiem zawsze wspólną wolę wszystkich wspólników. Przejawia się to przede wszystkim w normatywnym ukształtowaniu prowadzenia spraw spółki i sposobie jej reprezentowania⁵². Z tych względów, ci sami autorzy, którzy w jednym miejscu zaprzeczają nie tylko zdolności prawnej spółki prostej, ale także jej zdolności do czynności prawnych, zdolności do działania ze skutkiem prawnym, zdolności procesowej i egzekucyjnej, w innym miejscu stwierdzają, że spółka prosta pomimo braku zdolności prawnej może dokonywać czynności prawnych z osobami trzecimi (*mit Dritten Rechtsgeschäfte tätigen*), a nawet w powiązaniu do niepodzielnej ręki być uprawnionym i zobowiązanym⁵³. Potwierdzeniem odrębności organizacyjnej spółki prostej, jest uznanie jej zdolności do tego by była wspólnikiem innych spółek, w tym także innej spółki prostej⁵⁴. Przyjmuje się też, że spółka prosta może występować w obrocie prawnym pod swoim własnym oznaczeniem, czyli nazwą, która jednak nie wywołuje skutków prawnych, jakie przewidziane są dla firmy⁵⁵. Z tych względów spółka posiada zdolność funkcjonalną jako pewien rodzaj organizacji. Dlatego spółka prosta nie jest tylko stosunkiem obligacyjnym, ale także stosunkiem organizacyjnym⁵⁶.

Zmiana w sposobie postrzegania spółki prostej rzutuje także na zmianę poglądów, co do znaczenia i charakteru prawnego wspólności do niepodzielnej ręki. Tradycyjna doktryna szwajcarska rozpatrywała pojęcie wspólności do niepodzielnej ręki głównie w aspekcie majątkowym, czyli prawno-rzeczowym, co oznacza, że spółkę prostą traktowano jako wspólnotę majątkową. Takiemu podejściu sprzeciwia się ta część doktryny, która uważa, że przy określeniu charakteru prawnego spółki prostej nie powinien być brany pod uwagę tylko aspekt majątkowy i wynikająca stąd konstrukcja wielopodmiotowości, ale także stosunki prawne o charakterze korporacyjnym, istniejące pomiędzy wspólnikami. Przyję-

⁵¹ Ibidem, s. 57 i 1064–1065.

⁵² Ibidem, s. 57–58 i 1061.

⁵³ Ibidem, s. 56 i 211.

⁵⁴ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 211 i 221; W. v. Steiger, op. cit., s. 355.

⁵⁵ W. v. Steiger, op. cit., s. 326; A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 325.

⁵⁶ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 58.

cie punktu widzenia majątkowego prowadzi bowiem do zatarcia różnicy ze wspólnotami działającymi w oparciu o ustrój majątkowy współwłasności w częściach ułamkowych, który na zasadzie swobody kontraktowania, może być także przyjęty w spółce prostej. W takich wspólnotach także występuje konstrukcja wielopodmiotowości, a przecież wspólnota do niepodzielnej ręki nie jest zwykłą konstrukcją wielopodmiotową opartą na współwłasności. Wspólnik w spółce prostej, nie tylko jest podmiotem praw i obowiązków majątkowych, ale także, a może przede wszystkim, członkiem wspólnoty. Spółka prosta jest więc czymś więcej niż tylko zwykłą wspólnotą majątkową. Jest wspólnotą osobowo-prawną (*presonenrechtliche Gemeinschaft*) i jako taka, wspólnotą działań, która nie będąc podmiotem, ma udział w obrocie prawnym. Jak podkreślają niektórzy przedstawiciele doktryny, spółka jest też wspólnotą celową (*Zweckgemeinschaft*), podczas gdy zwykłe wspólnoty prawne, takie jak np. wspólnoty mieszkaniowe, są tylko wspólnotami interesów (*Interessengemeinschaften*), których zadaniem jest korzystanie, zarząd i utrzymywanie wspólnego majątku⁵⁷. Takie podejście umożliwia akceptację poglądu, że zasada wspólności do niepodzielnej ręki zmieniła historyczne ukształtowanie spółki prostej jako stosunku obligacyjnego w stosunek wspólnotowy (*Gemeinschaftsverhältnis*), jednostkę organizacyjną (*Organizationseinheit*), czyli w języku doktryny niemieckiej w „grupę”. W dalszej konsekwencji możliwe staje się też częściowe przyjęcie niemieckiej doktryny, uznającej zdolność prawną zewnętrznych spółek cywilnych⁵⁸.

V. Spółka prosta a osobowe spółki handlowe

Spółka prosta jest formą podstawową i subsydiarną dla spółek prawa handlowego. W szczególności spółka jawna wykazuje bliskie pokrewieństwo ze spółką prostą⁵⁹. Spółka jawna jest zawiązywana dla realizacji celu handlowego lub produkcyjnego, albo innego celu związanego z prowadzeniem działalności kupieckiej pod własną firmą (art. 552 OR) i jako taka podlega wpisowi do rejestru handlowego. Jeżeli przesłanki te są spełnione, to powstaje spółka jawna, nawet gdyby wspólnicy wyrazili wolę zawarcia umowy spółki prostej⁶⁰. W doktrynie podkreśla

⁵⁷ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 313; W. v. Steiger, op. cit., s. 327.

⁵⁸ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 61–64.

⁵⁹ Spółkę jawną i komandytową uważa się w literaturze za specjalną formę prawną spółki prostej. R. Vonzun, op. cit., s. 41.

⁶⁰ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 113 i s. 314; R. Vonzun, op. cit., s. 216–217 i 224–225. Autor ten zaznacza, że zachodzi też relacja odwrotna: W razie likwidacji działalności gospodarczej spółka jawna z mocy prawa przekształca się w spółkę prostą. Wyraźne oświadczenia woli wspólników w tym względzie nie są konieczne.

się, że prowadzenie działalności gospodarczej (*der Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes*) jest właściwie jedyną istotną różnicą pojęciową pomiędzy spółką jawną a spółką prostą⁶¹. Spółka jawna nie musi jednak prowadzić działalności gospodarczej, o ile tylko zostanie wpisana do rejestru handlowego (art. 553 OR). W doktrynie przyjmuje się, że wpis do rejestru jest dla takich spółek konstytutywny, podczas gdy dla spółek prowadzących działalność gospodarczą, tylko deklaratoryjny⁶². Specyfiką szwajcarskiego prawa handlowego jest, że spółka jawna może być zawiązana tylko przez osoby fizyczne. Wspólnikiem może być także spółka prosta, jeżeli w jej skład wchodzi tylko osoby fizyczne. Wspólnikami spółki jawnej są wtedy wspólnicy spółki prostej i to oni wpisywani są do rejestru handlowego⁶³. Zgodnie ze stanowiskiem większości doktryny wspólnikiem nie może być osobowa spółka handlowa, pomimo, że spółkom tym nie przypisuje się podmiotowości prawnej. Przystąpienie spółki jawnej do innej spółki jawnej, w rzeczywistości oznaczałoby tylko przystąpienie ogółu jej członków, jako osób fizycznych⁶⁴. W doktrynie proponuje się, aby znieść zawężenie kręgu wspólników do osób fizycznych, przy czym głównym argumentem jest tu przykład regulacji spółki jawnej w prawie niemieckim⁶⁵.

Do spółki jawnej znajdują zastosowanie przepisy o spółce prostej, chyba, że co innego wynika z przepisów szczególnych lub wspólnicy postanowili inaczej (art. 557 ust. 2 OR). Na tej samej zasadzie przepisy o spółce prostej znajdują też zastosowanie do spółki komandytowej, poprzez art. 598 ust. 2 OR. Zasady te wskazują na subsydiarny charakter regulacji spółki prostej a zarazem na zbliżony kształt normatywny tej spółki i osobowych spółek handlowych. Związek między tymi spółkami wzmocniony jest ustanowieniem tego samego ustroju majątkowego tak w spółce prostej, jak i spółce jawnej oraz komandytowej. Tym ustrojem jest wspólność do niepodzielnej ręki, co oznacza, że wszystkie te spółki należą do kategorii wspólnot prawnych do niepodzielnej ręki (*Rechtsgemeinschaften zur gesamten Hand*)⁶⁶. W odróżnieniu jednak od spółki prostej, ustrój wspólności do niepodzielnej ręki jest jedynym możliwym w spółce jawnej i komandytowej. Ustrój majątkowy tych spółek nie może być więc oparty na współwłasności w częściach

⁶¹ R. Vonzun, op. cit., s. 216–217, 222 i 230. Autor ten zamiennie używa tu też określenia „*der Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens*”.

⁶² Ibidem, s. 222–223.

⁶³ C. Baudenbacher, op. cit., s. 73; R. Vonzun, op. cit., s. 209–211.

⁶⁴ R. Vonzun, op. cit., s. 210 i powołana tam literatura.

⁶⁵ Ibidem, s. 204–209.

⁶⁶ Albo *Gemeinschaften zur gesamten Hand*, A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 340; W. v. Steiger, op. cit., s. 290; R. Vonzun, *Rechtsnatur und Haftung...*, s. 38, który referuje tylko panujący pogląd.

ułamkowych⁶⁷. Inaczej też niż w spółce prostej, w ramach regulacji spółki jawnej brak jest przepisów, które wyraźnie wskazywałyby na ustanowienie ustroju wspólności do niepodzielnej ręki⁶⁸. W tym zakresie nie mogą też znaleźć zastosowania przepisy o spółce jawnej i komandytowej odsyłające w zakresie nieunormowanym do regulacji spółki prostej (art. 557 ust. 2 ani art. 598 ust. 2 OR), w tym w szczególności do art. 544 ust. 1 OR, który to przepis dopuszcza zdaniem większości doktryny współwłasność w częściach ułamkowych w spółce prostej, o ile umowa spółki tak stanowi⁶⁹. Tym niemniej w doktrynie i w orzecznictwie przyjmuje się powszechnie, że ustrój ten obowiązuje nie tylko w spółce prostej, ale także w spółce jawnej i komandytowej⁷⁰. Majątek spółki uważany jest za majątek wyodrębniony wspólników (*Sondervermögen*), który w stosunkach zewnętrznych traktowany jest tak jakby był majątkiem spółki. Z tego względu spółka jawna jest nawet wpisywana do ksiąg wieczystych jako właściciel nieruchomości. Pomimo to, uznaje się, że to nie spółka jest podmiotem praw i obowiązków, ale sami wspólnicy w ich powiązaniu jako wspólnota⁷¹.

Brak podmiotowości prawnej wyklucza możliwość przypisywania osobowemu spółkom handlowym osobowości prawnej (*Rechtspersönlichkeit*), choć w doktrynie można spotkać opinię, że w stosunkach zewnętrznych spółka jawna zbliża się do osoby prawnej⁷². Powszechne przekonanie doktryny o braku osobowości prawnej spółki jawnej znajduje potwierdzenie w przepisach dotyczących rejestru handlowego, gdzie spółka jawna jest przeciwstawiona osobom prawnym⁷³. Przeciwnie uznaniu spółki jawnej za osobę prawną przemawia też oparcie jej ustroju majątkowego na wspólności do niepodzielnej ręki, osobista odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki, uzależnienie – co do zasady – jej istnienia od niezmienności składu osobowego⁷⁴, a także i to, że spółka ta nie posiada organów, natomiast każdy wspólnik jest uprawniony do jej reprezentowania (art. 563 OR)⁷⁵. Oceny tej nie zmienia norma wyrażona w art. 562 OR, na mocy której, spółka

⁶⁷ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 341; R. Vonzun, op. cit., s. 38.

⁶⁸ R. Vonzun, op. cit., s. 38 i 41–42. W spółce prostej tym przepisem jest art. 544 ust. 1 OR.

⁶⁹ Ibidem, s. 41–42.

⁷⁰ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 340; C. Baudenbacher, op. cit., s. 70; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 29; W. v. Steiger, op. cit., s. 529; R. Vonzun, op. cit., s. 38.

⁷¹ W. v. Steiger, op. cit., s. 529 i s. 290. Podobnie A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 340.

⁷² C. Baudenbacher, op. cit., s. 70.

⁷³ Ibidem, s. 70.

⁷⁴ Gdyż wystąpienie wspólnika jest przyczyną rozwiązania spółki – art. 574 w zw. z art. 545 OR.

⁷⁵ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 340–341.

może pod swoją firmą nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, a także pozywać i być pozywana⁷⁶. Wbrew dosłownej treści tego przepisu, a zgodnie z zasadą wspólności do niepodzielnej ręki, przyjmuje się, że prawdziwym podmiotem praw i obowiązków są sami wspólnicy, a nie spółka. Doktryna staje zatem na stanowisku, że spółka jawna jest tylko wspólnotą do niepodzielnej ręki (*Gemeinschaft zur gesamten Hand*), która ma wprawdzie zdolność do czynności prawnych, zdolność procesową i zdolność egzekucyjną, ale „nie ma pełnej zdolności prawnej jak osoba prawna”, natomiast jest pod pewnym względem traktowana jak osoba prawna⁷⁷. W literaturze przypisuje się też osobowym spółkom handlowym quasi-osobowość prawną⁷⁸ lub tylko zdolność prawną, ale z tym zastrzeżeniem, że podmiotami praw nabytych pod firmą spółki i zobowiązań zaciągniętych w jej imieniu są wspólnicy w ich połączeniu jako wspólnota, a nawet jedność, której tożsamość znamionuje posiadanie własnej firmy⁷⁹. W prawie szwajcarskim nie uznaje się zatem w istocie zdolności prawnej spółki jawnej jako takiej, choć uznaje się jej zdolność do czynności prawnych i zdolność sądową⁸⁰. Występuje tu zasadnicza różnica z prawem niemieckim, w którym zdolność prawną przypisuje się nie tylko osobowym spółkom handlowym (jawnej i komandytowej), ale od niedawna także zewnętrznej spółce cywilnej⁸¹.

We współczesnej doktrynie szwajcarskiej podkreśla się, że brak zdolności prawnej osobowych spółek handlowych wynika z ich przyporządkowania do kategorii wspólnot prawnych pozbawionych zdolności prawnej, opiera się więc na argumentacji prawno-dogmatycznej, nie wynika natomiast z prawa pozytywnego. Główny przedstawiciel nowej doktryny prawa spółek osobowych, R. Vonzun, kwestionuje wobec tego tradycyjny podział spółek⁸² na korporacje, które charakteryzują się jednopodmiotowością (*einfache Rechtszuständigkeit*) i wspólnoty prawne,

⁷⁶ R. Vonzun, op. cit., s. 32–33 przypomina historię uchwalenia art. 562 i n. OR, wskazując, że ustawodawca nie uważał by treść art. 562 przesądzała o zdolności prawnej, a tym bardziej osobowości prawnej spółki jawnej. O braku osobowości prawnej spółki jawnej przesądziło głosowanie członków komisji kodyfikacyjnej w stosunku 10 do 9.

⁷⁷ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 340–341; R. Vonzun, op. cit., s. 16 i 30–31, nazywa to uznaniem pewnej fikcji prawnej. Por. też C. Baudenbacher, op. cit., s. 70

⁷⁸ C. Baudenbacher, op. cit., s. 71.

⁷⁹ W. v. Steiger, op. cit., s. 529. Autor ten dodaje, że pod względem prawnomajątkowym spółka jawna korzysta wprawdzie z nieograniczonej zdolności prawnej, ale nie posiada pełnej podmiotowości prawnej, takiej jak korporacje.

⁸⁰ Ustalenia te znajdują też zastosowanie do spółki komandytowej, która w zakresie ustroju majątkowego nie różni się od spółki jawnej.

⁸¹ R. Vonzun, op. cit., s. 1–2, 14, 34, 36.

⁸² W szerokim, przyjętym w Szwajcarii, znaczeniu, obejmującym także spółdzielnie i stowarzyszenia.

które charakteryzują się wielopodmiotowością (*mehrfache Rechtszuständigkeit*). Jego zdaniem, właściwy jest trójpodział na jednopodmiotowe osoby prawne, osobowe spółki handlowe oraz wielopodmiotowe wspólnoty prawne takie jak spółka prosta. Spółka jawna i komandytowa nie są jego zdaniem wspólnotami wielopodmiotowymi, lecz jednością, która posiada zdolność prawną, a więc i podmiotowość prawną (*Rechtssubjektivität*⁸³). Dotyczy to tak spółek, które prowadzą działalność gospodarczą, jak i takich, które działalności takiej nie podjęły, ale zostały wpisane do rejestru handlowego (art. 553 OR)⁸⁴. Zdolność prawną spółki jawnej, a poprzez art. 598 OR także spółki komandytowej, wynika wprost z art. 562 OR⁸⁵ i – zdaniem R. Vonzuna – nie jest to fikcja prawna, czy zewnętrzny tylko szyld, pod którym kryje się rzeczywista zdolność prawną samych wspólników⁸⁶. Prawno-dogmatyczną przyczyną, dla której osobowe spółki handlowe posiadają zdolność prawną jest ich usamodzielnienie (*Verselbständigung*), głównie w stosunkach zewnętrznych, spowodowane ukierunkowaniem ich aktywności na prowadzenie działalności gospodarczej⁸⁷. Najważniejszym skutkiem prawnym takiego podejścia jest definitywna rezygnacja z konstrukcji wspólności do niepodzielnej ręki w tych spółkach. Prawa i obowiązki, w tym w szczególności prawa majątkowe, przysługują spółce, a nie wspólnikom⁸⁸. Dalszym skutkiem prawnym jest konieczność zastosowania przeniesienia praw i obowiązków w drodze sukcesji uniwersalnej w razie przekształcenia spółki prostej w spółkę jawną w miejsce przyjmowanej dotychczas w doktrynie teorii zmiany formy prawnej przy zachowaniu tożsamości. Teoria zachowania tożsamości jest nie do utrzymania, skoro dochodzi do zmiany ustroju majątkowego pomiędzy tymi spółkami⁸⁹.

Dokonując próby systematyki R. Vonzun stwierdza, że osobowe spółki handlowe nie są wspólnotami do niepodzielnej ręki i w ogóle nie są wspólnotami prawnymi. Nie są także, w przeciwieństwie do niektórych twierdzeń doktryny niemieckiej, kolektywnymi jednościami (*kollektive Einheiten*), czyli czymś pośrednim pomiędzy konstrukcją jednopodmiotową a wielopodmiotową. Nie można ich także zaliczyć do kategorii osób prawnych (*juristische Personen*)⁹⁰. Jest to zatem

⁸³ Autor ten utożsamia określenie *Rechtssubjektivität* z określeniem *Rechtspersönlichkeit*, przez co rozumie posiadanie zdolności prawnej, natomiast stosowanie tych pojęć, nie oznacza posiadania osobowości prawnej w sensie przynależnym korporacjom. R. Vonzun, op. cit., s. 189–190.

⁸⁴ Ibidem, s. 223.

⁸⁵ Cyt. wyżej.

⁸⁶ R. Vonzun, op. cit., s. 187.

⁸⁷ Ibidem, s. 230.

⁸⁸ Ibidem, s. 187–188.

⁸⁹ Ibidem, s. 217–218.

⁹⁰ Ibidem, s. 133 i 188–189. Autor nie uzasadnia jednak tego poglądu w sposób wyczerpujący.

trzecia kategoria podmiotowa – związków osobowych posiadających zdolność prawną, która musi być dodana do tradycyjnego podziału na osoby fizyczne i osoby prawne. Ostatecznie więc, zamiast podziału na korporacje i wspólnoty prawne należy wprowadzić podział na spółki posiadające zdolność prawną i nie posiadające tego przymiotu. Do tych pierwszych należą osoby prawne (spółki kapitałowe, spółdzielnie, stowarzyszenia) i osobowe spółki handlowe (spółka jawna i komandytowa), a do tych drugich tylko spółka prosta. Poza tym podziałem pozostają jeszcze wspólnoty prawne nie mające charakteru spółki, które także nie mają zdolności prawnej, takie jak wspólnota w częściach ułamkowych (*Bruchteilgemeinschaft*), małżeńska wspólnota majątkowa (*eheliche Gütergemeinschaft*), czy wspólnota spadkowa (*Erbengemeinschaft*)⁹¹.

VI. Spółka prosta prowadząca działalność gospodarczą

Nowa systematyka wprowadzona przez R. Vonzuna natrafia w prawie szwajcarskim na istotną trudność. W przeciwieństwie do osobowych spółek handlowych spółka prosta nie może w zasadzie prowadzić działalności gospodarczej. Zakaz prowadzenia przez spółkę prostą przedsiębiorstwa nie został sformułowany wprost, lecz wynika z przepisów o wpisie do rejestru handlowego. Spółka prosta nie jest ani zobowiązana do wpisu, ani nawet uprawniona⁹². Zakaz ten jest wzmocniony przez przepisy, w myśl których, spółka prosta jest formą subsydiarną, a więc znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy określony związek osobowy nie wypełnia formy prawnej innej spółki (art. 557 ust. 2 i art. 598 ust. 2 OR). Jeżeli spółka prosta podejmuje działalność gospodarczą, to staje się z mocy prawa spółką jawną, lub komandytową⁹³, nawet wtedy, gdy umowa spółki stanowi inaczej⁹⁴. Mechanizm ten funkcjonuje tylko w sytuacji, gdy wszystkimi współnikami spółki prostej są osoby fizyczne, gdyż współnikami spółki jawnej i komplementariuszami w spółce komandytowej w myśl prawa szwajcarskiego mogą być tylko osoby fizyczne, a nie osoby prawne (art. 552 i 594 ust. 2 OR)⁹⁵. Jeżeli współnika-

⁹¹ Ibidem, s. 186–191.

⁹² A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 123–124. Odmienne zdania jest W. v. Steiger, op. cit., s. 334–335. Uważa on, że nie ma ustawowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę prostą, jednakże nie nadaje się ona do prowadzenia takiej działalności, gdyż nie może występować jako podmiot w stosunkach zewnętrznych.

⁹³ W razie, jeżeli odpowiedzialność niektórych współników zostanie ograniczona do sumy komandytowej.

⁹⁴ R. Vonzun, op. cit., s. 216–217.

⁹⁵ Ibidem, s. 222–224.

mi spółki prostej są także lub nawet wyłącznie osoby prawne lub osobowe spółki handlowe, a spółka taka podejmuje działalność gospodarczą, to mechanizm ten zawodzi. Część doktryny jest zdania, że w takim wypadku ta tzw. kupiecka spółka prosta (*kaufmännische einfache Gesellschaft*) może powadzić przedsiębiorstwo, a do rejestru są wpisywani sami wspólnicy. Inni występują przeciw takiej możliwości, dowodząc, że spółka ta została historycznie ukształtowana, jako luźna i prosta struktura powołana do celów niezwiązanych z większymi przedsięwzięciami gospodarczymi⁹⁶. Ponadto zgodnie z rozstrzygnięciem sądu związkowego spółka ta nie może być wpisana do rejestru handlowego, a wpis do rejestru wspólników w miejsce spółki stanowi obejście prawa⁹⁷. W praktyce spółki takie występują jednak bardzo licznie, np. wtedy, gdy zawiązywane są konsorcja budowlane na dłuższy okres czasu. Realizują one wielomilionowe kontrakty, a zatem ich znaczenie dla praktyki gospodarczej określa się jako w najwyższym stopniu znaczące⁹⁸. Spółki takie nie podlegają ustawowemu obowiązkowi prowadzenia ksiąg rachunkowych. Pomimo, że nie są one wpisywane do rejestru, występują w stosunkach zewnętrznych we własnym imieniu, pod wspólnie przybranym oznaczeniem. Praktyka ta jest powszechnie tolerowana. Nie ma tu bowiem szczególnych zagrożeń dla osób trzecich, ze względu na solidarną odpowiedzialność wspólników. Przyjmuje się zatem, że istnieje w tym zakresie luka prawna⁹⁹.

Zdaniem R. Vonzuna, zwolennika podmiotowości spółek osobowych, prowadzenie działalności gospodarczej przez spółkę prostą mającą za wspólników nie tylko osoby fizyczne (kupiecka spółka prosta) jest dopuszczalne¹⁰⁰. Wniosek ten wyprowadza on z generalnej zasady, że spółka prosta jest formą podstawową i subsydiarną, skoro zatem ustawodawca przeoczył faktyczną możliwość prowadzenia przedsiębiorstwa przez takie spółki (luka prawna), nie przewidując mechanizmu ich ustawowego przekształcenia w inną spółkę, to znaczy że spółki takie są dopuszczalne¹⁰¹. Co więcej spółki takie powinny być wpisywane do rejestru handlowego, ponieważ art. 934 ust. 1 OR, wbrew stanowisku wyrażonemu w orzecznictwie sądu związkowego, nie wprowadza tu żadnego ograniczenia. Prze-

⁹⁶ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 124–125 i 315. Przegląd poglądów doktryny na ten temat prezentuje W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 259. W polskiej doktrynie H. Konic, *Prawo o zobowiązaniach...*, s. 86, przyjmował, że spółka prosta wpisana do rejestru handlowego uzyskuje osobowość prawną.

⁹⁷ BGE 79 I 179, 182 = Pra 42 (1953) Nr. 84, 254, cyt. za R. Vonzun, op. cit., s. 225.

⁹⁸ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 260; R. Vonzun, op. cit., s. 303.

⁹⁹ A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 124–125 i 315; W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 259–260.

¹⁰⁰ R. Vonzun, op. cit., s. 199, 224–229.

¹⁰¹ Ibidem, s. 303. Podobnie W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 259 i 261.

pis ten stanowi, że kto wykonuje działalność handlową, produkcyjną lub inną o charakterze kupieckim, ten jest obowiązany wpisać swoją firmę do rejestru handlowego. Dotyczy to zatem w równej mierze tzw. kupieckiej spółki prostej. Wpis takiej spółki do rejestru ma znaczenie tylko deklaratoryjne, tak jak wpis spółki jawnej prowadzącej działalność gospodarczą¹⁰².

Pogląd, że kupiecka spółka prosta może prowadzić działalność gospodarczą, ma doniosłe konsekwencje dla całej systematyki prawa spółek uwzględniającej kryterium podmiotowości prawnej. Zdaniem R. Vonzuna, jeżeli główną przyczyną, dla której osobowe spółki handlowe posiadają zdolność prawną jest ich prawne usamodzielnienie związane z prowadzeniem przez nie działalności gospodarczej, to oznacza, że istnieje bezpośredni związek pomiędzy posiadaniem statusu przedsiębiorcy (*Unternehmensträgerschaft*), a naturą prawną podmiotów, którym status ten przysługuje. Prowadzenie działalności gospodarczej jest zatem właściwym kryterium dla określenia natury prawnej spółek osobowych¹⁰³. Wynika stąd, że kupiecka spółka prosta posiada – podobnie jak spółka jawna – zdolność prawną, może nabywać prawa i zaciągać zobowiązania, w odniesieniu do majątku spółki jest jedynym uprawnionym, a zatem cechuje się jednopodmiotową właściwością prawną (*einfache Rechtszuständigkeit*)¹⁰⁴. Majątek takiej spółki jest jej własnym majątkiem, a nie majątkiem wspólnym wspólników na zasadzie wspólności do niepodzielnej ręki. Jak podkreśla R. Vonzun, albo ma miejsce jednopodmiotowość, i wtedy majątek spółki należy do spółki, albo istnieje struktura wielopodmiotowa (*mehrfache Zuständigkeiten*), i wtedy majątek spółki należy do poszczególnych wspólników. Wykluczona jest, wbrew stanowisku doktryny niemieckiej, kategoria pośrednia, jednostek kolektywnych posiadających zdolność prawną, w których jednak właścicielami majątku spółki byłiby wspólnicy¹⁰⁵. Do kupieckiej spółki prostej, zdaniem R. Vonzuna, znajdują zastosowanie na zasadzie analogii przepisy o spółce jawnej. Może ona występować pod własną firmą, niekoniecznie uwidaczniającą wszystkich wspólników, a więc taką jak firma spółki jawnej. Podobnie jak spółka jawna, może także być pod swoją firmą wpisywana, jako właściciel, do ksiąg wieczystych¹⁰⁶. Nie jest jednak osobą prawną¹⁰⁷.

Odmiennego zdania niż R. Vonzun są autorzy, którzy także uważają, że spółki proste prowadzące działalność gospodarczą powinny być dopuszczalne

¹⁰² R. Vonzun, op. cit., s. 226–229.

¹⁰³ Ibidem, s. 230.

¹⁰⁴ Ibidem, s. 231.

¹⁰⁵ Ibidem, s. 188.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 312–313.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 231.

i należy tolerować ich powszechne występowanie ze względów praktycznych, wbrew zamiarowi ustawodawcy, który ich nie przewidział. Sprzeciwiają się oni jednak swobodnemu uznaniu takich atypowych spółek za spółki jawne. Zacierałoby to wyraźne granice wyznaczone przez ustawodawcę pomiędzy poszczególnymi typami spółek, a także godziło w pewność obrotu prawnego, a co za tym idzie, w bezpieczeństwo wierzycieli. W szczególności odrzucają oni pogląd R. Vonzuna, że stosowanie przepisów o spółce jawnej, nie ma na celu tylko wypełnienia luk ustawowych w niezbędnym zakresie, ale że konieczne jest ogólne zastosowanie przepisów o spółce jawnej do spółki prostej prowadzącej działalność gospodarczą. W rezultacie doprowadziłoby to, do powstania nowego typu spółki – jawnej, w której wspólnikami byłyby osoby prawne. Byłoby to sprzeczne z zasadą *numerus clausus* dopuszczalnych typów spółek i naruszało wyłączną kompetencję ustawodawcy w tym zakresie. W aktualnym stanie prawnym spółki te muszą być, ich zdaniem, kwalifikowane jako spółki proste. Można ewentualnie rozważać analogiczne stosowanie do kupieckiej spółki prostej tych przepisów o spółce jawnej, które służą ochronie wierzycieli, jak np. przepisów o reprezentacji, a więc przyjęcie teorii organów w miejsce teorii przedstawicielstwa. Jedyną możliwą i dopuszczalną drogą ostatecznego rozwiązania problemu prowadzenia działalności gospodarczej przez spółki proste jest, zdaniem tych autorów, wprowadzenie odpowiednich zmian ustawodawczych, na mocy których w spółce jawnej dopuszczalne było by uczestnictwo osób prawnych i osobowych spółek handlowych w charakterze wspólników. W takim wypadku, spółka prosta podejmująca działalność gospodarczą, z mocy prawa podlegałaby przekształceniu w spółkę jawną. Kupiecka spółka prosta nie byłaby zatem w ogóle dopuszczalna¹⁰⁸.

VII. Podsumowanie

Uderzające jest, że pomimo daleko idących podobieństw pomiędzy rozwiązaniami prawnymi przyjętymi w szwajcarskim i polskim ustawodawstwie, brak jest pełnej zgodności w zasadniczej sprawie podmiotowości prawnej spółek osobowych. Podobieństwa polegają na tym, że tak spółka prosta jak i polska spółka cywilna zostały oparte na ustroju wspólności do niepodzielnej ręki. W obydwu regulacjach prawnych nie ma także przepisów, które pozwalałyby domniemywać istnienie zdolności prawnej samej spółki. Normatywna różnica polega na tym, że w ramach prawnych polskiej spółki cywilnej może być wykonywana działalność

¹⁰⁸ W. Fellmann, K. Müller, op. cit., s. 259 – 262; Por. A. Mayer-Hayoz, P. Forstmoser, op. cit., s. 154–157.

gospodarcza, podczas gdy szwajcarska spółka prosta ulega w takim wypadku *ex lege* przekształceniu w spółkę jawną lub komandytową. Kupiecka spółka prosta może jednak prowadzić działalność gospodarczą, gdyż wskutek luki ustawodawczej, nie podlega przekształceniu w osobową spółkę handlową. Doktryna polska i szwajcarska różni się, co do oceny charakteru prawnego spółki cywilnej (prostej). W Polsce wciąż bardzo rozpowszechnione jest traktowanie spółki cywilnej jako stosunku obligacyjnego, podczas gdy doktryna szwajcarska dawno już porzuciła taki punkt widzenia i ujmuje spółkę prostą jako wspólnotę prawną¹⁰⁹, czyli swego rodzaju jednostkę organizacyjną. Normatywne podobieństwo regulacji polskich i szwajcarskich osobowych spółek handlowych polega na tym, że w przepisach o spółce jawnej i komandytowej obowiązuje identyczna niemal norma wyrażona w polskim kodeksie spółek handlowych¹¹⁰ w art. 8 § 1, a w OR w art. 562. W Polsce wywodzi się z niej powszechnie zdolność prawną osobowych spółek handlowych, podczas gdy w Szwajcarii zdolność prawną tych spółek jest równie powszechnie odrzucana¹¹¹. Przyczyną tego jest utrzymywanie się w doktrynie szwajcarskiej poglądu, że w osobowych spółkach handlowych obowiązuje ustrój wspólności do niepodzielnej ręki, a zatem prawa i obowiązki przysługują w istocie wspólnikom, a nie spółce. Podobny pogląd był także reprezentowany w doktrynie polskiej, dawno jednak został już odrzucony¹¹². Należy przy tym podkreślić, że doktryna szwajcarska, w przeciwieństwie do polskiej, nie ma oporów przed przypisywaniem zdolności do czynności prawnych spółkom osobowym, w tym zwłaszcza handlowym, pomimo, że nie uznaje na ogół ich zdolności prawnej.

W wyniku braków ustawodawczych, a także oddziaływania silnej tradycji prawnej, doktryna szwajcarska, boryka się tak z problemem podmiotowości prawnej spółki prostej, w tym zwłaszcza spółki kupieckiej, jak i z problemem podmiotowości osobowych spółek handlowych. W obydwu wypadkach dają się w doktrynie szwajcarskiej zauważyć dwie przeciwstawne tendencje: do odmowy uznania podmiotowości wskutek przyjęcia ustroju wspólności majątkowej do niepodzielnej ręki w tych spółkach, jak i do przyznania podmiotowości, gdyż takie są potrzeby obrotu gospodarczego, w szczególności związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa pod własną firmą lub nazwą. Przyszłość pokaże, czy prawo szwajcarskie pójdzie drogą wskazaną przez prawo niemieckie i uzna zdolność prawną tak

¹⁰⁹ Co ma uzasadnienie ustawowe, zob. art. 544 ust. 1 OR w zw. z art. art. 646 i nast. ZGB.

¹¹⁰ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037, z późn. zm.).

¹¹¹ Wyjątek stanowią referowane poglądy R. Vonzuna.

¹¹² Bliżej na ten temat J. Lic, op. cit., s. 55 i 58 przypis 75.

zewnątrznej spółki prostej, jak i osobowych spółek handlowych. Wiele wskazuje jednak na to, że zniesiona zostanie raczej luka ustawowa, a wtedy kupieckie spółki proste staną się spółkami jawnymi lub komandytowymi. Należy przypuszczać, że tylko tym spółkom zostanie ostatecznie przyznana (w doktrynie i w orzecznictwie) zdolność prawna, a więc i podmiotowość, zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 562 OR.

LEGAL PERSONALITY STATUS OF PARTNERSHIPS IN SWISS LAW

The problem of legal status of partnerships belongs to the most hotly disputed issues in European corporate law. In Polish literature, no analyses have been published explaining the viewpoint of the Swiss doctrine. In spite of many similarities between legal solutions applied in Swiss and Polish law systems, a significant difference exists in approach to the mentioned problem. In Poland, the most common standpoint relies on treating civil partnerships as obligation, while the Swiss doctrine has abandoned this position and treats civil partnership (*Einfache Gesellschaft*) as a legal group of joint interests, i.e. a type of organizational unit. In relation to commercial partnerships, a very similar norm has been adopted in Polish Commercial Companies Code (art. 8 § 1), and in Swiss Code of Obligations in art. 562. In Poland, the above norm is generally understood as leading to legal capacity of commercial partnerships, while in Switzerland legal capacity of such partnerships is normally rejected. In effect of the existence of legal loopholes, as well as the influence of strong legal tradition, Swiss doctrine faces the problem of the legal capacity of civil partnerships, including in particular business partnerships, as well as the problem of legal capacity of commercial partnerships. In both cases, Swiss doctrine has been following two divergent tendencies: the former leading to rejection of legal capacity in effect of the adoption of joint and indivisible ownership of assets (*Gesamthand*) in such partnership, and the latter, accepting the mentioned partnerships as legal entities, in effect of the necessities of trade, in particular those related to the managing the business organization under own trade name or brand. Until now, Swiss law has not followed in the footsteps of German legal system, and refused to accept the legal capacity of either civil partnership or commercial partnerships.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 4(178) 2008
Warszawa 2008

Wiktor Sawinda ■

WYNAGRODZENIA SĘDZIOWSKIE – RZECZYWISTOŚĆ A OCZEKIWANIA

I Wstęp

Rola odpowiednio uregulowanego wynagrodzenia sędziowskiego dla prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz zagwarantowania zasady niezawisłości sędziowskiej jest nie do przecenienia. Artykuł niniejszy ma na celu przedstawienie pogłębionych rozważań na temat statusu materialnego sędziów sądów powszechnych w Polsce, zarówno w ujęciu teoretycznym, porównawczym jak i w opiniach i oczekiwaniach samych sędziów.

Opinie sędziów, przywoływane w niniejszym artykule, uzyskane zostały w drodze badań ankietowych, przeprowadzonych przez autora artykułu w czerwcu i lipcu 2007 roku. Wzięło w nich udział 687 sędziów sądów powszechnych wszystkich szczebli (wraz z asesorami sądowymi sądów rejonowych) z terenu całej Polski; wybranych losowo według kryterium losowania sądów (sędziowie, którzy wzięli udział w badaniu stanowią 54,7% wszystkich zaproszonych do wzięcia udziału w badaniu). Opinie te nie odzwierciedlają oczekiwań sędziów Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów wojskowych i administracyjnych, bowiem badanie przewidywało uzyskanie odpowiedzi od najliczniejszej jak też najbardziej reprezentatywnej grupy sędziów w ramach jednolitej struktury organizacyjnej.

Okres od przeprowadzenia opisanych wyżej badań do chwili publikacji tego artykułu, zaowocował licznymi działaniami w odniesieniu do kwestii wynagrodzeń sędziowskich, spowodowanymi bezprecedensową falą niezadowolenia

środowiska sędziowskiego z obecnego stanu rzeczy. Tym samym niektóre teoretyczne założenia badawcze znalazły swoje odzwierciedlenie w działaniach prawotwórczych, które są w chwili obecnej na etapie procesu legislacyjnego. Dla jasności i ścisłości dalszej części artykułu zaznaczam, że jego końcowa aktualizacja przypadła na listopad 2008 roku.

Istnieje szereg czynników niezbędnych dla zagwarantowania i ugruntowania zasady niezawisłości sędziowskiej. Za B. Banaszakiem przytoczę jasny podział tych czynników, charakterystyczny dla większości współczesnych państw demokratycznych. Dzieli się one na gwarancje: organizacyjne (organizacyjne oddzielenie władzy sądowniczej od wykonawczej i ustawodawczej), funkcjonalne (zakaz ingerencji w orzecznictwo przez organy innych władz), proceduralne, a także zasady: niepołączalności stanowiska sędziego z innymi zajęciami, nieusuwalności sędziego, immunitetu sędziowskiego i materialnej niezależności sędziów¹. Powyższe czynniki nie wyczerpują różnorodnych katalogów obecnych w nauce prawa. Są jednak wystarczające dla potrzeb niniejszego artykułu i łączy je to, że mają charakter obiektywny. Pamiętać jednak należy, że niezawisłe sądownictwo nie zależy wyłącznie od spełnienia tych przesłanek, jest ono także kwestią czynników o charakterze subiektywnym – zależnym od charakteru i sumienia poszczególnych sędziów. Jeśli w całym, poprawnie skonstruowanym systemie znajdzie się jeden sędzia sprzeniewierzający swoją niezawisłość, będzie on świadczył o braku niezawisłości względem wszystkich podsądnych, którzy oddadzą w jego ręce rozstrzyganie o ich sprawach. Trafnie aspekt ten ujął A. Peyrefitte stwierdzając:

„niezawisłość zależy od samych sędziów. Sędzia z charakterem jest niezawisły, sędzia, który go nie ma – niezawisłym nie jest”².

Zapewnienie sędziemu materialnej niezależności jest więc jednym z koniecznych warunków uzyskania korzystnego klimatu dla ugruntowania niezawisłości sędziowskiej, choć nie jedynym. Wynagrodzenie – jako uregulowany ustawowo ekwiwalent pieniężny za wykonywaną pracę, nie jest jedynie czynnikiem obiektywnym. Wpływa ono na postawę, zaangażowanie oraz motywację sędziego, a zatem znajduje swoje miejsce również po stronie czynników o charakterze subiektywnym. Tym istotniejsze jest rozważenie, jak wieloaspektowy jest wpływ wynagrodzenia na prawidłową (niezawisłą i rzetelną) pracę sędziego oraz jak obecne uregulowania prawne gwarantują taką pracę.

¹ Bogusław Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 578–582.

² Alain Peyrefitte, *Wymiar Sprawiedliwości, Między ideałem a rzeczywistością*, Warszawa 1987, s. 140

II. Rola wynagrodzenia sędziowskiego

Jak zaznaczyłem powyżej, rola wynagrodzeń sędziowskich w systemie politycznym i społecznym jest wieloaspektowa i można ją rozpatrywać przez pryzmat wąskiej i szerokiej definicji wynagrodzenia. W ujęciu wąskim wynagrodzenie jest to kwotowa suma pieniędzy należna jako ekwiwalent za wykonywaną pracę. Ujęcie szerokie zakłada zaś, że poza „kwotowym” charakterem, analizując wynagrodzenie sędziowskie, pod uwagę należy wziąć także: rangę aktu prawnego, w którym je uregulowano; ustalenie w porządku prawnym podmiotów odpowiedzialnych za ustalanie jego wysokości; usytuowanie materialne sędziów w drabinie dochodów całej administracji państwowej oraz w realiach gospodarczych danego państwa; kwestię autonomii budżetu sądownictwa lub jej braku; gwarancje nienaruszalności wynagrodzenia oraz możliwości jego podwyższania po spełnieniu przez sędziego określonych prawnie wymagań a także, ostatecznie, usytuowanie materialne sędziów wśród dochodów innych zawodów prawniczych.

Wąsko pojęte wynagrodzenie sędziowskie ma na swoim celu przede wszystkim zagwarantowanie sędziemu niezależności finansowej w życiu prywatnym. Najbardziej powszechnie zauważanym korelatem tej niezależności jest zabezpieczenie sędziego przed ryzykiem korupcji, a zatem umocnienie sędziego w obowiązku zachowania bezstronności. Poza przedmiotem niniejszego artykułu pozostawiam rozważania natury socjologicznej i psychologicznej dotyczące korupcji i rzeczywistej możliwości wpływania na nią poprzez kształtowanie wynagrodzenia, które i tak pozostanie w dysproporcji do wartości ekonomicznej dóbr będących przedmiotem sędziowskiego rozstrzygnięcia. Kolejny aspekt niezależności finansowej w życiu prywatnym ma doniosłe znaczenie w ujęciu społecznym, bowiem zamożność sędziów, przekłada się na ich postrzeganie przez społeczeństwo i przedstawicieli innych zawodów prawniczych, motywowanych finansowo do rozpatrywania możliwości zwieńczenia swojej kariery zajęciem miejsca za stołem sędziowskim. Ponadto wysokość wynagrodzenia wpływa na motywację sędziego do dobrej i rzetelnej pracy, przekładając się pozytywnie na postrzeganie władzy sądowniczej, dobrze przygotowanej do pełnienia swoich zadań. Jest to szczególnie istotne w państwach, gdzie mamy do czynienia z systemem „kariery sędziowskiej”, do których niewątpliwie zalicza się Polska oraz większość państw systemu kontynentalnego. System kariery sędziowskiej polega na powoływaniu na stanowiska sędziowskie osób stosunkowo młodych, które ukończyły studia i aplikację a następnie na stopniowym awansowaniu najzdolniejszych sędziów do sądów wyższych. W takim systemie odpowiednie – zwiększające się wraz z awansem wynagrodzenie, niewątpliwie korzystnie rzutuje na wytężoną i rzetelną pracę. Kolejnym istotnym aspektem, na który wpływa wysokość wynagrodzeń sędziowskich,

jest zainteresowanie wykonywaniem tego zawodu doświadczonych prawników. Zważywszy na odpowiedzialność spoczywającą na sędzim oraz potrzebę dużego doświadczenia zawodowego jak i życiowego, w rozstrzyganiu sporów innych ludzi, optymalnym rozwiązaniem byłoby przyjmowanie w szeregi sądownictwa jak najbardziej doświadczonych prawników jak ma to miejsce w krajach systemu anglosaskiego. Rozwiązanie takie wymagałoby jednak usytuowania wynagrodzeń sędziowskich na poziomie zachęcającym najlepszych, a zatem i najlepiej zarabiających prawników, do rezygnacji z ich dotychczasowych lukratywnych zajęć.

Wynagrodzenie, w jego szerokim ujęciu, rzutuje na usytuowanie sądownictwa w całym systemie władzy państwowej. Sędziowie tworzący władzę sądowniczą są organami władzy państwowej o szczególnym charakterze. Od pozostałych urzędników odróżnia ich posiadanie niezawisłości i odrębność (niezależność) od pozostałych dwóch władz, w ramach systemu podziału władz. Nie sposób nie zgodzić się ze stwierdzeniem B. Banaszaka, że w zależności od systemu ustrojowo-prawnego różny akcent kładziony jest na odrębność i równowagę władz. Kraje systemu *common-law* akcentują równowagę władzy sądowniczej z pozostałymi władzami, osiąganą za pomocą wprowadzonego systemu wzajemnych hamulców i balansów (*checks & balances*). Kraje Europy kontynentalnej większą wagę przywiązują do niezależności (odrębności) władzy sądowniczej niż do jej równowagi³. Wynagrodzenia sądownictwa znajdują swoje odbicie w przyjętym rozwiązaniu ustrojowym, z tego też powodu anglosascy sędziowie, których pensje korelują z pensjami najwyższych urzędników państwowych, należą do najlepiej zarabiających na świecie. W zależności od dystansu dzielącego wynagrodzenia sędziów od wynagrodzeń innych urzędników, szczególnie piastujących najwyższe stanowiska w państwie, można domniemywać o faktycznej pozycji i sile sądownictwa. Równie istotnym wskaźnikiem siły władzy sądowniczej w państwie jest kwestia uregulowania, jak bardzo władze wykonawcza i ustawodawcza mogą doraźnie wpływać na wysokość wynagrodzeń sędziowskich. Fakt ten – dziś oczywisty – został pierwszy raz dostrzeżony i stosownie zaakcentowany w brytyjskiej *Ustawie o następstwie tronu* (*Act of Settlement*) z 1701 roku, zgodnie z którą wynagrodzenia sędziowskie nie mogą być zawieszone ani zmniejszone⁴. Następnie analogiczne rozwiązanie zostało zastosowane przez ojców założycieli Stanów Zjednoczonych, którzy w *Konstytucji* z 1787 roku zawarli postanowienie, zgodnie z którym:

³ Op. cit. *Porównawcze prawo...*, s. 577

⁴ Francesca Zannotti, *Judicial Salary Policy in Italy and the United States*, s. 184 [w: Neal Tate, Torbjorn Vallinder (editors), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1995]

„Sędziowie Sądu Najwyższego, jak i niższych sądów [...] otrzymują w określonych terminach uposażenie, które w okresie sprawowania przez nich tej funkcji nie może ulec zmniejszeniu”⁵.

Stopień autonomii budżetowej sądownictwa również stanowi istotny wskaźnik faktycznej odrębności tej władzy od pozostałych władz państwowych. Uniezależnienie sądownictwa od pozostałych władz za pomocą autonomii budżetowej jest wyjściem pożądanym dla realizacji zasady podziału władz, jednak krok ten nie jest popularnym rozwiązaniem zarówno z uwagi na obawę przed utratą kontroli nad trzecią władzą, jak też z uwagi na niechęć utraty kontroli nad ogromnymi środkami generowanymi przez sądownictwo, poprzez system opłat za rozpoznawanie spraw oraz nakładanych grzywien.

III. Regulacja kwestii wynagrodzeń sędziowskich w ujęciu prawnomiędzynarodowym

Omawiając kwestię regulacji wynagrodzeń sędziowskich na arenie międzynarodowej, uwzględnić należy, że aktualny dorobek jest owocem wielowiekowych tradycji związanych z umiejscowieniem pozycji sędziego⁶ oraz szeregu norm prawnomiędzynarodowych wypracowanych w okresie po Drugiej Wojnie Światowej. Wraz z końcem II Wojny Światowej i upadkiem reżimu faszystowskiego, społeczność międzynarodowa rozpoczęła trwającą do dziś kampanię na rzecz niezawisłego sądownictwa. Nadużycia w zakresie wymiaru sprawiedliwości, do jakich doszło w ramach dochodzenia przez Hitlera do władzy oraz po jej przejęciu, stanowiły istotne świadectwo tego, że niezawisłe sądy są jednym z gwarantów stabilności ustroju demokratycznego⁷. Są one ponadto gwarantem realizacji praw człowieka, a dostęp do niezależnego i bezstronnego sądu sam w sobie stał się jednym z podstawowych praw człowieka znajdującym swoje miejsce zarówno w *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, uchwalonej 10 października 1948 roku

⁵ *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Bearting, Warszawa 1992, s. 27

⁶ Takich jak np. brytyjska Ustawa o następstwie tronu (*Act of Settlement*), która wprowadziła zasadę że sędzia powoływany jest „na czas dobrego zachowania” (*quamdiu se bene gesserint*) a nie na czas ustalony wedle królewskiej woli, a ponadto zabezpieczyła wynagrodzenia sędziowskie poprzez zakaz ich zmniejszania – więcej: Robert Stevens, *The English Judges*, Hart Publishing, Oxford 2001, s. 6.

⁷ W latach 30-tych rząd nazistowskich Niemiec instruował sądownictwo jako całość, aby nie rozstrzygać spraw na korzyść Żydów lub przeciwników Partii – Kate Malleson, *The New Judiciary, The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate, Dartmouth 2001, s. 63

przez Zgromadzenie Ogólne ONZ⁸, Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 roku⁹ jak i w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰.

Pierwszym działaniem na arenie międzynarodowej, w zakresie odniesienia się do statusu materialnego sędziów, było uchwalenie w 1985 roku, przez VII Kongres Narodów Zjednoczonych ONZ *Podstawowych zasad niezależności sądownictwa*. Dokument ten ustanowił minimalne standardy, jakie winny być zachowane dla prawidłowego funkcjonowania sądownictwa w państwie demokratycznym. Zgodnie z brzmieniem preambuły, dokument ten stanowi uściślenie wcześniejszych konwencji ONZ. *Podstawowe zasady*... pośród wymogów stawianych ustawodawstwom krajowym w zakresie uregulowania pozycji sądownictwa, stanowią w punkcie 11, że:

„okres sprawowania urzędu przez sędziów, ich niezawisłość, bezpieczeństwo, adekwatne wynagrodzenie, warunki sprawowania urzędu, emerytury i wiek przejścia w stan spoczynku, powinny być stosownie zabezpieczone przez prawo”¹¹.

Powyższa regulacja, choć ogólnikowa w swym brzmieniu, ma doniosłe znaczenie w ustanowieniu dwóch zasad. Pierwsza z nich dotyczy określania wysokości wynagrodzenia, które nie może być określane arbitralnie przez władzę wykonawczą i ustawodawczą, lecz musi być adekwatne do piastowanej funkcji, a zatem odnosić się do nakładu pracy i ciężaru odpowiedzialności. Druga zaś zobowiązuje ustawodawcę do uregulowania kwestii wynagrodzeń w akcie prawnym stosownej rangi.

Bardziej szczegółowe rozwiązania kwestii wynagrodzeń sędziowskich spotykamy w późniejszych dokumentach uchwalanych przez organizacje europejskie. 13 października 1994 roku wydane zostało *Zalecenie nr R(94)12 Komitetu*

⁸ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 10 stanowi, że „Każdy człowiek ma na warunkach całkowitej równości prawo, aby przy rozstrzyganiu o jego prawach i zobowiązaniach lub o zasadności wysuwanego przeciw niemu oskarżenia o popełnienie przestępstwa być słuchanym sprawiedliwie i publicznie przez niezależny i bezstronny sąd”, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, http://www.unhchr.ch/udhr/lang/pql_print.htm.

⁹ Więcej – art. 6. ust.1, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności po nowelizacji przez Protokół 11 z Protokołem dodatkowym oraz protokołami 4, 6 i 7, 12 i 13* – Polish version – tłumaczenie, Kancelaria Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Strasbourg, wrzesień 2003.

¹⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, www.law.uj.edu.pl/~adminfo/konwencja.doc., art. 14.

¹¹ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, pkt. 11 “The term of office of judges, their independence, security, adequate remuneration, conditions of service, pensions and the age of retirement shall be adequately secured by law”, www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm.

Ministrów dla Państw Członkowskich [Rady Europy – przyp. autor], w sprawie niezawisłości, sprawności i roli sędziów. Zalecenie to, bazując na wspomnianych wyżej: artykułach 6 EKPC oraz Podstawowych Zasadach..., znacznie rozszerzyło zakres wymagań względem państw w kwestii zagwarantowania sędziowskiej niezawisłości. W odniesieniu do wynagrodzeń sędziowskich, zasada III.1.b. stanowi, że sędziom należy zapewnić:

„status i poziom wynagrodzeń współmierny do godności ich urzędu i ciężaru odpowiedzialności.”¹²,

ponadto omawiany dokument w sposób precyzyjny określił w punkcie I.2.a., że zasada niezawisłości powinna być gwarantowana poprzez jej umieszczenie w konstytucji lub ustawach, albo implementację zalecenia do wewnętrznego porządku prawnego, zaś kwestia wynagrodzeń uregulowana winna być co najmniej na szczeblu ustawowym¹³. Znaczenie zalecenia jest ogromne, bowiem po raz pierwszy wprowadzono na forum międzynarodowym klauzulę generalną „godności urzędu”, deklarując szczególną rolę sędziów pośród funkcjonariuszy publicznych i dając podstawy do szczególnego wzmocnienia wynagrodzeń sędziowskich w porządkach prawnych państw członkowskich Rady Europy. Omawiane zalecenie było przedmiotem szerszej interpretacji dokonanej przez Radę Konsultacyjną Sędziów Europejskich (CCJE) przy Radzie Europy w 2001 roku. W *Opinii nr 1(2001)* Rada Konsultacyjna w pełni poparła rozwiązanie zalecenia w odniesieniu do wynagrodzeń i wskazała ich szczególną wagę dla nowych demokracji, w których niezbędnym jest wprowadzenie zakazu obniżania wynagrodzeń i zarazem nakazu zwiększania ich, przynajmniej o faktyczny wzrost kosztów życia¹⁴.

Dokumentem, który najszerzej odniósł się do kwestii regulowania wynagrodzeń sędziowskich, stała się uchwalona w 1998 roku w ramach Rady Europy *Europejska Karta Ustawowych Zasad Dotyczących Sędziów*, bazująca na art. 6 EKPC, *Podstawowych Zasadach...* oraz *Zaleceniu nr R(94)12*. W punkcie 6.1. *Europejskiej Karty...* stwierdzono, że

„sędziowie zawodowi mają w czasie wykonywania obowiązków, prawo do wynagrodzenia, w wysokości gwarantującej nie uleganie jakimkolwiek naciskom mającym na celu wpływ na ich decyzje lub, ujmując rzecz bardziej ogólnie, na ich zachowanie

¹² Zalecenie nr R(94) 12 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich Dotyczące Niezawisłości, Sprawności i Roli Sędziów,
http://www.ms.gov.pl/ue_koop/ue_niezawislosc.doc, zasada III ust. 1. b.

¹³ Ibidem, zasada I Ust. 2 b) stanowi, że „

¹⁴ *Opinion No 1(2001) of the Consultative Council of European Judges*, Strasbourg 23 November 2001, ustęp 61, 62, www.coe.org

związane ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości a poprzez to na ich niezawisłość i bezstronność.”¹⁵

Ponadto Europejska Karta... w punkcie 6.2. stwierdza, że:

„elementami pozwalającymi na różnicowanie wynagrodzenia sędziów mogą być: staż pracy, charakter oraz znaczenie zadań powierzonych w ramach sędziowskich obowiązków”¹⁶.

Zalecono też stosowanie przejrzystego systemu określania różnic wynagrodzeń¹⁷. Karta zawiera bardzo istotny, wcześniej nie wskazany *expressis verbis* czynnik wpływający na gwarancyjną rolę wynagrodzenia sędziów, a mianowicie przejrzystość zasad różnicowania wysokości wynagrodzeń. Oczywiście bowiem jest, że z uwagi na istnienie szeregu funkcji sądowniczych oraz hierarchii sądów, powszechnych we wszystkich systemach prawnych, sędziowie nie powinni zarabiać tyle samo, zaś różnicowanie ich wynagrodzeń może prowadzić do nadużyć poprzez arbitralne podejmowanie decyzji w zakresie modyfikowania wysokości uposażeń. Na koniec wspomnieć należy o dokumentach niewiążących, jednak istotnych z uwagi na wzrost znaczenia międzynarodowych stowarzyszeń sędziów, aktywnie działających na rzecz niezawisłości sędziowskiej. Są nimi: *Uniwersalna Karta Sędziego* (*The Universal Charter of the Judge*), uchwalona 17 listopada 1999 roku w Taipei przez Centralną Radę Międzynarodowego Stowarzyszenia Sędziów¹⁸ oraz *Karta Sędziów Europejskich* (*The Judges Charter in Europe*) uchwalony 20 marca 1993 roku w Wiesbaden przez Europejskie Stowarzyszenie Sędziów¹⁹.

Podsumowując, rosnąca od lat 40-tych XX wieku w świadomości politycznej konieczność wzmacniania pozycji niezawisłego sądownictwa, zaowocowała wydaniem szeregu wskazań o zasięgu międzynarodowym, dotyczących form zabezpieczenia pozycji materialnej sędziów. Są nimi: a) umieszczenie regulacji w zakresie wynagrodzenia w aktach rangi ustawy (lub konstytucji), b) ustalenie statusu i wysokości wynagrodzeń na poziomie odpowiadającym godności urzędu i ciężarowi odpowiedzialności, c) ustalenie wysokości wynagrodzeń na poziomie

¹⁵ Europejska Karta Ustawowych Zasad Dotyczących Sędziów, dostępna na: ms.gov.pl/ue_koop/re_ekuzds.doc, s. 4

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Ibidem

¹⁸ *Uniwersalna Karta Sędziego* (*The Universal Charter of the Judge*) dostępna na: <http://www.hjpc.ba/dc/pdf/THE%20UNIVERSAL%20CHARTER%20OF%20THE%20JUDGE.pdf>

¹⁹ *Karta Sędziów Europejskich* (*The Judges Charter in Europe*), dostępna na: <http://www.legislationline.org/documents/id/8556>

zabezpieczającym sędziów przed ryzykiem nacisków na ich orzecznictwo, d) umożliwiające różnicowania wysokości wynagrodzeń w zależności od stażu pracy i zakresu oraz wagi powierzonych zadań, e) obowiązek ustalenia wysokości wynagrodzeń i ich zróżnicowania w sposób maksymalnie przejrzysty i jak najdalszy od uznaniowości.

IV. Wynagrodzenia sędziowskie w prawie polskim

1. Konstytucja

Omawiając kwestię uregulowania wynagrodzeń sędziowskich w polskim porządku prawnym, należy na wstępie zaznaczyć, że system polityczny Rzeczypospolitej zbudowany został między innymi na zasadzie równowagi i podziału władz ustawodawczej (legislatywy), wykonawczej (egzekutywy) i sądowniczej (judykatywy), ustanowionej artykułem 10 *Konstytucji*²⁰. W dalszych rozważaniach, fakt ten będzie miał istotne znaczenie, bowiem wynagrodzenia sędziów ustalane są przez pozostałe władze, a zatem dochodzi do interferencji, która może prowadzić do zaburzenia równowagi nakazanej przez *Konstytucję*. Ponadto zasada równowagi władz stanowić będzie swoisty pryzmat, przez który można analizować wysokość wynagrodzeń przedstawicieli wszystkich władz.

Konstytucja z 1997 roku poświęca sądownictwu rozdział VIII, w którym cztery artykuły regulują status sędziów²¹. W ramach zabezpieczenia statusu sędziów, ustrojodawca w art. 178 ust. 2 odniósł się do ich wynagrodzenia stanowiąc, że:

*„Sędziom zapewnia się warunki pracy i wynagrodzenie odpowiadające godności urzędu oraz zakresowi ich obowiązków.”*²²

Przepis ten, usytuował sędziów w szczególnej pozycji, bowiem stali się oni jedyną grupą zawodową, której wynagrodzenie zabezpieczono w formie przepisu konstytucyjnego. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, który zajmował się interpretacją tego przepisu w wyroku P 8/00 z dnia 4 października 2000 roku, z tak szczególnego usytuowania sędziów w systemie prawnym wynika:

²⁰ Art. 10: „ust. 1 Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej, ust. 2 Władzę ustawodawczą sprawują Sejm i Senat, władzę wykonawczą Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej i Rada Ministrów, a władzę sądowniczą sądy i trybunały.” *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483.

²¹ Są nimi art. 178 do 181, *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

„obowiązek właściwych organów państwa szczególnej troski o kształtowanie należytego poziomu tych wynagrodzeń, także w relacji do wynagrodzeń innych funkcjonariuszy publicznych.”²³

Przepis art. 178 ust. 2 *Konstytucji* stanowi przeniesienie na grunt polskiego prawa dyspozycji *Zalecenia R(94) 12*, rekomendującego uwzględnienie godności urzędu i ciężaru odpowiedzialności przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia sędziego. Stanowi on podstawę wszystkich ustawowych i rozporządzeniowych regulacji w tym zakresie. Ze swej natury, przepisy konstytucji formułowane są w sposób generalny, aby możliwe było ich ciągłe stosowanie mimo zmiennych warunków społeczno-polityczno-gospodarczych. Przepis art. 178 ust. 2 *Konstytucji*, nastrocza wiele problemów interpretacyjnych. Już pobieżna wykładnia gramatyczna pociąga za sobą narzucające się dwa podstawowe problemy o charakterze aksjologicznym. Z jednej strony pojawia się problem możliwości wyceny ekonomicznej wartości godności urzędu, z drugiej zaś rodzi się problem możliwości wyceny obowiązków o bardzo szczególnym charakterze, trudnym do porównania ze specyfiką jakiegokolwiek formy aktywności zawodowej. Wykładnią przepisu kilkakrotnie zajmował się Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że norma zawarta w art. 178 ust. 2 *Konstytucji*, z uwagi na swój generalny charakter, nie może stanowić samoistnej przesłanki indywidualnej skargi konstytucyjnej sędziego. Niemniej jednak wyznacza ona pewien konieczny standard, który musi być respektowany przez ustawodawcę²⁴. Co jednak najistotniejsze, Trybunał uznał omawianą normę za wzorzec kontrolny dla oceny przepisów wynagrodzeniowych oraz – w szczególnie drastycznych przypadkach – za możliwą podstawę uznania niekonstytucyjności tych przepisów²⁵. W odniesieniu do niedookreślonego sformułowania „godność urzędu”, Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w postanowieniu P 12/98 oraz wyroku P 8/00, stwierdzając, że:

„godność urzędu to świadomość jego wartości i szacunek dlań, żywiony zarówno przez osoby go pełniące, jak przez osoby postronne”²⁶.

Ponadto Trybunał uznał, że określenie to determinuje w istotnym stopniu trzecią władzę w stosunku do dwóch pozostałych. Niemniej jednak zaznaczył, że nie stosowanie porównań lub prostych analogii pomiędzy wynagrodzeniami przedstawicieli sądownictwa i innych władz, lub między godnością urzędu i wysokością

²³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 października 2000, P 8/00, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 189, s. 1021.

²⁴ Ibidem

²⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 22 marca 2000, P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67, s. 306.

²⁶ Ibidem

wynagrodzenia, stanowiłoby ujmę dla zawodu sędziego. Nie sposób odmówić racji stwierdzeniu Trybunału, że:

„Wyznaczone przez konstytucję relacje między godnością urzędu sędziowskiego a wysokością przysługujących sędziom wynagrodzeń nie mogą być rozumiane w sposób uproszczony. Ani brzmienie, ani cel art. 178 ust. 2 nie dają podstaw do ujmowania tej zależności w formule: „im wyższa płaca, tym wyższa godność urzędu”. Wynagrodzenie, którego wysokość byłaby zaniżona w stosunku do wymagań art. 178 ust. 2, nie pomniejszałoby samo przez się godności urzędu sędziowskiego”²⁷.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, w sposób szczególny zabezpieczyła materialne położenie sędziów sądów powszechnych, poprzez co wyznaczyła standardy nakazujące przedstawicielom pozostałych władz, szczególną troskę i uwagę przy ustalaniu wynagrodzeń sądownictwa, mających wpływ na prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Warto przywołać stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku P 8/00 stwierdził:

„System wynagrodzeń sędziowskich odpowiadający wskazaniom art. 178 ust. 2 konstytucji jest istotnym elementem ustroju sądownictwa; podobnie jak niezawistość sędziowska nie jest indywidualnym przywilejem sędziego, ale jedną z podstawowych gwarancji prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.”²⁸.

Pomimo przyznanej przez TK możliwości uznania art. 178 ust. 2 Konstytucji za wzorzec kontrolny przepisów wynagrodzeniowych, analiza norm konstytucyjnych nie pozwala na zarysowanie konkretnych rozwiązań, których zaprojektowanie przynależy ustawodawstwu zwykłemu. Dalsza analiza tematu wymaga zatem skupienia się na regulacjach ustawowych, które winny odzwierciedlać szczególną pozycję trzeciej władzy.

2. Ustawodawstwo zwykłe i rozporządzenia

Obecnie obowiązująca ustawa – *Prawo o ustroju sądów powszechnych z dnia 27 lipca 2001*, stanowi realizację opisanej wyżej dyspozycji *Konstytucji*. Zgodnie z art. 91 te same ustawy wynagrodzenia sędziowskie są różne w zależności od szerebłu sądu w trzestopniowej hierarchii sądów powszechnych (sądy rejonowe, okręgowie i apelacyjne) a także zróżnicowane wewnątrz każdego ze szerebł. Dzięki jasnemu rozgraniczeniu przyczyn występowania różnic w wynagrodzeniach sędziów sądów tego samego rzędu w ramach struktury sądownictwa, możemy wyróżnić następujące elementy składowe wynagrodzeń. Są nimi: a) wynagrodzenie zasadnicze – zróżnicowane jedynie w zależności od szerebłu sądu w strukturze

²⁷ Op. cit. Wyrok P 8/00...

²⁸ Ibidem.

sądownictwa, lecz identyczne w ramach sądów równorzędnych i należne każdemu sędziemu, b) dodatki stażowe – zwiększające trwale wysokość wynagrodzenia zasadniczego, określone jako procentowy wzrost wynagrodzenia zasadniczego i przysługujące sędziom po upływie określonego czasu sprawowania urzędu (mają charakter automatyczny), oraz c) dodatki funkcyjne – przysługujące sędziom pełniącym określone ustawowo funkcje w ramach sądownictwa. Zróżnicowanie wynagrodzeń w zależności od szczebla sądu w strukturze sądownictwa jest charakterystyczne dla państw, gdzie realizowany jest model „kariery sędziowskiej”, a zatem ma ono na celu motywowanie sędziów do wyteżonej pracy w oczekiwaniu na co kilku/kilkunastoletnie awanse pionowe, połączone ze wzrostem wynagrodzeń.

2.a. Wynagrodzenie zasadnicze

Wynagrodzenie zasadnicze zostało określone w artykule 91 § 1 usp jako wielokrotność kwoty bazowej, której wysokość, określa ustawa budżetowa. Przepis powyższy przesądził, że sędziowie, podobnie jak inni funkcjonariusze aparatu państwowego, otrzymują wynagrodzenie stanowiące mnożnik corocznie ustalonej kwoty bazowej. Tym samym ustawodawca zrezygnował z możliwości stworzenia autonomii budżetowej dla sądownictwa. Mnożniki kwoty bazowej ustalone zostały, zgodnie z delegacją ustawową, w *Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 maja 2003 roku w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów*²⁹, zmienianego rozporządzeniami z 2 września 2005 roku i 21 marca 2006 roku.

Powyższy sposób uregulowania wynagrodzenia zasadniczego doprowadził do sytuacji, która może wydawać się wątpliwa w świetle przepisów *Konstytucji*, w szczególności przepisu o podziale i równowadze władz. Analizując podmioty faktycznie ustalające wynagrodzenie sędziów, można dojść do konkluzji o zbyt dużym wpływie władzy wykonawczej w tym zakresie. Ustawa budżetowa jest wprawdzie corocznie uchwalana przez władzę ustawodawczą, niemniej jednak jej projektowanie i przeważająca rola w określaniu jej kształtu należy do rządu (Ministra Finansów i Premiera). Ponadto mnożniki kwoty bazowej ustalone są również przez przedstawiciela władzy wykonawczej – Prezydenta, za kontrasygnatą Premiera. Warto przywołać tu zdanie komentatorów ustawy usp, według których:

„Praktyka wskazuje, że wysokość wynagrodzeń sędziowskich jest całkowicie uzależniona od władzy wykonawczej, która w tym zakresie kieruje się możliwościami

²⁹ Dz.U. 2003 nr 83 poz. 761, ze zmianami wprowadzonymi w Dz. U. 2005 nr 181 poz. 1500 i Dz. U. 2006 nr 58 poz. 399.

finansowymi, a nie wynikającą z art. 178 ust. 2 Konstytucji zasadą, według której sędziom zapewnia się warunki pracy i wynagrodzenie odpowiadające godności urzędu oraz zakresowi ich obowiązków.”³⁰

Powyższa teza może stanowić sugestię, że w ramach uregulowań wynagrodzeń sędziowskich w Polsce może dochodzić do zaburzenia równowagi między władzami, skutkującego w skrajnych przypadkach możliwością dyskryminującego traktowania sądownictwa. Wejście w życie *Konstytucji z 1997 roku* dało sędziom podstawę do podniesienia powyższych zarzutów, poprzez kilkukrotne próby zaskarżenia powyższych regulacji jako niezgodnych z *Konstytucją*.

Linia orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego sprzed wejścia w życie *Konstytucji* oraz *Ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych z 2001 roku*, w sposób dalece krytyczny odnosiła się do pozostawienia Prezydentowi nieograniczonej władzy w zakresie kształtowania wartości mnożników kwoty bazowej a zatem samych wynagrodzeń. Trybunał w orzeczeniu K 13/94 stwierdził między innymi, że:

„naruszenia zasady trójpodziału władz można dopatrywać się w pozostawieniu Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej nieograniczonej swobody w kształtowaniu wysokości wynagrodzeń sędziowskich [...] ustawy określają bowiem jedynie podstawę i metodę ustalania wynagrodzenia sędziów, a nie ograniczają go w wyznaczaniu wysokości tych wynagrodzeń poprzez przyjęcie wyższych lub niższych przeliczników.”³¹

Niemniej jednak w późniejszych orzeczeniach Trybunał wykazał się większą wiarą w osoby sprawujące najwyższe funkcje w państwie i złagodził swoje wcześniejsze stanowisko. W wyroku P 8/00 TK stwierdził, że ryzyko nieograniczonej władzy Prezydenta przy kształtowaniu wysokości mnożników istniałoby tylko wówczas, gdyby doszło do dowolnego interpretowania przepisów ustawy – *Prawo o ustroju sądów powszechnych*. Jednocześnie Trybunał wyraził pogląd, że Prezydent, przy wydawaniu rozporządzenia w sprawie mnożników kwoty bazowej, związany jest zarówno brzmieniem *Konstytucji* w zakresie wynagrodzeń sędziowskich jak i przepisami ustawy, a wymóg opiniowania rozporządzenia przez Krajową Radę Sądownictwa oraz uzyskania kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów, stanowią szczególny rodzaj zabezpieczenia przed samowolnymi działaniami.

³⁰ Tadeusz Ereciński, Jacek Gudowski, Józef Iwulski, *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o krajowej radzie sądownictwa*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 257, 258.

³¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 14 marca 1995 roku, K 13/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 6.

Odnosnie zarzutu naruszenia zasady równowagi i podziału władz, Trybunał nie dopatrywał się zagrożeń wskazywanych przez sędziów. Stwierdził on stanowczo, że równowaga i podział zapewniane są przez mechanizm wzajemnych oddziaływań między władzami, do których należy między innymi ustalanie wynagrodzeń sędziowskich przez pozostałe władze. Podział władz zaś dotyczy podziału kompetencji ekskluzywnie zarezerwowanych dla poszczególnych władz. Pogląd ten dobrze ilustruje podsumowujące zdanie Trybunału:

„Całkowicie pozbawione podstaw byłoby interpretowanie zasady podziału i równowagi władz w sposób prowadzący do sparaliżowania przewidzianego w konstytucji kształtującego wpływu, jaki każda z władz może, w granicach i formach prawem przewidzianych, wywierać na dwie pozostałe.”³²

Mimo powołanego wyżej stanowiska Trybunału, kwestia uzależnienia wynagrodzeń od ustawy budżetowej i rozporządzeń Prezydenta może budzić i budzi w dalszym ciągu zastrzeżenia. Powołany wyrok Trybunału Konstytucyjnego P 8/00 poddany został krytyce A. Wróbla, który krytycznie odniósł się do stanowiska, zgodnie z którym przepis art. 178 ust. 2 *Konstytucji* nie mógłby stanowić samodzielnej podstawy ustalania wynagrodzenia. Glosator zaznaczył, że obecne stanowisko Trybunału może wynikać z nie analizowania przepisów ustawy usp w świetle art. 173 i 178 *Konstytucji*, a nadto wyraził pogląd, że gdyby doszło do uchylecia ważności art. 91 ustawy usp, art. 178 ust. 2 *Konstytucji* stałby się jedynym przepisem stanowiącym podstawę ustalania wysokości wynagrodzenia.³³ Niemniej jednak dotychczasowe próby podważenia systemu ustalania wynagrodzeń sędziowskich skończyły się fiaskiem. Oznacza to w praktyce, że wynagrodzenia sędziów corocznie zależą w przeważającym zakresie od możliwości finansowych budżetu państwa i politycznej woli koalicji rządzącej. Rosnące niezadowolenie środowiska sędziowskiego, coraz bardziej otwarcie i stanowczo deklarowane szczególnie po okresie rządów koalicji PIS, LPR i Samoobrony w latach 2005–2007, skutkowało wydaniem w 2007 i 2008 roku szeregu uchwał między innymi w ramach Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”³⁴. W uchwałach tych sędziowie popierają wskazany wyżej zarzut odnoszący się do zbyt rozległej roli władzy wykonawczej i zbyt małej roli samorządu sędziowskiego w kształtowaniu wyso-

³² Op. cit. Wyrok TK P 8/00.

³³ Op. cit. *Komentarz do prawa...*, s. 263.

³⁴ Uchwały Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia dostępne na: <http://www.iustitia.pl>. Na szczególną uwagę zasługuje Uchwała Zgromadzenia Przedstawicieli Sędziów Okręgu Sądu Okręgowego w Lublinie podjęta w dniu 30 maja 2008 r., w najpełniejszy sposób przedstawiająca zarzuty środowiska sędziowskiego w odniesieniu do wynagrodzeń – dostępna na: <http://www.iustitia.pl/content/view/381/74/>

kości wynagrodzeń, oraz krytykują system wynagrodzeń oparty na nieobiektywnym wskaźniku w postaci kwoty bazowej. Podobnie krytyczne stanowisko w przedmiocie zasad ustalania wynagrodzenia zasadniczego było przedmiotem Rezolucji Europejskiego Stowarzyszenia Sędziów, podjętej w Turku 24 maja 2008 roku, w której zarzucono rządowi polskiemu łamanie zasad *Europejskiej Karty Statusu Sędziego, Uniwersalnej Karty Sędziego i Karty Sędziów Europejskich*³⁵.

Jeszcze jedno istotne zagadnienie w odniesieniu do wynagrodzenia zasadniczego, budzi corocznie emocje wśród sędziów, pozostałych pracowników wynagradzanych ze środków budżetu państwa i opinii publicznej. *Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych* w art. 91 §1b, nakłada na ustawodawcę i rząd obowiązek waloryzowania wynagrodzeń sędziowskich średniorocznym wskaźnikiem wzrostu wynagrodzeń ustalany na podstawie przepisów o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej. Przepis ten stanowi reakcję ustawodawcy na oczywistą okoliczność, jaką jest spadek siły nabywczej pieniądza na skutek inflacji, a zatem faktyczne zmniejszanie się wysokości wynagrodzenia, przy zamrożeniu jego kwotowej wysokości. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę może budzić istotne wątpliwości, bowiem wskaźnik, o którym mowa, ustalany jest przez władzę wykonawczą i uchwalany w ramach ustawy budżetowej przez władzę wykonawczą. Nie jest on zatem wskaźnikiem obiektywnym, tworzonym np. na podstawie badań Głównego Urzędu Statystycznego, lecz zależy od faktycznych możliwości finansowych państwa i kwestii politycznych. Praktyka pokazuje, że wskaźnik ten jest zwykle niższy niż wskaźnik inflacji publikowany corocznie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, a zatem dochodzi do zmniejszenia faktycznej wartości wynagrodzeń sędziów. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że ustawodawca może zamrozić wynagrodzenia poprzez ustalenie wskaźnika wzrostu na poziomie zerowym, jak miało to miejsce np. w *Ustawie budżetowej na 2007 rok*³⁶. Nie istnieją również prawne możliwości zapobieżenia ustalenia wskaźnika ujemnego, a zatem zmniejszającego wynagrodzenie nie tylko odnośnie jego wartości, ale także wysokości kwotowej. Dodatkowe kontrowersje budzi fakt, że zawieszenie waloryzacji wynagrodzenia jest trzecią co do surowości karą dyscyplinarną za przewinienia popełnione przez sędziów w stanie spoczynku (art. 104 §3 pkt. 3 usp). Takie rozwiązanie sugerowałoby, że zamrożenie wynagrodzeń przez ustawę budżetową jest karą udzieloną wszystkim sędziom. Rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę jest tylko w pewnym stopniu

³⁵ Rezolucja Europejskiego Stowarzyszenia Sędziów przyjęta w Turku dnia 24 maja 2008 roku, dostępna na: <http://www.iustitia.pl/content/view/365/74/>

³⁶ *Ustawa budżetowa na rok 2007 z dnia 25 stycznia 2007 roku*, Dz. U. 2007. nr 15 poz. 90, art. 15 ust. 1 pkt. 3).

zrozumiałe. Wskaźnik wzrostu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej wpływa na wynagrodzenia nie tylko sędziów, ale też ponad pół miliona osób wynagradzanych ze środków budżetowych. Gdyby ich wynagrodzenia ulegały waloryzacji w oparciu o wskaźnik rynkowy (np. wysokość inflacji, wysokość wzrostu wynagrodzeń w gospodarce krajowej itp.) utrzymanie budżetu w ryzach byłoby dalece wątpliwe i narażałoby państwo na ryzyko wzrostu zadłużenia lub bankructwa. Takie rozumowanie nie usprawiedliwia jednak przyzwolenia na faktyczną utratę wartości sędziowskich wynagrodzeń. Jak wspomniałem wcześniej, sędziowie są jedyną grupą zawodową, której wynagrodzenia znalazły zabezpieczenie w normach konstytucyjnych. Tym samym można wątpić, czy ustrojodawca czynił tak bezprecedensowy zabieg tylko po to, aby następnie ustawodawca umieścił sędziów w szeregu wszystkich pracowników sfery budżetowej. O ile to zagadnienie może budzić zastrzeżenia o charakterze zgodności z *Konstytucją*, o tyle brak jakichkolwiek uregulowań zakazujących obniżania wynagrodzenia sędziów, uniemożliwia podniesienie skutecznego zarzutu przeciwko obecnym rozwiązaniom. Jedynie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego daje ewentualną podstawę obrony wynagrodzeń przed obniżkami, jednak nie stanowi ono powszechnie obowiązującego prawa i może ulegać zmianom.³⁷

Ewentualna naprawa stanu rzeczy mogłaby przede wszystkim polegać na wyodrębnieniu wynagrodzeń korpusu sędziowskiego do osobnej ustawy, jak miało to miejsce we Włoszech w 1981 roku³⁸; oraz uregulowaniu kwestii zakazu obniżania wynagrodzeń zgodnie z tezami wskazanej wyżej *Opinii nr 1 (2001)* Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich (CCJE) przy Radzie Europy. Warto przy tym zauważyć, że cytowany we wstępie przepis *Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki* zakazujący obniżania wynagrodzeń sędziowskich w trakcie pełnienia urzędu, w przypadku analogicznych problemów (spadek faktycznej wartości wynagrodzenia poprzez nieuwzględnienie inflacji i zamrożenie jego wysokości), okazał się niewystarczającym mechanizmem ochronnym. W 1977 roku grupa 140 okręgowych sędziów federalnych złożyła skargę do sądu, podnosząc, że brak podwyżek płac w okresie od 1969 do 1975 roku przy inflacji wynoszącej 34,4%, stanowiło pogwałcenie zasady III ust. 1 *Konstytucji Stanów Zjednoczonych*. Sąd rozstrzygający nie dopatrzył się naruszenia *Konstytucji*, z samego bowiem zakazu obniżania wynagrodzenia nie można, zdaniem sądu, wnioskować o jakimkolwiek

³⁷ Op. Cit. Wyrok 8/00..., Trybunał Konstytucyjny, zawarł w uzasadnieniu wyroku wskazówki, jakimi ustawodawca winien się kierować przy ustalaniu wysokości wynagrodzeń sędziowskich, stwierdzając że „wynagrodzenia sędziów nie powinny być obniżane w drodze regulacji normatywnych”

³⁸ Op. Cit. *Judicial Salary Policy*... s. 188

znaczeniu wynagrodzenia poza jego kwotową wartością. Ostatecznie w ramach podniesionej apelacji Sąd Najwyższy przyznał rację skarżącym sędziom, jednak tylko z uwagi na popełnione przez egzekutywę błędy w procesie legislacyjnym. Potwierdził on natomiast tezę sądu pierwszej instancji odnośnie omawianego przepisu *Konstytucji* i zaznaczył, że pełnia władzy ustalania wysokości wynagrodzeń sędziowskich leży w rękach egzekutywy i Kongresu³⁹. Jak wynika z przytoczonego przykładu, ewentualne kroki, mające na celu poprawę obecnych uregulowań wynagrodzeń sędziowskich, winny obejmować nie tylko wyłączenie sędziów spod działania ustawy ustalającej wynagrodzenia innych pracowników administracji państwowej, ale także precyzyjnie sformułowany nakaz zwiększania wynagrodzeń zgodnie z najstosowniejszym wskaźnikiem odzwierciedlającym sytuację gospodarczą kraju. Ochrona pozycji materialnej sędziów, jako czynnik gwarantujący niezawisłość, jest przedmiotem interesujących uregulowań w Wielkiej Brytanii, która wyodrębniła kwestię wynagrodzeń sędziowskich z corocznej batalii budżetowej. Wynagrodzenia sędziów angielskich ustalane są na okres wielu lat i wypłacane ze specjalnego funduszu obsługującego dług zagraniczny (*Consolidated Fund*), niewchodzącego w skład dochodów budżetu rozdysponowywanych corocznie przez Parlament. Tym samym zabezpieczenie wynagrodzeń następuje nawet na wypadek zawieszenia obrad przez Parlament.⁴⁰ Co zaś się tyczy podwyższania wynagrodzeń, rząd brytyjski powierzył swoją władzę w tym zakresie niezależnemu ciału kolegialnemu w postaci specjalnej komisji do spraw przeglądu wynagrodzeń osób piastujących najważniejsze funkcje państwowe – SSRB (*Senior Salaries Review Body*). Organ ten, choć powoływany przez premiera, pozostaje od niego niezależny na czas swojej kadencji i składa się z osób niepowiązanych z władzą wykonawczą⁴¹. Jego rola doradcza w zakresie wynagrodzeń sędziów jest w praktyce rolą decyzyjną, bowiem opinie SSRB były dotychczas w pełni uwzględniane przez premiera i Lorda Kanclerza. Jak trafnie zauważył R. Stevens działania SSRB stały się gwarancją adekwatnych, a nawet obfitych wynagrodzeń sędziowskich⁴². Innym ciekawym rozwiązaniem jest przykład Kanady, gdzie co trzy lata powoływana jest specjalna komisja badająca relacje między wynagrodzeniami sędziów federalnych a kosztami utrzymania⁴³.

³⁹ Ibidem, s. 192–195.

⁴⁰ Op. Cit. *Judicial Salary Policy...*, s. 184.

⁴¹ *Code of Practice for Members of SSRB* – s.1, źródło:

<http://www.ome.uk.com/downloads/Members'%20code%20of%20practice.doc>

⁴² Stevens Robert, *A Loss of Innocence? Judicial Independence and the Separation of Powers*, (Oxford Journal of Legal Studies, vol. 19 (1999), s. 365–402), s. 378

⁴³ Op. Cit. *Porównawcze Prawo...*, s. 582.

2.b. Dodatki stażowe

Kolejnym elementem wynagrodzenia sędziów sądów powszechnych są dodatki stażowe, określone w art. 91 §2, 3, 4 i 7 *ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych*. Dodatki te mają dwie formy – stawek awansowych i dodatku za długoletnią pracę. Obydwa dodatki określone zostały jako procentowe wartości zwiększające wynagrodzenie zasadnicze i mają charakter automatyczny, a zatem przysługują sędziemu po przepracowaniu danego okresu czasu. Uregulowanie dodatków stażowych nie budzi większych uwag, ponieważ ich ustalanie i wręczanie odbywa się bez najmniejszego udziału czynników o charakterze uznaniowym czy arbitralnym. Stawki awansowe, określone w art. 91 §2, 3 i 4 *usp* występują w dwóch wysokościach – stawka awansowa pierwsza zwiększenie wynagrodzenia zasadniczego o 7% i należyna jest sędziemu po pięciu latach sprawowania urzędu, zaś stawka awansowa druga zwiększa wynagrodzenie zasadnicze o 15% i należyna jest po kolejnych pięciu latach pracy. O ile nie istnieją wyjątki w zakresie przyspieszenia otrzymania stawek awansowych, o tyle istnieje możliwość wydłużenia okresu do otrzymania stawki awansowej o trzy lata w przypadku ukarania karą dyscyplinarną lub dwukrotnego wytknięcia instancyjnego (art. 40 *usp*), względnie dwukrotnego wytknięcia uchybienia w zakresie sprawności postępowania (art. 37 §4 *usp*). Kwestia możliwości opóźnienia okresu koniecznego do otrzymania stawki awansowej poprzez dwukrotne wytknięcie, jest jedną, mogącą budzić uwagi doktrynalne. O ile bowiem postępowanie dyscyplinarne jest sformalizowaną procedurą, zapewniającą obwinionemu sędziemu prawo do obrony, o tyle wytknięcia czynione przez innych sędziów (instancyjne) oraz przez Ministra Sprawiedliwości lub prezesa sądu (wytknięcie w zakresie sprawności postępowania) są aktami jednostronnymi i poza możliwością złożenia przez sędziego pisma z odniesieniem się do wytknięcia, nie dają mu faktycznych gwarancji obrony. Jedynym środkiem prawnym przysługującym sędziemu, który czuje się niesłusznie ukarany wytknięciem jest pozostawiona mu droga sądowa w ramach prawa pracy. Nie uzyskanie wyższej stawki awansowej może być bowiem, zgodnie z ustaloną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, przedmiotem kontroli dokonywanej przez sąd pracy (por. wyrok SN z dnia 28 kwietnia 1997 roku, I PKN 116/97, OSNAPiUS 1998 nr 5 poz. 148, wyrok SN z dnia 29 czerwca 2000 roku, I PKN 710/99, OSNAPiUS 2002, nr 1 poz. 6). W przypadku skorzystania z drogi sądowej, sąd pracy będzie badał zasadność i prawidłowość zastosowania wytknięcia. Należy jednak brać pod uwagę trudność orzekania o zasadności wytknięć. W przypadku wytknięcia instancyjnego uczynionego przez sąd apelacyjny lub Ministra Sprawiedliwości względem sędziego sądu okręgowego, orzekanie może być niezręczne dla orzekającego w sądzie pracy sędziego sądu rejonowego.

Regulacje dotyczące dodatku za długoletnią pracę, określone w art. 91 §7 usp, nie budzą podobnych wątpliwości. Dodatek ten polega na zwiększeniu wynagrodzenia zasadniczego o 5% po szczęściu latach pracy a następnie o 1% z każdym kolejnym rokiem, nie dalej jednak niż do 20% łącznie. Okres osiągnięcia prawa do dodatku nie może ulec ani wydłużeniu ani skróceniu, a zatem nie istnieją możliwości niekorzystnego wpływania na wynagrodzenia przez jakiegokolwiek podmioty.

2.c. Dodatki funkcyjne

Wiele uwag i kontrowersji może natomiast budzić regulacja dodatków funkcyjnych, czyli przyznawanych sędziom pełniącym określone funkcje administracyjne w ramach sądownictwa. Podobnie jak wynagrodzenie zasadnicze, dodatki funkcyjne ustalane są w oparciu o ustawę – *Prawo o ustroju sądów powszechnych* oraz *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 maja 2003 roku w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów ze zmianami*. Tym samym uwagi odnośnie podmiotów ustalających wysokość dodatków są analogiczne do uwag przedstawionych przy omawianiu wynagrodzenia zasadniczego. Niemniej jednak wokół dodatków funkcyjnych istnieje kilka dodatkowych aspektów wartych uwagi z powodu możliwych nieprawidłowości przy ich ustalaniu. §5 *Rozporządzenia Prezydenta...* stanowi, że dodatki przysługują sędziom powołanym do pełnienia funkcji określonych w rozporządzeniu. Funkcji tych jest 38, spośród których najpowszechniej występujące z uwagi na organizację sądownictwa powszechnego to prezes sądu, wiceprezes sądu i przewodniczący wydziału. Są to bowiem funkcje, które zgodnie z przepisami usp muszą występować w każdym sądzie, przy czym zważyć należy, że każdy sąd ma przynajmniej 5 wydziałów, a to oznacza występowanie przynajmniej 5 sędziów pełniących funkcję przewodniczącego wydziału. Powoływanie sędziów do pełnienia funkcji dokonywane jest przez różne podmioty w zależności od funkcji, i tak np. prezesi sądów powoływani są przez Ministra Sprawiedliwości, zaś przewodniczący wydziałów w danym sądzie przez prezesa tego sądu (przewodniczących wydziałów w sądach rejonowych powołuje prezes nadrzędnego sądu okręgowego na wniosek prezesa sądu rejonowego – art. 11 §3 usp). Podmioty powołujące sędziów do pełnienia danej funkcji są również upoważnione do odwoływania ich z pełnienia funkcji oraz do wskazywania wysokości dodatku funkcyjnego, jaki otrzymywać będzie sędzia za pełnienie danej funkcji. Tak skonstruowany system dodatków funkcyjnych budzić może poważne zastrzeżenia co do zabezpieczenia sędziów przed ryzykiem nacisków ze strony ich przełożonych.

Pierwszy problem, jaki należy zaakcentować, omawiając konstrukcję dodatków funkcyjnych, to właśnie ogromna dyskrejonalna władza podmiotów powo-

lujących sędziów do pełnienia danej funkcji, skutkująca ryzykiem naruszenia niezawisłości sędziów. Obecnie obowiązująca regulacja powoływania do pełnienia funkcji nie przewiduje systemu konkursów, kryteriów porównawczych czy wymagań ustawowych, jakie muszą zostać spełnione przez sędziego, który ma objąć funkcję administracyjną. Wprawdzie przed powołaniem przewodniczącego wydziału prezes sądu winien zasięgnąć opinii kolegium sądu, zaś przed powołaniem prezesa lub wiceprezesa Minister Sprawiedliwości zasięga opinii zgromadzenia ogólnego sędziów sądu i prezesa właściwego sądu⁴⁴, niemniej jednak ustawa us্প nie stawia wymogu aby opinia właściwego organu miała charakter wiążący, a zatem możliwe jest arbitralne podjęcie decyzji w kwestii zarówno powołania jak i odwołania. Zważywszy że dodatki funkcyjne są istotnym składnikiem wynagrodzenia, nie trudno wyobrazić sobie możliwość wystąpienia nadużyć. Przy braku jasnych kryteriów, jakie winien spełniać sędzia dla objęcia danej funkcji, może zatem dochodzić do preferencyjnego traktowania sędziów, którzy z tych lub innych powodów zaskarbili sobie sympatię organu powołującego oraz dyskryminującego traktowania sędziów znajdujących się w gorszych stosunkach z nim. Jedynie od rozważ i charakteru osoby dokonującej powołania zależy w praktyce, czy wybór swój oprze na kryteriach jakości pracy, predyspozycji kierowniczych czy organizacyjnych kandydata, czy też wesprze finansowo kandydata lubianego, znajdującego się w trudnej sytuacji materialnej lub preferowanego z innych pozamerytorycznych pobudek. Od chwili powołania do pełnienia funkcji sędziego „funkcyjny” musi liczyć się z ryzykiem utraty funkcji i tym samym degradacji finansowej. Tym samym znowu pojawia się problem podporządkowania organowi powołującemu, które może przekroczyć granice niezawisłości.

⁴⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. 2001 nr 98 poz. 1070 z późn. zm – art. 23 §1 „Prezesa sądu apelacyjnego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu apelacyjnego, po zasięgnięciu opinii zgromadzenia ogólnego sędziów sądu apelacyjnego”, art. 23 §6 „Wiceprezesa sądu apelacyjnego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu apelacyjnego, na wniosek prezesa danego sądu apelacyjnego, po zasięgnięciu opinii kolegium tego sądu”, art. 24 §1 „Prezesa sądu okręgowego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu apelacyjnego albo sądu okręgowego, po zasięgnięciu opinii zgromadzenia ogólnego sędziów okręgu i opinii prezesa przełożonego sądu apelacyjnego”, art. 24 §3 „Wiceprezesa sądu okręgowego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu okręgowego albo sądu apelacyjnego, na wniosek prezesa danego sądu okręgowego, po zasięgnięciu opinii kolegium tego sądu i opinii prezesa przełożonego sądu apelacyjnego”, art. 25 §1 „Prezesa sądu rejonowego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu okręgowego albo sądu rejonowego, po zasięgnięciu opinii kolegium przełożonego sądu okręgowego i prezesa przełożonego sądu okręgowego”, art. 25 §3 „Wiceprezesa sądu rejonowego powołuje Minister Sprawiedliwości spośród sędziów sądu rejonowego albo sądu okręgowego na wniosek prezesa danego sądu rejonowego, po zasięgnięciu opinii kolegium przełożonego sądu okręgowego i prezesa przełożonego sądu okręgowego”.

Drugi problem związany z konstrukcją systemu dodatków funkcyjnych dotyczy niejasnego wskazania wysokości tych dodatków w *Rozporządzeniu Prezydenta...* O ile bowiem wynagrodzenie zasadnicze ustalane jest jako iloczyn kwoty bazowej określonej ustawą budżetową i mnożnika wskazanego dla każdego szczebla sądów w prezydenckim rozporządzeniu, o tyle wysokość dodatku funkcyjnego jest iloczynem kwoty bazowej i wartości procentowej ujętej w przedziale „od – do”⁴⁵. I tak np. przewodniczący wydziału w sądzie rejonowym otrzymuje dodatek w wysokości od 35 do 65% kwoty bazowej (w 2007 roku – od 511 zł do 949 zł), prezes sądu rejonowego otrzymuje dodatek od 60 do 100% kwoty bazowej (w 2007 roku – od 876 zł do 1459 zł) zaś prezes sądu okręgowego – od 80 do 200% kwoty bazowej (w 2007 roku – od 1168 zł do 2920 zł). Choć dodatek funkcyjny należny jest sędziemu automatycznie w chwili objęcia funkcji administracyjnej (por. uchwała SN z dnia 4 marca 1999 r., III ZP 2/99, OSNAPiUS 2000, nr 6 poz. 213) ustalenie, w jakiej wysokości zostanie przyznany dodatek funkcyjny, zależy wyłącznie od organu powołującego. Znowu więc pojawiają się zagrożenia wypływające z instrumentalnego potraktowania przepisów i sytuacji, w której w tym samym sądzie przewodniczący wydziałów otrzymują różne dodatki z tytułu pełnienia funkcji, warunkowane niejasnymi pobudkami, jakimi kierował się prezes sądu. Może też dochodzić do sytuacji absurdalnych, gdzie w dużym sądzie prezes wyznacza wysokość dodatków wedle jasnych, przyjętych i jawnych kryteriów, np. ilości spraw załatwianych przez dany wydział, i wynagradza swoich przewodniczących w zależności od ich sprawności organizacyjnej, zaś w innym sądzie, znacznie mniej obciążonym, wszyscy przewodniczący otrzymują dodatki funkcyjne w najwyższej możliwej wysokości. Ponieważ wartości procentowe wyznaczone w *Rozporządzeniu Prezydenta...* nachodzą na siebie w przypadku różnych funkcji, możliwe jest też wystąpienie sytuacji, gdy prezes danego sądu rejonowego będzie otrzymywał niższy dodatek funkcyjny od przewodniczącego wydziału w innym sądzie rejonowym. Pozostawienie organom powołującym sędziów do pełnienia określonych funkcji pełnej dowolności w wyznaczaniu wysokości dodatku funkcyjnego jest rozwiązaniem co najmniej nieodpowiedzialnym i sprzecznym z zaleceniami przejrzystości zróżnicowania wynagrodzeń, zawartymi w omawianej wyżej *Europejskiej Karcie Ustawowych Zasad Dotyczących*

⁴⁵ §3 *Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 maja 2003 roku w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów*, Dz.U. 2003 nr 83 poz. 761, w związku z załącznikiem do *Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 marca 2006 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów*, Dz. U. 2006 nr 58 poz. 399

Sędziów. Dla usunięcia niekorzystnych skutków obecnego stanu rzeczy Prezydent musiałby rozważyć możliwość uszczegółowienia rozporządzenia, np. poprzez wskazanie, że dany sędzia funkcyjny może otrzymywać dodatek w wysokości minimalnej, średniej lub maksymalnej, przy konkretnie sprecyzowanych: rozmiarze sądu, obciążeniu pracą, ilości podopiecznych etc. Utrzymywanie *status quo* może bowiem negatywnie oddziaływać na stosunki między sędziami w ramach sądu, wprowadzać patologię w stosunku sędziów do przełożonych i odwrotnie oraz godzić w ochronę niezawisłości sędziowskiej.

Trzeci problem związany z dodatkami funkcyjnymi to wypaczenie ich celu na skutek przerostu liczby stanowisk funkcyjnych w sądownictwie. Jak wskazałem wyżej, *Rozporządzenie Prezydenta...* wymienia 38 różnych funkcji, jakie może pełnić sędzia, poza szerzej omówionymi funkcjami prezesa, wiceprezesa sądu i przewodniczącego wydziału, są nimi funkcje takie jak rzecznik prasowy, zastępca przewodniczącego wydziału, kierownik sekcji, sędzia oddelegowany do pełnienia obowiązków w Ministerstwie Sprawiedliwości, sędzia pełniący funkcję patrona aplikanta sądowego lub konsultanta asesora sądowego i inne. Przy braku szczegółowego trybu wyboru najlepszego kandydata do pełnienia danej funkcji, a co za tym idzie – możliwości dokonywania arbitralnych decyzji kadrowych przez organ powołujący, a ponadto przy uwzględnieniu, że poza pewnymi wyjątkami sędzia może pełnić więcej niż jedną funkcję, dochodzi do sytuacji, w której organ powołujący dysponuje ogromnymi możliwościami wpływu na stan zarobków nadzorowanych administracyjnie sędziów. Ponadto ponownie poruszę kwestię funkcji prezesa i wiceprezesa sądu oraz przewodniczącego wydziału. Sądy – zorganizowane w wydziały zajmujące się poszczególnymi kategoriami spraw – muszą mieć pewną minimalną liczbę wydziałów, w przypadku sądu rejonowego i okręgowego jest ich pięć, zaś sądu apelacyjnego – 3⁴⁶, zaś każdy wydział musi mieć swojego przewodniczącego, który otrzymuje dodatek funkcyjny. Dochodzi tym samym do sytuacji, w której w małym sądzie większość lub nawet wszyscy sędziowie pełnią jakieś funkcje organizacyjne i otrzymują stosowne dodatki, podczas gdy w sądzie dużym odsetek sędziów funkcyjnych jest nieznaczny. Przykładowo Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy dzieli się na 20 wydziałów i zatrudnia 182 sędziów, spośród których 40 pełni funkcje administracyjne zaś 142 zajmuje się wyłącznie pracą orzeczniczą, podczas gdy Sąd Rejonowy w Bytowie dzieli się na 5 wydziałów,

⁴⁶ W sądzie rejonowym muszą znajdować się: wydział cywilny, karny, rodzinny i nieletnich, pracy, ksiąg wieczystych – art. 12 §1 usp, w sądzie okręgowym: wydział cywilny, karny, penitencjarny i nadzoru nad wykonywaniem orzeczeń, pracy, gospodarczy – art. 16 §1 usp, w sądzie apelacyjnym: wydział cywilny, karny, pracy i ubezpieczeń społecznych – art. 18 §1 usp.

zatrudnia 5 sędziów i wszyscy oni pełnią funkcje administracyjne⁴⁷. Przykład ten jest raczej regułą niż wyjątkiem. Zwieńczeniem problemu jest fakt, że ilość obowiązków sędziów pełniących funkcje administracyjne w sądach dużych jest oczywiście większa niż w sądach małych. Ponadto stopień skomplikowania spraw w sądach wielkomiejskich jest oczywiście wyższy, a zatem sędziowie muszą wykazywać się lepszym przygotowaniem, czyli poświęcać więcej czasu na doskonalenie zawodowe niż ich koledzy z małych sądów, zarabiający lepiej dzięki przerostowi funkcji sądowniczych.

Podsumowując, obecny system uregulowania dodatków funkcyjnych dla sędziów wymaga działań naprawczych. W swoim obecnym kształcie stwarza potencjalne zagrożenia dla niezawisłości sędziów. Dodatki funkcyjne określone zostały w sposób nieprzejrysty i nieprecyzyjny, a brak ustawowych mechanizmów kontrolnych prowadzi do możliwości dowolnej interpretacji i nadużyć, zarówno w kwestii powołania sędziego do pełnienia funkcji, jak też ustalania wysokości jego dodatku, stanowiącego istotną część wynagrodzenia. Istnienie organów posiadających pełnię władzy w zakresie powołań na stanowisko jak i wyznaczania wysokości dodatków, może stwarzać niezdrową atmosferę zabiegania przez sędziów o względy decydenta, a w skrajnych wypadkach do naruszania zasady niezawisłości sędziowskiej. Ponadto przerost ilości funkcji sądowniczych prowadzi do wypaczenia roli dodatku, który może stać się bardziej sposobem zwiększenia wynagrodzenia niż zapłatą za wykonywanie ponadnormatywnych obowiązków. Ostatecznie, co wykazałem, opisując ostatni problem związany z dodatkami funkcyjnymi, powodują one – w obecnym kształcie, że dochodzi do niesprawiedliwego wynagradzania sędziów w skali kraju, gdzie sędziowie mniej obciążeni pracą otrzymują wyższe wynagrodzenie od sędziów bardziej obciążonych. Taki stan rzeczy wymaga naprawy poprzez szereg działań zarówno ustawodawczych jak i organizacyjnych. Ustawodawca winien skupić się na stworzeniu jasnych i jednoznacznych kryteriów powoływania do pełnienia funkcji oraz przyznawania dodatków funkcyjnych. Działania organizacyjne zaś winny zmierzać ku opanowaniu sytuacji związanej z przerostem funkcji sądowniczych, np. poprzez eliminację stanowiska wiceprezesa w niewielkich sądach, lub powoływanie dla kilku mało obciążonych wydziałów jednego przewodniczącego.

2.d. Inne czynniki wpływające na wysokość wynagrodzenia sędziów

Omówione wyżej: wynagrodzenie zasadnicze, dodatki stażowe i dodatki funkcyjne nie są jedynymi elementami wynagrodzenia sędziów. Pozostałe czynniki

⁴⁷ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości za 2007 rok, nie publikowane.

warunkujące faktyczną wysokość wynagrodzeń to także nagrody jubileuszowe, dodatkowe wynagrodzenie roczne („trzynastka”), wyłączenie sędziów spod obowiązku odprowadzania od wynagrodzenia składek na ubezpieczenie społeczne. Zarówno nagrody jubileuszowe, określone w art. 92 *usp*, jak i dodatkowe wynagrodzenie roczne, wynikające z przepisów *ustawy z dnia 12 grudnia 1997 roku o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej ze zmianami*⁴⁸; nie rodzą zastrzeżeń w kontekście ochrony niezawisłości sędziów przed instrumentalnym wykorzystaniem przepisów prawa. Obydwie gratyfikacje mają charakter automatyczny i uzależnione są od upływu czasu przepracowanego w ramach piastowania urzędu sędziowskiego. Podobnie, rozwiązaniem pozbawionym kontrowersji jest wyłączenie sędziego z obowiązku odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne. Wynika ono ze szczególnego – konstytucyjnego usytuowania sędziego, który mianowany jest dożywotnio, a zatem po zakończeniu aktywności zawodowej przechodzi w stan spoczynku i pobiera wynagrodzenie nie będące emeryturą. Skoro więc sędzia nie korzysta ze świadczeń emerytalnych, nałożenie nań obowiązku odprowadzania składek na przyszłą emeryturę byłoby działaniem nie posiadającym podstaw.

3. Plany naprawcze

Wspomniana już, bezprecedensowa fala niezadowolenia i protestów środowiska sędziowskiego, które od 2007 coraz głośniejsze domaga się zmian w zasadach wynagradzania, doprowadziła do podjęcia przez Ministerstwo Sprawiedliwości działań mających na celu naprawę istniejącego stanu rzeczy. W dniu 20 listopada 2007 roku Rada Ministrów przyjęła przygotowany przez Ministerstwo projekt *ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw*⁴⁹ (dalej: „projekt ustawy o zmianie *usp*”), i skierowała go do Sejmu. Niezależnie od tego, że uchwalenie projektu nie jest przesądzone, zaś nawet w przypadku uchwalenia ostateczne brzmienie ustawy zwykle odbiega od wersji skierowanej przez projektodawcę, warto poświęcić projektowi uwagę, ponieważ zawiera on propozycje zasadniczych zmian mogących korzystnie wpłynąć na problematykę wynagrodzeń sędziowskich.

Najważniejsza zmiana zamierzona przez projektodawcę, dotyczy zerwania z systemem wyliczania wynagrodzenia w oparciu o kwoty bazowe. Zamiast nich proponuje się wyliczanie wysokości wynagrodzenia jako iloczynu średniego przeciętnego wynagrodzenia w drugim kwartale roku poprzedniego, ogłaszane

⁴⁸ Dz.U. 1997 Nr. 160 poz. 1080 ze zm.

⁴⁹ Projekt *ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, dostępny na: <http://www.ms.gov.pl/projekty/proj081005b.rtf>

w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego i określonego ustawowo mnożnika właściwego dla sędziów sądów danego szczebla. Jednocześnie projektowany przepis art. 91 §1d stanowi o zakazie zmniejszania wysokości wynagrodzeń w przypadku zmniejszenia się wysokości średniego wynagrodzenia w stosunku do roku poprzedniego. Obydwie zmiany należy uznać za korzystne. Uzależnienie wysokości wynagrodzeń i ich wzrostu od faktycznego stanu dochodów w gospodarce krajowej, stanowiłoby obiektywne kryterium, niezależne od woli politycznej i dyskrecjonalności władzy wykonawczej. Ponadto mechanizm ustalania wysokości wynagrodzeń stałby się przejrzysty, automatyczny i niezależny od corocznych batalii budżetowych. Podobnie korzystnie ocenić należy przeniesienie kompetencji Prezydenta w zakresie ustalania wysokości mnożników wynagrodzenia zasadniczego (art. 91 §8 usp) na władzę ustawodawczą. Określenie mnożników w akcie rangi ustawy, oznacza większą kontrolę i bezpieczeństwo w przypadku wystąpienia politycznych tendencji skierowanych przeciwko trzeciej władzy. W odniesieniu do zakazu obniżania wynagrodzeń, wynikającego z projektowanego przepisu art. 91 §1d, zauważyć należy, że pozostaje on niekompletny. O ile spadek wysokości wynagrodzeń w gospodarce krajowej, nie wpłynie niekorzystnie na wynagrodzenia sędziów, o tyle ustawodawca pozostanie w posiadaniu swobody w określaniu mnożników wynagrodzenia (w tym zmniejszaniu ich) tak długo, jak długo zakaz zmniejszania wynagrodzeń nie znajdzie należnego mu miejsca w Konstytucji.

Kolejna grupa zmian, dotyczy dodatku funkcyjnego. W tym zakresie projektodawca przedstawił propozycję, którą trudno oceniać w braku projektu rozporządzenia wykonawczego. Najistotniejszą proponowaną zmianą o charakterze ustrojowym, ma być przesunięcie kompetencji w zakresie ustalania wysokości dodatków funkcyjnych z Prezydenta na Radę Ministrów. W uzasadnieniu projektu trudno jednak doszukać się konieczności dokonywania takiej zmiany. Projektodawca jako przyczynę wskazuje, że to Radzie Ministrów (poprzez Ministra Sprawiedliwości) spoczywa konstytucyjna odpowiedzialność za działalność administracyjną sądów z zastrzeżeniem pełnego poszanowania zasady niezawisłości sędziowskiej⁵⁰. Powyższe uzasadnienie zdaje się pomijać, że Prezydent także ponosi odpowiedzialność konstytucyjną, a czuwanie nad przestrzeganiem *Konstytucji* (w tym ochrony niezawisłości i statusu materialnego sędziów) należy zgodnie z przepisem art. 126 ust. 2 *Konstytucji* do jego podstawowych obowiązków. Przesunięcie uprawnień prezydenckich na Radę Ministrów może także grozić większym upolitycznieniem zagadnienia wynagrodzeń sędziowskich, bowiem rząd

⁵⁰ Ibidem – uzasadnienie s. 1.

– ze swej natury – bardziej poddany jest skutkom politycznych zawieruch. Jak już nadmieniałem, brak projektu rozporządzenia wykonawczego uniemożliwia ocenę planowanej reformy. Zaznaczyć należy, że projektowane zmiany ustawowe nie odnoszą się do największych problemów związanych z dodatkami funkcyjnymi, wskazanych powyżej.

V. Wynagrodzenia sędziów – rzeczywistość

Omówiwszy polskie regulacje prawne, odnoszące się do wynagrodzeń sędziowskich, warto przyrzeć się, jak litera prawa przekłada się na rzeczywistość, a zatem jak wynagrodzenie ujęte w formie liczbowej realizuje konstytucyjne i ustawowe wymagania. Jak zaznaczyłem wyżej, rola wynagrodzeń sędziowskich jest wielopłaszczyznowa. Sama konstrukcja wynagrodzenia powinna stanowić realizację zasady równowagi i podziału władz oraz stanowić jeden z elementów ochrony niezawisłości sędziów. Jego wysokość zaś powinna zapewniać niezależność materialną, przeciwdziałać korupcji (choć to zagadnienie byłbym bardziej skłonny łączyć z właściwościami osobistymi sędziego raczej niż z jego dochodami) i budować obraz silnego wymiaru sprawiedliwości. Ponadto różnice między wysokościami w zarobkach sędziów sądów różnych szczebli powinny motywować sędziów do rzetelnej i wytężonej pracy celem podążania drogą kariery zawodowej, związanej z awansem finansowym. Abstrahując od niemożności udowodnienia prostej zależności pomiędzy dochodami a stopniem niezawisłości, nie ulega wątpliwości, że rola wynagrodzenia sędziowskiego jest istotna zarówno dla samych sędziów jak i dla społecznej percepcji tej grupy zawodowej.

Według danych Głównego Urzędu Statystycznego przeciętne miesięczne wynagrodzenie w gospodarce narodowej w 2006 roku wyniosło 2.477,23 złotych⁵¹. Przygotowana w 2006 roku *Ustawa budżetowa na 2007 rok* w powiązaniu z *Rozporządzeniem Prezydenta...*, ukształtowała wynagrodzenia sędziów w sposób uwidoczniony w poniższej tabeli. Jednocześnie w polach w kolorze szarym zaznaczono jak mogłyby wyglądać dochody sędziów w przypadku uchwalenia w obecnym brzmieniu rządowego projektu ustawy o zmianie usp.

⁵¹ Źródło: Główny Urząd Statystyczny – Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w gospodarce narodowej w złotych w latach 1950–2006, www.stat.gov.pl

Tabela 1.

Wynagrodzenia miesięczne brutto asesorów i sędziów sądów powszechnych w 2007 roku (zaokrąglone do pełnego złotego)

Objaśnienia:

- I – wynagrodzenie podwyższone do pierwszej stawki awansowej (art. 91 §3 usp)
 - II – wynagrodzenie podwyższone do drugiej stawki awansowej (art. 91 §4 usp)
 - III – wynagrodzenie podwyższone do trzeciej stawki awansowej zgodnie z rządowym projektem zmiany ustawy usp.
- Kolor szary wskazuje wysokości wynagrodzeń projektowane w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵².

	Asesor sądowy	Sędzia Sądu Rejonowego		Sędzia Sądu Okręgowego		Sędzia Sądu Apelacyjnego	
wynagrodzenie zasadnicze	4.489	4.817	6.050	5.693	6.965	6.715	8.116
	nie dotyczy	I - 5.154	I - 6.404	I - 6.092	I - 7.378	I - 7.185	I - 8.618
	nie dotyczy	II - 5.540	II - 6.729	II - 6.547	II - 7.821	II - 7.722	II - 9.208
	nie dotyczy		III - 6.965		III - 8.116		III - 9.533
sędzia pełniący funkcję przewodniczącego wydziału	5.000 – 5.438	5.328 – 5.766		6.569 – 7.153		7.591 – 8.175	
	nie dotyczy	I – 5.664 – 6.102		I – 6.968 – 7.552		I – 8.061 – 8.645	
	nie dotyczy	II – 6.050 – 6.488		II – 7.423 – 8.007		II – 8.598 – 9.182	
sędzia pełniący funkcję wiceprezesa sądu	nie dotyczy	5.473 – 5.766		6.715 – 7.883		7.737 – 8.905	
	nie dotyczy	I – 5.811 – 6.249		I – 7.114 – 8.282		I – 8.207 – 9.375	
sędzia pełniący funkcję prezesa sądu	nie dotyczy	II – 6.197 – 6.635		II – 7.569 – 8.737		II – 8.744 – 9.912	
	nie dotyczy	5.693 – 6.277		6.861 – 8.613		7.783 – 9.635	
	nie dotyczy	I – 6.030 – 6.614		I – 7.260 – 9.012		I – 8.353 – 10.105	
	nie dotyczy	II – 6.416 – 7.000		II – 7.715 – 9.467		II – 8.890 – 10.642	

Tabela nr 1 zawiera uproszczoną siatkę płac, ograniczoną jedynie do wynagrodzenia zasadniczego w stawce podstawowej, stawce pierwszej awansowej, stawce drugiej awansowej (vide – dodatki stażowe) oraz projektowanej stawce trzeciej awansowej, wraz z uwzględnieniem najpowszechniej występujących dodatków funkcyjnych. Ze względu na chęć zachowania przejrzystości przykładowych wynagrodzeń sędziowskich, tabela nie uwzględnia takich elementów jak dodatek za długoletnią pracę, nagrody jubileuszowe, „trzynastki”, pozostałe dodatki funkcyjne itd.

⁵² Źródło: op. cit. projekt ustawy o zmianie ustawy... – uzasadnienie.

Stosunek wynagrodzeń sędziowskich w stawce podstawowej do średnich zarobków w gospodarce narodowej w 2006 roku wynosił: dla sędziego sądu rejonowego – 1,9, dla sędziego sądu okręgowego – 2,3, zaś dla sędziego sądu apelacyjnego – 2,7. Liczne próby odniesienia się do tego, czy zarobki w takich wysokościach są zbyt niskie, odpowiednie czy też może zbyt wysokie, nie przyniosły dotychczas skutku. Zarówno doktryna jak i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego powstrzymało się od karkołomnej próby wyliczenia, jaka kwota w istocie stanowić będzie realizację konstytucyjnej zasady wynagradzania sędziów stosownie do godności urzędu i zakresu obowiązków. Niemniej jednak w odniesieniu do stanu obecnego, uwidocznionego w tabeli nr 1, można pokusić się o uwagi krytyczne.

Wynagrodzenia sędziów sądów powszechnych wszystkich szczebli przewyższają wysokość średniego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej. Abstrahując od kwestii, czy są one wystarczająco wyższe od wynagrodzeń średnich, można stwierdzić, że takie usytuowanie zarobków sędziowskich jest co do zasady nie tylko słuszne, ale i oczywiste, skoro ustrojodawca w szczególny sposób zaznaczył ich rangę. Jednakże analiza wewnętrznych relacji wynagrodzeń w ramach różnych szczebli sądownictwa i różnych, powszechnie występujących funkcji administracyjnych, daje podstawy do postawienia kilku zarzutów.

Przede wszystkim zauważyć należy, że *Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych* w art. 91 §1 *in fine*, nakłada na podmioty ustalające wynagrodzenia obowiązek, aby wynagrodzenie zasadnicze w stawce podstawowej wynosiło co najmniej 120% wynagrodzenia zasadniczego w stawce podstawowej dla bezpośrednio niższego stanowiska sędziowskiego. Przepis ten jest naturalną konsekwencją wprowadzenia systemu „kariery sędziowskiej”, dla której motywacją ma być między innymi zwiększające się wynagrodzenie przy awansie do sądu wyższego rzędu. Obecne uregulowania pokazują w praktyce, że dyspozycja art. 91 §1 *in fine* nie jest przestrzegana, bowiem wynagrodzenie zasadnicze w stawce podstawowej sędziego sądu okręgowego stanowi 118% wynagrodzenia sędziego sądu rejonowego, zaś wynagrodzenie zasadnicze w stawce podstawowej sędziego sądu apelacyjnego wynosi 117% wynagrodzenia sędziego sądu okręgowego.

Poza oczywistym naruszeniem przepisu ustawy, Prezydent, jako organ odpowiedzialny za ustalanie wysokości mnożników kwoty bazowej, zdaje się ignorować cel, jakiemu przyświecało wprowadzenie omawianego przepisu ustawy. O ile przyjmiamo, że przykładowy sędzia nie pełni żadnej funkcji w ramach sądu, posiada on motywację finansową do awansowania do sądu wyższego rzędu (np. przy awansowaniu z sądu rejonowego do sądu okręgowego zarobki w stawce podstawowej ulegną podwyższeniu o ponad 800 złotych, w pierwszej stawce awansowej – o ponad 900 zł, zaś w drugiej stawce awansowej o ponad 1000 złotych.) Zważywszy jednak na przerost ilości funkcji sądowniczych oraz konieczną przy

obecnym kształcie sądownictwa obsadę stanowisk przewodniczących wydziałów, wiceprezesów i prezesów sądów, istnieje ogromna rzesza sędziów „funkcyjnych”. W ich przypadku motywacja finansowa do awansowania spada wprost proporcjonalnie do rangi pełnionej funkcji. Jeśli bowiem przewodniczący wydziału w sądzie okręgowym po ponad dziesięciu latach piastowania urzędu sędziego (2 stawka awansowa) zarabia 8.007 złotych, jego awans do sądu apelacyjnego (gdzie jako nowy sędzia nie będzie pełnił przez pewien okres żadnej funkcji) wiąże się z utratą niemal 300 złotych dochodu. Co, zważywszy na wzrost skomplikowania spraw, jakie przyjdzie mu rozpoznawać w sądzie wyższego rzędu, jest rozwiązaniem nie znajdującym logicznego uzasadnienia. Równie wątpliwą jest regulacja w odniesieniu do wiceprezesów i prezesów sądów, którzy w przypadku awansowania np. z sądu rejonowego do sądu okręgowego (ponownie związane jest to z czasowym nie pełnieniem żadnej funkcji), przy 1 stawce awansowej stracą odpowiednio ok. 200 złotych i 500 złotych przy 2 stawce awansowej. Kuriozalnym wręcz rozwiązaniem jest takie uregulowanie różnic między wynagrodzeniami w sądach różnych szczebli, że wynagrodzenia sędziów pełniących funkcję prezesa w sądzie rejonowym nachodzą na wynagrodzenia sędziów sądu apelacyjnego a zatem o dwa rzędy wyższego. Tym samym obecne uregulowanie przepisów *Rozporządzenia Prezydenta...* wymaga dokonania zmian, nie tylko wynikających z łamania przepisu art. 91 §1 in fine usp, ale także związanych z wypaczeniem celu, jaki pragnął osiągnąć ustawodawca, wprowadzając system kariery sędziowskiej motywowany zwiększeniem wynagrodzenia. Poza omówieniem pozostawiam wynagrodzenia asesorów sądowych w sądach rejonowych, bowiem stanowisko to, jako stanowisko pełnione czasowo, nie wchodzi w zagadnienie chęci, woli czy motywacji do awansowania. Asesorzy orzekający w sądach rejonowych i przyjmujący wynagrodzenie niższe od zarobków sędziów sądów rejonowych, zmotywowani są do wyteżonej pracy w przeważającej mierze koniecznością uzyskania mianowania sędziowskiego, którego nie uzyskanie oznacza utratę pracy. Tym samym ich wynagrodzenia stanowią kwestię trzeciorzędną przy analizowaniu motywacji do awansowania.

Odnosząc się do planów rządowego projektu ustawy o zmianie usp, zauważyć należy, że nastąpić dzięki niemu może znaczna poprawa gdy idzie o wysokość zarobków. Niemniej jednak jak łatwo zauważyć w powyższej tabeli, nakładanie się wysokości wynagrodzeń sędziów sądów niższego rzędu w trzeciej stawce awansowej na wynagrodzenia zasadnicze sędziów sądów wyższego rzędu, nie rozwiąże problemu „ujemnej motywacji finansowej” do awansowania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wynagrodzenia sędziów zwiększone o dodatki funkcyjne, nakładać się będą na wynagrodzenia sędziów sądów wyższego rzędu.

Kolejnym zagadnieniem, jakie warto poruszyć, omawiając wynagrodzenia sędziów w ujęciu kwotowym, to usytuowanie polskich sędziów wśród wszystkich sędziów Unii Europejskiej. W 2006 roku Europejska Komisja ds. Skuteczności Wymiaru Sprawiedliwości (CEPEJ)⁵³ przy Radzie Europy wydała opracowanie *Europejskie Systemy Sądownicze*⁵⁴, zawierające szerokie spektrum danych na temat systemów wymiaru sprawiedliwości w krajach europejskich w roku 2004. Zakres opracowania objął również wynagrodzenia sędziów. Ponieważ państwa europejskie charakteryzują się znacznym zróżnicowaniem gospodarczym, politycznym i społecznym dla potrzeb niniejszego artykułu odniosę się do części danych poświęconych państwom członkowskim Unii Europejskiej, które, respektując podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa, harmonizując przepisy w kwestiach gospodarczych i prowadząc współpracę w sprawach sądowych, winny reprezentować niezbyt zróżnicowany poziom rozwoju w odniesieniu do ustrojowego i ekonomicznego statusu sędziów. Zważywszy że artykuł niniejszy nie obejmuje swoim zakresem analizy statusu materialnego sędziów Sądu Najwyższego, w powołanym zaś opracowaniu analizie poddani zostali sędziowie zawodowi pierwszej instancji oraz sędziowie Sądu Najwyższego lub sądu ostatniej instancji odwoławczej, omówienie porównawcze statusu finansowego sędziów ograniczy się jedynie do sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji.

Tabela 2.

Wynagrodzenia średnioroczne brutto sędziów⁵⁵ w krajach Unii Europejskiej w 2004 roku

Państwo	Średnioroczne wynagrodzenie brutto	Średnioroczne wynagrodzenie brutto początkującego sędziego zawodowego pierwszej instancji	W stosunku do średniorocznego wynagrodzenia brutto	Średnioroczne wynagrodzenie brutto sędziego Sądu Najwyższego lub ostatniej instancji odwoławczej	W stosunku do średniorocznego wynagrodzenia brutto
Austria	38 640 €	41 301 €	1,1	100 180 €	2,6
Belgia	31 992 €	51 187 €	1,6	93 658 €	2,9
Bułgaria	2 417 €	4 140 €	1,7	10 644 €	4,4
Cypr	11 700 €	30 449 €	2,6	54 123 €	4,6

⁵³ Commission européenne pour l'efficacité de la justice

⁵⁴ *European Judicial Systems – edition 2006*, Council of Europe, Brussels 2006.

⁵⁵ Źródło: *European Judicial Systems – edition 2006*, Council of Europe, Brussels 2006, s. 120

Czechy	6 783 €	16 344 €	2,4	37 464 €	5,5
Dania	b.d.	83 000 €	b.d.	118 000 €	b.d.
Estonia	5 588 €	20 620 €	3,7	28 353 €	5,1
Finlandia	33 000 €	50 000 €	1,5	105 000 €	3,2
Francja	38 921 €	49 095 €	1,3	158 561 €	4,1
Niemcy	39 815 €	38 829 €	1,0	86 478 €	2,2
Grecja	16 776 €	b.d.	b.d.	56 400 €	3,4
Węgry	6 984 €	20 729 €	3,0	34 426 €	4,9
Irlandia	27 780 €	125 563 €	4,5	198 942 €	7,2
Włochy	22 254 €	34 582 €	1,6	112 903 €	5,1
Łotwa	3 600 €	8 552 €	2,4	16 740 €	4,7
Litwa	4 024 €	14 316 €	3,6	32 449 €	8,1
Luksemburg	39 587 €	68 880 €	1,7	113 285 €	2,9
Malta	11 644 €	26 548 €	2,3	31 235 €	2,7
Holandia	30 642 €	65 000 €	2,1	110 000 €	3,6
Polska	6 218 €	11 633 €	1,9	37 217 €	6,0
Portugalia	13 492 €	32 272 €	2,4	77 583 €	5,8
Rumunia	2 423 €	4 056 €	1,7	18 894 €	7,8
Słowacja	4 997 €	17 632 €	3,5	24 132 €	4,8
Słowenia	13 565 €	22 260 €	1,6	48 260 €	3,6
Hiszpania	25 060 €	46 412 €	1,9	108 549 €	4,3
Szwecja	31 906 €	23 364 €	0,7	88 416 €	2,8
Anglią z Walią (ZK) ⁵⁶	36 900 €	150 135 €	4,1	265 390 €	7,2
Irlandia Północna (ZK)	31 061 €	181 181 €	5,8	253 001 €	8,1
Szkocja (ZK)	33 500 €	167 275 €	5,0	253 559 €	7,6

Przy wstępnej analizie tabeli 2 uwagę zwraca przede wszystkim szczególnie wysoki status materialny sędziów Wielkiej Brytanii i Irlandii. Przy średnich dochodach ludności, pozostających na poziomie innych wiodących gospodarczo państw UE, sędziowie brytyjscy i irlandzcy posiadają kilkakrotnie wyższe uposa-

⁵⁶ W opracowaniu *European Judicial Systems...* w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, zastosowano podział na dane z Anglii i Walii, Szkocji oraz Irlandii Północnej, bowiem system prawny Wielkiej Brytanii oraz wymiar sprawiedliwości jest zróżnicowany w zależności od tych regionów.

żenia od ich europejskich kolegów. Tak niezwykła sytuacja spowodowana jest wieloma czynnikami natury historycznej i ustrojowej. Wielka Brytania posiada stosunkowo niewielką liczbę sędziów zawodowych. W kraju tym tradycyjnie w pierwszej instancji spory rozpoznawane są przez sędziów nieprofesjonalnych (*lay magistrates*), czyli obywateli bez wykształcenia prawniczego, którzy po krótkim kursie z zakresu prawa, nieodpłatnie rozpoznają obecnie około 90% spraw. Dzięki sprawnie działającej maszynie składającej się z około 30.000 nieprofesjonalnych sędziów, liczba korpusu sędziów zawodowych ograniczona jest do sędziów sądów wyższych szczebli, których w 1970 roku było jedynie 288 a obecnie jest niecałe 3000⁵⁷. Tak nieliczna kadra sędziowska może być wynagradzana lepiej niż kilkukrotnie większe korpusy sędziowskie w Europie kontynentalnej. Jednak sama liczebność to najmniej ważny powód wysokich dochodów. Wiele istotniejszy aspekt to *quasi*-prawotwórcze uprawnienia sędziów, których orzeczenia mogą zyskiwać status precedensów wiążących sądy niższe w podobnych sprawach. Ponadto kraje anglosaskie z Wielką Brytanią na czele, posiadają szczególny system naboru do zawodu, gdzie o powołanie na urząd sędziowski mogą starać się jedynie najlepsi i najbardziej doświadczeni prawnicy. Oczywistym jest zatem, że wynagrodzenia sędziowskie muszą stanowić rekompensatę za utracone, bardzo wysokie honoraria prawnicze. Z powyższych względów, przy porównywaniu wynagrodzeń sędziowskich w Europie, kraje systemu *common-law* należy wyjąć poza nawias z uwagi na specyficzne uwarunkowania.

Na tle europejskim pozycja polskich sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji – sędziów sądów rejonowych prezentuje się źle. Bazując na kwotach wynagrodzeń, polscy sędziowie sądów rejonowych znaleźli się w ogonku unijnym, wyprzedzając jedynie kolegów z Łotwy oraz z nowoprzyjętych państw – Bułgarii i Rumunii, mimo że podobne wynagrodzenia średnie w gospodarce krajowej mają także Czechy, Węgry, Słowacja, Litwa i Estonia. Fakt ten jest istotny, choć analiza zarobków sędziów w oparciu o kwoty bezwzględne nie jest dobrym sposobem oceny sytuacji. Różnice w gospodarkach narodowych państw unijnych powodują, że rozwarstwienie dochodów sędziów jest zupełnie zrozumiałe. Tym samym bardziej miarodajnym czynnikiem, jaki należałoby wziąć pod uwagę przy dokonywaniu porównania, jest stosunek wysokości wynagrodzenia sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji do średniego wynagrodzenia w gospodarce krajowej. Ta metoda uwzględnia bowiem zróżnicowanie gospodarcze i poddana jest prawidłom wolnego rynku (średnie wynagrodzenia w gospodarce krajowej, w przeciwieństwie do wynagrodzeń sędziowskich, nie są ustalane przez legislatywę

⁵⁷ Op. cit. Kate Malleson, *The New Judiciary...*, s. 1.

czy egzekutywę). Wszystkie kraje Unii Europejskiej, poza Szwecją, w 2004 roku ustalały wynagrodzenia sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji powyżej średnich zarobków krajowych (tylko w Szwecji wynagrodzenie sędziowskie stanowiło 0,6 wynagrodzenia średniego). Pośród nich można wyróżnić trzy wiodące grupy: a) państw najbogatszych, z bardzo wysokimi zarobkami średnimi, które stosowały dla zarobków sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji współczynnik wynoszący około 1,0 – 1,9 wynagrodzenia średniego (Austria, Niemcy, Francja, Belgia), b) państw o dobrej sytuacji gospodarczej, acz zarobkach średnich niższych od tych występujących w państwach najbogatszych, które stosowały dla zarobków sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji współczynnik wynoszący około 2,0 – 2,9 wynagrodzenia średniego (Hiszpania, Portugalia, Cypr, Malta, Holandia), c) państw w najgorszym położeniu gospodarczym, o zarobkach średnich kilkukrotnie niższych od zarobków w państwach grupy a) i b), które stosowały dla zarobków sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji współczynnik wynoszący ponad 3,0 wynagrodzenia średniego (Węgry, Słowacja, Litwa). Wyjątkiem od opisanej wyżej reguły jest kilka państw (w tym wspomniane wyżej Irlandia i Zjednoczone Królestwo), które przy dobrej lub bardzo dobrej sytuacji gospodarczej traktuje początkujących sędziów szczególnie preferencyjnie, wyznaczając wynagrodzenia na poziomie drastycznie wyższym od pozostałych państw UE. Zaistnienie w sektorze całkowicie nieskoordynowanym w ramach unii i zależnym wyłącznie od państwa, jakim jest ustalanie wynagrodzeń sędziów, powyższej zależności świadczy o generalnej tendencji do ponadprzeciętnego i bardzo dobrego usytuowania materialnego sędziów. W tym zakresie Polska prezentuje się bardzo słabo, gdyż, należąc do państw o najniższych dochodach ludności, a zatem do grupy c) z powyższego rozróżnienia, stosuje dla ustalania wynagrodzeń sędziów sądów rejonowych współczynnik 1,7, stosowany przez państwa najbogatsze, w których wysokość dochodów średnich umożliwia stosowanie tak niskiego współczynnika. Wprawdzie możliwość nagłego podwyższenia wynagrodzeń sędziów do współczynnika rzędu 3,0 (oznaczałoby to prawie osiemdziesięcioprocentowe podwyżki), wydaje się niemożliwe do szybkiego przeprowadzenia, niemniej jednak pozostawianie przy *status quo* jest rozwiązaniem niedopuszczalnym.

VI. Oczekiwanie sędziów w zakresie wynagrodzeń

Dane użyte przy omawianiu oczekiwań płacowych sędziów sądów powszechnych, pochodzą z badania przeprowadzonego metodą ankiety pocztowej, przeprowadzonego przez autora artykułu w połowie 2007 roku na próbie 687

sędziów i asesorów, dobranych losowo⁵⁸. Podział ankiet zakładał uzyskanie reprezentatywnych odpowiedzi ze strony sędziów sądów każdego rzędu, poprzez dokonanie odpowiedniego podziału ankiet pomiędzy sądy danego rzędu, z uwzględnieniem różnic w liczebności sędziów w poszczególnych sądach jak i sądach danego rzędu. W roku 2005 w Polsce zatrudnionych było ok. 9800 sędziów i asesorów, z czego w 310 sądach rejonowych – ponad 6800 sędziów i asesorów, w 43 sądach okręgowych ponad 2500 sędziów zaś w 10 sądach apelacyjnych ponad 400 sędziów⁵⁹. Ankiety zostały wysłane do 1257 sędziów, z czego 90 do 9 wylosowanych sądów apelacyjnych, 311 do 18 wylosowanych sądów okręgowych i 856 do 103 wylosowanych sądów rejonowych. Współczynnik zwrotu wyniósł ogółem 54,7% (687 ankiet), z czego z sądów apelacyjnych 51,1% (46 ankiet), z sądów okręgowych 41,2% (128 ankiet) zaś z sądów rejonowych 59,9% (513 ankiet w tym 112 od asesorów sądowych). Tym samym udzielone odpowiedzi stanowią miarodajne źródło informacji o opiniach asesorów i sędziów sądów różnego rzędu w zakresie wynagrodzeń. Poniższa analiza opinii sędziów na temat wynagrodzeń ma za zadanie uwidocznć, jak przepisy Konstytucji, ustawodawstwa zwykłego i dorobek organizacji międzynarodowych w zakresie pozycji materialnej sędziów, odbierane są w praktyce przez bezpośrednio zainteresowanych. Wyniki analizy mogą być istotnym źródłem informacji dla podmiotów zainteresowanych poprawą stanu polskiego wymiaru sprawiedliwości.

1. Oczekiwania w zakresie wysokości wynagrodzeń

Tabela nr 3 (strona obok) przedstawia, ujętą w formie średniej ważonej, odpowiedź na pytanie o oczekiwania zarobkowe asesorów i sędziów sądów powszechnych. Wynika z niej, przy pobieżnej analizie, że sędziowie nie są usatysfakcjonowani z otrzymywanych zarobków, a ich oczekiwania płacowe znacząco przewyższają stan obecny (vide: tabela 1.)

Oczekiwania asesorów sądowych stanowią dwukrotność obecnie otrzymywanych wynagrodzeń, zaś sędziów sądów rejonowych, okręgowych i apelacyjnych – ponad dwukrotność (i niemal dwukrotność wynagrodzeń proponowanych w rządowym projekcie o zmianie ustawy *usp*). Choć tak wygórowane, na pierwszy rzut oka, oczekiwania mogą zdawać się nierealne i nieuzasadnione, zwrócić należy uwagę na kilka aspektów. Po pierwsze oczekiwane wynagrodzenia mieszczą się w siatce płac urzędników zajmujących kierownicze stanowiska państwowe

⁵⁸ Losowanie warstwowe, dwustopniowe z alokacją proporcjonalną do wielkości warstwy. Warstwy stanowiły sądy poszczególnych stopni, pogrupowane według liczby zatrudnionych sędziów.

⁵⁹ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości w 2007 roku, nie publikowane.

Tabela 3.

Oczekiwaniami płacowe sędziów

Jaką kwotę uznał(a) by Pani/Pan za odpowiednią jako wynagrodzenie brutto za wykonywaną przez Panią/Pana pracę? (poniższe kwoty stanowią średnią ważoną udzielonych odpowiedzi)		
Asesorzy sądowi	8.954 PLN	UWAGI: 56% asesorów wskazało kwoty od 5 do 8 tys zł.
Sędziowie sądu rejonowego	11.317 PLN	UWAGI: 46% sędziów SR wskazało kwotę 10 tys zł.
Sędziowie sądu okręgowego	14.000 PLN	UWAGI: 46% sędziów SO wskazało kwoty pomiędzy 10 a 12 tys zł, zaś 28% kwotę 15 tys zł.
Sędziowie sądu apelacyjnego	14.711 PLN	UWAGI: 47% sędziów SA podało kwotę 15 tys zł.

i nie dosięgają do wynagrodzeń osób sprawujących najwyższe urzędy w państwie. Tym samym stanowią one istotny sygnał ze strony sędziów, że jako władza sądownicza, współistniejąca na zasadzie podziału i równowagi z władzą wykonawczą i ustawodawczą, oczekują oni równoważnego traktowania w kwestiach finansowych. Pozostawiając zagadnienie porównywania wynagrodzeń między władzami szerszemu omówieniu poniżej (vide: omówienie tabeli nr 4), należy przeanalizować wymagania płacowe sędziów w kontekście omawianego wcześniej usytuowania wynagrodzeń sędziów zawodowych sądów pierwszej instancji w porównawczym ujęciu względem państw Unii Europejskiej (vide: tabela 2.) Kwota wynagrodzeń zaproponowana przez sędziów sądów rejonowych stanowi współczynnik wynoszący 4,5 średniego wynagrodzenia w gospodarce narodowej w 2006 roku. Jak wskazałem wcześniej, Polska należy do państw o najniższych średnich dochodach ludności i najgorszym usytuowaniu materialnym sędziów. Jednocześnie współczynnik wysokości dochodów sędziów do średnich dochodów ludności jest tak niski, jak zdarza się to w najbogatszych krajach, gdzie dochód średni ludności jest wystarczająco wysoki, aby zapewnić sędziom niezależność materialną. Z analizy tabeli nr 2 wnioskowałem o istniejącej w Unii Europejskiej, odwrotnie proporcjonalnej zależności wysokości współczynnika w stosunku do wysokości średnich dochodów ludności. Z tej zależności wynika, że Polska, w obecnej sytuacji gospodarczej, powinna należeć do grupy państw, w której wynagrodzenia sędziów sądów pierwszej instancji stanowią ponad trzykrotność wynagrodzeń średnich. W praktyce oznaczałoby to konieczność podniesienia wynagrodzeń zasadniczych sędziów sądów rejonowych z kwoty 4.817 złotych miesięcznie brutto przynajmniej do kwoty 7.431 złotych brutto. Pytani w badaniu

sędziowie sądów rejonowych wskazali kwotę stanowiącą 4,5-krotność wynagrodzeń średnich w gospodarce krajowej. Choć w kontekście porównawczym podniesienie wynagrodzeń powyżej współczynnika 3,0 jest w pełni uzasadnione, osiągnięcie przez współczynnik pułapu 4,5 przekracza normy istniejące w UE i oscyluje wokół współczynników wynagrodzeń sędziów sądów pierwszej instancji w Irlandii i Zjednoczonym Królestwie, gdzie pozycja sędziów, z uwagi na zakres ich władztwa i tradycyjne położenie w strukturze społecznej i politycznej, jest diametralnie inna od obserwowanej w Europie kontynentalnej. Przy analizowaniu ujętych kwotowo oczekiwań sędziów w zakresie wynagrodzenia pamiętać należy o dorobku orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, który, nie będąc pozytywnym ustawodawcą, nie mógł pozwolić sobie na rozważania o jego zdaniem słusznych kwotach wynagrodzeń, mógł jednak wskazywać drogę, jaką winien iść rozwój sytuacji płacowej w sądownictwie. W wyroku P 8/00 TK zasugerował, że wynagrodzenia sędziowskie winny znacząco przekraczać poziom przeciętnej płacy w sferze budżetowej, skoro zawód sędziego został wyróżniony konstytucyjnie w stosunku do innych funkcjonariuszy publicznych. Nadto Trybunał w tymże orzeczeniu *in fine*, nie stwierdzając o niezgodności przepisów wynagrodzeniowych z *Konstytucją*, ostrzegł jednak, że wraz z upływem czasu i progresem sytuacji gospodarczej ocena przepisów wynagrodzeniowych będzie bardziej wymagająca.⁶⁰ Przywołane orzeczenie zostało wydane w 2000 roku, a zatem, zważywszy na bardzo dobry kurs polskiej gospodarki od tamtego czasu, można oczekiwać, że w przypadku najbliższego konfliktu w zakresie wynagrodzeń Trybunał pozostanie przy swoim stanowisku.

2. Oczekiwania w zakresie sposobu ustalania wysokości wynagrodzeń

Kolejne pytanie zadane sędziom i asesorum w odniesieniu do wynagrodzenia dotyczyło preferowanego sposobu ustalania wysokości wynagrodzenia, który, zdaniem sędziów, gwarantowałby najpełniejszą realizację konstytucyjnych zasad w odniesieniu do statusu materialnego. Sędziowie mogli wybrać odpowiedź spośród zaproponowanych w ankiecie lub, w przypadku zaznaczenia opcji „inne”, zaproponować własne rozwiązanie. Odpowiedzi zaproponowane w ankiecie stanowią najczęstsze propozycje w ramach powracającej cyklicznie publicznej debaty na temat wynagrodzeń sędziów. Pośród odpowiedzi udzielonych przez 5,7% sędziów, którzy wybrali opcję odpowiedzi otwartej, najczęściej powtarzały się propozycje ustalania wysokości wynagrodzenia poprzez porównanie z sędziami w Unii Europejskiej (2,3%) oraz poprzez porównanie z innymi zawodami prawniczymi (1,2%).

⁶⁰ Źródło: op. cit. Wyrok 8/00...

Tabela 4.

Sposób ustalania wysokości wynagrodzenia sędziów
sądów powszechnych

Czy uważa Pani/Pan, że wysokość wynagrodzenia powinna być ustalana w oparciu o?	
Ustawową kwotę bazową, tak jak obecnie	5,6%
Wskaźniki wynagrodzeń średnich ogłaszane przez Prezesa GUS	18,2%
Porównanie z wynagrodzeniami osób piastujących wysokie funkcje publiczne	61,2%
Inne (pytanie otwarte)	5,7%
Nie mam zdania	9,3%

Analizując powyższą tabelę nr 4, przede wszystkim zauważyć należy, że 85,1% (suma odpowiedzi innych niż „tak jak obecnie” i „nie mam zdania”) sędziów nie popiera obecnego systemu ustalania wysokości wynagrodzeń. Sygnał ten powinien być poważnie rozważony przez przedstawicieli władzy ustawodawczej i wykonawczej, bowiem utrzymywanie *status quo* świadczyć może o zupełnej ignorancji względem wymagań równorzędnej władzy państwowej. Wniosek uzyskany w wyniku badania jest o tyle doniosły, że świadczy o niemal jednomyślnym niezadowoleniu dziesięciotysięcznoosobowej grupy zawodowej, rozprzestrzenionej po całym kraju i nieposiadającej scentralizowanego systemu utrzymywania wzajemnych kontaktów, a zatem autonomicznej w jednostkowych opiniach.

Najliczniejsza grupa badanych (61,2%) chciałaby uzyskiwać wynagrodzenie ustalone przez porównanie z wynagrodzeniami osób piastujących wysokie funkcje publiczne. Możliwość zastosowania takiego rozwiązania zasługuje na szersze omówienie. Analizując pojawiające się propozycje porównywania wysokości wynagrodzeń z wynagrodzeniami osób piastujących wysokie funkcje publiczne, pojawia się szereg argumentów za i przeciw stosowaniu takiego rozwiązania. Do najważniejszych argumentów „za” należy – przełożenie konstytucyjnej normy zakładającej podział i równowagę władz (zawartej w art. 10 *Konstytucji*) na praktyczne zastosowanie w równym traktowaniu przedstawicieli wszystkich trzech władz w aspekcie finansowym. Kolejny argument sprzyjający przyjęciu kryterium porównawczego dla ustalania wynagrodzeń sędziowskich to umocnienie systemu wzajemnych ograniczeń między władzami, bowiem władza wykonawcza i ustawodawcza nie mogłyby wpływać na wynagrodzenia sędziów bez jednoczesnego analogicznego wpływu na własne wynagrodzenia. Trzecim argumentem „za” jest okoliczność oczywiście korzystna dla sędziów, w postaci natychmiastowych podwyżek przy wprowadzeniu takiego systemu, zrównując bowiem minimalne

wynagrodzenie zasadnicze asesora sądowego z wynagrodzeniem najniżej opłacanego przedstawiciela władzy ustawodawczej (posła) lub wykonawczej (wicewojewody), zyskałby on znacznie w stosunku do obecnego wynagrodzenia. Przyjmując zaś, że sędziowie sądu wyższego rzędu muszą otrzymywać wynagrodzenia wyższe od sędziów sądu niższego rzędu, podwyżka płac asesorów pociągnęłaby za sobą znaczącą podwyżkę płac pozostałych sędziów. Dla przedstawienia argumentów „przeciw” rozwiązaniu najpopularniejszemu wśród sędziów posłużyć się dorobkiem orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego. W 2000 roku TK rozpoznał pytania prawne Sądu Okręgowego w Krakowie i Sądu Okręgowego w Częstochowie odnośnie zgodności niektórych przepisów wynagrodzeniowych z art. 178 ust. 2 i art. 10 *Konstytucji*⁶¹. W ramach uzasadniania swojego wyroku Trybunał negatywnie odniósł się do podnoszonej przez strony możliwości ustalania wynagrodzeń sędziów przez ich porównanie z wynagrodzeniami wysokich urzędników państwowych. Przede wszystkim zdaniem TK zasada podziału i równowagi władz, zawarta w art. 10 *Konstytucji* nie determinuje określonych proporcji arytmetycznych w ustalaniu wynagrodzeń w obrębie danej władzy. Nie sposób odmówić racji rozumowaniu Trybunału, który uzasadnił takie stwierdzenie zbyt dużym zróżnicowaniem czynników określających pozycję zawodową w ramach danej władzy dla stosowania prostych porównań. Przede wszystkim zwrócić należy uwagę, że sędziowie, mimo że uposażeni gorzej od urzędników sprawujących kierownicze funkcje państwowe w ramach pozostałych władz, posiadają szereg niewymiernych ekonomicznie przywilejów, takich jak najwyższa stabilność zawodowa, prawo do spoczynku, brak uzależnienia wynagrodzenia od sukcesów w pracy czy dodatkowe urlopy. Ponadto Trybunał krytycznie odniósł się do pomysłu porównywania sędziów sądu danego rzędu do konkretnych stanowisk w pozostałych władzach, bowiem nie sposób określić, które ze stanowisk miałyby stanowić dolny próg dla określenia minimalnych wynagrodzeń. Sugestię, aby tym stanowiskiem w przypadku władzy wykonawczej było stanowisko wicewojewody, TK potraktował jako dowolne potraktowanie tematu, zważywszy na istnienie upoważnień do wydawania decyzji, które władza wykonawcza może powierzyć organom samorządu terytorialnego lub pracownikowi urzędu. Negatywne stanowisko Trybunału przesądziło o niemożności zastosowania płacowego systemu porównawczego. Rozwiązanie takie można uznać za słuszne, zważywszy że *Konstytucja* szczególnie unormowała wynagrodzenia i status stanu sędziowskiego właśnie, aby wyodrębnić sędziów z aparatu urzędniczego i podkreślić ich szczególną – niezależną pozycję. Tym samym, mimo największej popularności pośród badanych sędziów,

⁶¹ Ibidem.

propozycja wprowadzenia systemu wynagrodzeń opartego na porównaniu pozycji finansowej władzy sądowniczej, wykonawczej i ustawodawczej, wydaje się niemożliwa do realizacji wobec sprzeczności z porządkiem konstytucyjnym.

Kolejne co do popularności rozwiązanie, aprobowane przez 18,2% sędziów, dotyczyło oparcia wynagrodzeń sędziowskich na wskaźnikach wolnorynkowych, odniesieniu ich do wynagrodzeń średnich w gospodarce krajowej, ogłaszanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego. Rozwiązanie takie, wykorzystane przez Ministra Sprawiedliwości przy tworzeniu projektu ustawy o zmianie ustawy usp, z pewnością ograniczyłoby niezadowolenie wynikające z faktu, że obecnie waloryzacja wynagrodzeń opiera się na wskaźniku ustalonym arbitralnie przez władzę wykonawczą i ustawodawczą w ramach projektowania i uchwalania ustawy budżetowej. Wskaźnik ten zależy od możliwości budżetu państwa a nie od faktycznego wzrostu kosztów życia, tym samym, jak dowodziłem wcześniej, dochodzi do spadku wartości wynagrodzeń przy zamrożeniu bądź symbolicznym podnoszeniu ich kwot, poniżej progu rzeczywistej inflacji. Proponowane rozwiązanie zasługuje na uwagę, zważywszy na niedoskonałą obowiązującą konstrukcję prawną, w której sędziowie doświadczają recesji mimo dobrej sytuacji gospodarczej.

W otwartej części pytania ankietowego część sędziów niepopierająca powyższych rozwiązań, zaproponowała własne możliwości naprawy sytuacji. Najczęściej spotykane propozycje odnosiły się do ustalania wynagrodzeń sędziowskich w oparciu o wynagrodzenia sędziów w Unii Europejskiej (2,3%) i w oparciu o wynagrodzenia innych zawodów prawniczych (1,2%).

Odnosząc się do pierwszej propozycji, należy zauważyć, że o ile stanowi deklarację sędziów, chcących równego traktowania w obrębie Unii Europejskiej, o tyle wprowadzenie takiej zależności byłoby co najmniej karkołomne o ile w ogóle niemożliwe. Jak wykazałem wyżej, wynagrodzenia sędziów w UE są kwotowo szalenie zróżnicowane i silnie korelują z sytuacją gospodarczą każdego z Państw Członkowskich. Jedynym wskaźnikiem, jaki daje możliwość miarodajnego omawiania tych wynagrodzeń, jest współczynnik ich wysokości do wysokości średnich dochodów ludności w danym kraju. O ile współczynnik ten powinien być brany pod uwagę w fazie ewentualnych przygotowań do stworzenia nowych lub nowelizacji obowiązujących regulacji płacowych i może stanowić istotny materiał poglądowy, niemożliwe jest traktowanie go jako wyznacznika wiążącego. Inaczej na polskiego prawodawcę nałożony zostałby obowiązek dokonywania corocznych lub cokilkuletnich badań wynagrodzeń sędziów w całej Unii Europejskiej, co nie jest możliwe z uwagi na brak obowiązku ze strony Państw Członkowskich udzielania takich informacji.

Ostatnia dyskutowana propozycja w zakresie ustalania wysokości wynagrodzeń sędziów dotyczy odniesienia ich do wynagrodzeń osób wykonujących inne zawody prawnicze. Propozycja taka, wysunięta przez 1,2% sędziów uczest-

niczących w badaniu, wydaje się również z wielu przyczyn niemożliwa do zastosowania. Przede wszystkim wziąć należy pod uwagę argumentację zastosowaną przy okazji omawiania wysokich stanowisk państwowych. Prawnicy wolnych zawodów podlegają prawidłom wolnorynkowym, a zatem ich wynagrodzenia, w przeciwieństwie do wynagrodzeń sędziów, wahają się w zależności od ich popularności i sytuacji rynkowej. Muszą oni także liczyć się z ryzykiem bankructwa i zmiany profesji. Nadto prawnicy prowadzący własne praktyki przeznaczają część przychodów na pokrycie kosztów prowadzenia kancelarii, a zatem ich przychód nie trafia w całości do ich kieszeni. Propozycja taka była również przedmiotem krytycznych uwag Trybunału Konstytucyjnego w powołanym wyroku P 8/00. Trybunał zaznaczył, że nie może dojść do ustalania wynagrodzeń sędziowskich przez pryzmat wynagrodzeń prawników reprezentujących wolne zawody, bo przy ryzyku związanym z pracą na wolnym rynku, prawnicy ci nie posiadają państwowych gwarancji stabilizujących status materialny. Na koniec warto dodać, że prawnicy wykonujący zawód adwokatów czy notariuszy zarabiają lepiej od sędziów w wielu państwach europejskich. Nawet w Zjednoczonym Królestwie dochody *barrister'ów* często przewyższają dochody sędziów. Prawodawca, starając się o uczynienie z zawodu sędziego ukończenia kariery prawniczej, nie powinien kierować się wyłącznie kryterium finansowym, bowiem nie jest to jedyne kryterium wpływające na prestiż zawodu. Niemniej jednak zarobki sędziów nie powinny rażąco odbiegać od zarobków innych prawników, aby nie zniechęcać ich w staraniu o zwieńczeniu całościowej pracy w najbardziej wyeksponowanym i najzacniejszym zawodzie prawniczym.

3. Wpływ wynagrodzeń na atrakcyjność zawodu sędziego i fluktuację między zawodami prawniczymi

Jak zasygnalizowałem w części artykułu poświęconej roli wynagrodzenia sędziowskiego, jednym z istotniejszych aspektów odpowiednio wysokiego usytuowania sędziów pod względem materialnym, jest zachęcanie doświadczonych prawników innych profesji do starania się o mianowanie na urząd sędziowski. Osiągnięcie takiego celu byłoby ze wszech miar pożądane, bowiem po pierwsze, prawnicy przekładaliby swoje wcześniejsze doświadczenie na lepszą jakość orzecznictwa, po drugie swoim doświadczeniem życiowym łagodziliby skutki obecnego systemu mianowania, nakierowanego na przyjmowanie do zawodu osób niedoświadczonych i młodych, które dopiero ukończyły studia prawnicze. Kolejny zespół analizowanych pytań dotyczył atrakcyjności zawodu sędziego poprzez mierzenie napływu do tego zawodu z innych zawodów prawniczych, odpływu sędziów do innych profesji i przyczyn dokonującej się fluktuacji. Analiza udzielonych odpowiedzi pozwoli stwierdzić, jakie zagrożenia stwarza obecny system wynagrodzeń dla funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości.

Tabela 5.

Zawody prawnicze wykonywane przed objęciem
urzędu sędziowskiego.

Czy przed mianowaniem na urząd sędziowski pełnił(a) Pani/Pan inny zawód prawniczy?	
Adwokat	0,5%
Radca prawny	2,0%
Referendarz sądowy	1,6%
Prokurator	4,0%
Notariusz	0,0%
Pracownik naukowy	2,3%
Inny zawód prawniczy	14,6%
NIE	78,8%
UWAGA: suma uzyskanych odpowiedzi nie jest równa 100%, ponieważ niektóre osoby pełniły więcej niż 1 zawód prawniczy, zaś ankieta umożliwiała udzielenie kilku odpowiedzi. Wszystkie odpowiedzi inne niż „NIE” stanowią łącznie 21,2%.	

Analiza tabeli nr 5. pozwala na wysunięcie niepokojących wniosków, w odniesieniu do systemu ukształtowania wynagrodzeń sędziowskich. Spośród wszystkich badanych sędziów jedynie 21,2% stanowią osoby, które zmieniły dotychczasowy zawód na zawód sędziego, umożliwiając tym samym wniesienie istotnego doświadczenia zdobytego w innym zawodzie w pracę orzeczniczą. O ile wypowiedzenie się na temat osób, które zaznaczyły opcję „inny zawód prawniczy” (14,6%) nie jest możliwe, brak bowiem danych stwierdzających dochody we wcześniejszej profesji, o tyle jedynie 2,5% badanych sędziów przeniosło się z zawodów uznanych za przynoszące średnie dochody wyższe od zarobków sędziów (adwokata lub radcy prawnego). Na uwagę zasługuje też fakt, że wśród badanych sędziów nie znalazł się ani jeden były notariusz. Ponadto 1,6% sędziów przeniosło się z zawodu referendarza sądowego, 4% z zawodu prokuratora a 2,3% z placówki naukowej. Jedynie te trzy grupy zawodowe należą do wynagradzanych z reguły gorzej niż sędziowie (lub od niedawna w przypadku prokuratorów – tak samo), zatem istniała motywacja finansowa do zmiany profesji. Dla prokuratorów działających w strukturze zhierarchizowanego podporządkowania, atrakcyjność zawodu sędziego może podnosić także fakt posiadania niezawisłości. Oczywiście nie należy postrzegać atrakcyjności zawodu sędziego jedynie przez pryzmat wynagrodzeń sędziowskich. Prestiż zawodu sędziego oraz rzeczywista siła władzy

sądowniczej w systemie politycznym są elementami, których nie wolno ignorować, analizując przyczyny zmiany zawodu wśród prawników. Nie ulega jednak wątpliwości, że rażąco niższe wynagrodzenia sędziów od wynagrodzeń adwokatów, radców prawnych czy notariuszy z wieloletnim doświadczeniem i ustaloną pozycją rynkową, stanowią barierę działającą odstraszałąco. Jeśli nawet adwokat, radca prawny czy notariusz chcieliby zakończyć karierę za stołem sędziowskim, muszą najpierw liczyć się z koniecznością zgromadzenia oszczędności, które pozwolą im zmienić zawód bez dotkliwego spadku poziomu życia.

Kolejne pytanie w sposób jeszcze bardziej wyraźny uwidacznia, jak obecny system wynagrodzeń sędziowskich zagraża prawidłowemu funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Badani sędziowie zostali zapytani, czy rozważają możliwość zmiany zawodu na inny, a w przypadku udzielenia odpowiedzi pozytywnej poproszeni zostali o wskazanie zawodu, którym są zainteresowani oraz o podanie przyczyn rozważanej zmiany zawodu.

Tabela 6.

Chęć zmiany zawodu sędziego na inny zawód.

Czy rozważa Pani/Pan możliwość zmiany wykonywanego zawodu na inny zawód prawniczy?		
	TAK	NIE
Asesorzy sądowi	44,6%	55,4%
Sędziowie sądu rejonowego	36,4%	63,6%
Sędziowie sądu okręgowego	22,7%	77,3%
Sędziowie sądu apelacyjnego	2,2%	97,8%
OGÓŁEM	32,9%	67,1%

Jaki to zawód:

Adwokat	73,7%
Radca prawny	28,9%
Referendarz sądowy	0,6%
Prokurator	0,0%
Notariusz	24,6%
Pracownik naukowy	4,6%
Inny zawód prawniczy	8,8%
UWAGA: suma uzyskanych odpowiedzi nie jest równa 100%, ponieważ niektóre osoby rozważają pomiędzy więcej niż jednym zawodem prawniczym, zaś ankietę umożliwiała udzielenie kilku odpowiedzi.	

Przyczyny rozważania o zmianie zawodu:	
Wyższe zarobki w innym zawodzie	85,7%
Wyższy prestiż innego zawodu	23,7%
Osobiste zainteresowania	5,8%
Złe warunki pracy sędziego (inne niż finansowe)	59,0%
Brak niezawisłości (naciski)	3,3%
Względy osobiste	10,6%
Inne powody	11,9%
UWAGA: suma uzyskanych odpowiedzi nie jest równa 100%, ponieważ niektóre osoby podały więcej niż jedną przyczynę rozważania o zmianie zawodu, zaś ankieta umożliwiała udzielenie kilku odpowiedzi.	

Tabela nr 6. ujawnia bardzo niebezpieczne tendencje wśród sędziów. Aż 32,9% badanych asesorów i sędziów, a zatem 1/3 stanu sędziowskiego, rozważa możliwość zmiany zawodu. Stopień chęci zmiany zawodu zmniejsza się w stosunku do czasu spędzonego w zawodzie i osiągniętego awansu, i tak o zmianie zawodu myśli 44,6% asesorów sądowych, 36,4% sędziów sądów rejonowych, 22,7% sędziów sądów okręgowych i jedynie 2,2% sędziów sądów apelacyjnych. Z tej spadkowej tendencji wywieść można, że osiągnięcie pewnej ustalonej pozycji zawodowej oraz wyższych wynagrodzeń zasadniczych, zwiększanych z czasem o dodatki stażowe i często o dodatki funkcyjne, prowadzi do ustabilizowania i zmniejsza chęć do ucieczki z zawodu sędziego, która wiązałaby się z trudem wejścia w realia wolnorynkowe, a zatem z założeniem praktyki, znalezieniem klientów etc. Asesorzy sądowi wykazują się największą chęcią mobilności między zawodami, bowiem ich pozycja zawodowa nie jest w ogóle zabezpieczona i zależy od złożenia egzaminów i uzyskania pozytywnych opinii z dotychczasowej pracy. Ponadto zarobki asesorów pozostają w dysproporcji do zarobków ich kolegów, którzy ukończywszy studia wybrali inny zawód prawniczy i osiągają w nim pierwsze sukcesy przekładające się na coraz wyższe zarobki.

Sędziowie, którzy rozważają możliwość zmiany zawodu, jako zawód docelowy wskazali najczęściej zawód adwokata (73,7%), radcy prawnego (28,9%) lub notariusza (24,6%), są to zawody najlepiej usytuowane materialnie. Powiązania zmiany zawodu z finansami dowodzi fakt, że zainteresowanie pełnieniem zawodu wynagradzanego poniżej zawodu sędziego jest znikome (żaden z badanych sędziów nie jest zainteresowany zawodem prokuratora).

W kolejnej części tabeli wskazane zostały przyczyny chęci zmiany zawodu sędziego. Niemal wszyscy sędziowie rozważający możliwość zmiany zawodu (85,7%) powodowani są przyczynami finansowymi, a także złymi warunkami

pracy sędziego (59,0%). Dane te jednoznacznie dowodzą, że obecny system kształtowania wynagrodzeń sędziowskich wywiera mocne niekorzystne skutki dla całego wymiaru sprawiedliwości. Nie bez znaczenia jest bowiem fakt, że sędziowie skrajnie niezadowoleni z obecnej sytuacji, a zatem ci którzy myślą o zmianie zawodu, mogą nie odczuwać silnej potrzeby pozytywnego wpływania na wymiar sprawiedliwości poprzez swoją wytężoną pracę.

Analiza wyników badań w zakresie chęci zmiany zawodu, jednoznacznie wskazuje, że pozycja zawodu sędziego jest jedną z mniej atrakcyjnych i mniej prestiżowych w wachlarzu zawodów prawniczych. Napływ osób do zawodu sędziowskiego z innych zawodów jest znikomy i dotyczy głównie zmiany zawodu gorzej usytuowanego zarówno finansowo jak też w odniesieniu do zakresu uprawnień i obowiązków. Natomiast tendencje odpływowe są znaczne i zagrażają stabilności wymiaru sprawiedliwości oraz jakości orzecznictwa. Jednocześnie w pełni uzasadniona jest teza, że podstawowym (choć nie jedynym) powodem takiej sytuacji jest zła sytuacja finansowa w sądownictwie. Analizując powyższe odpowiedzi w związku z odpowiedziami zawartymi w tabeli nr 4 (sposoby ustalania wynagrodzenia), można dojść do dalszej konstatacji, że brak zasadniczych zmian w zakresie ustalania wysokości wynagrodzeń sędziowskich, przy ponad 85% niezadowoleniu sędziów ze stanu obecnego, może prowadzić do coraz większego ryzyka odpływu doświadczonej kadry sędziowskiej do innych zawodów prawniczych.

4. Możliwość wprowadzenia systemu motywacyjnego w wynagrodzeniach

Ostatnim zagadnieniem powiązanym z wynagrodzeniem, które było przedmiotem badania, jest opinia sędziów na temat możliwości wprowadzenia systemu wynagrodzeń opartego na jakości i ilości pracy. System taki oznaczałby w rzeczywistości wprowadzenie premii lub dodatków motywacyjnych dla sędziów.

Jednym z podstawowych celów zarobków w warunkach wolnorynkowych a także w administracji państwowej jest motywowanie pracowników do wytężonej i jak najefektywniejszej pracy. Cel ten realizowany jest poprzez powszechnie występujące systemy premii, dodatków motywacyjnych, nagród etc. Mechanizmy naturalne dla realiów wolnorynkowych i urzędniczych nie zostały w żaden sposób przeniesione na grunt sądownictwa. Niezależnie od przeważająco krytycznego stosunku przedstawicieli doktryny prawa do zastosowania systemu pomiaru jakości i ilości pracy sędziów i wprowadzania systemu motywacyjnego, zadałem sędziom pytanie o oczekiwania odnośnie jego wprowadzenia. Odpowiedzi uzyskane w badaniu prezentują równy podział zdań w tej kwestii. Niemal połowa ankietowanych (44,2%) poparła pomysł, zaś nieco większa grupa (48,4%) nie udzieliła swojego poparcia dla propozycji. Również godne zastanowienia jest, że im większy staż i doświadczenie na stanowisku sędziego, tym mniejsze poparcie

Tabela 7.

Opinie sędziów na temat premii i dodatków motywacyjnych

Czy uważa Pani/Pan, że sędziowie powinni otrzymywać premie lub dodatki motywacyjne za pracę w rozmiarach przekraczających średnią załatwień?					
	Zdecydowanie tak	Raczej tak	Ani tak ani nie	Raczej nie	Zdecydowanie nie
	Ogółem „tak”			Ogółem „nie”	
Asesorzy sądowi	30,4%	17,9%	7,1%	27,2%	17,0%
	48,3%			44,2%	
Sędziowie sądu rejonowego	25,8%	21,7%	7,3%	23,2%	22,0%
	47,5%			45,2%	
Sędziowie sądu okręgowego	18,9%	18,1%	7,1%	24,4%	31,5%
	37,0%			55,9%	
Sędziowie sądu apelacyjnego	17,4%	8,7%	8,7%	23,9%	41,3%
	26,1%			65,2%	
OGÓŁEM	24,7%	19,5%	7,3%	24,2%	24,2%
	44,2%			48,4%	

dla wprowadzania systemu premiowego wynagrodzeń (rozwiązania nie poparło 44,2% asesorów sądowych, natomiast sędziów sądu apelacyjnego przeciwnych premiom było 65,2%). Warto zastanowić się nad zaletami i wadami, jakie niosło by ze sobą wprowadzanie czynników motywacyjnych o charakterze finansowym.

Podstawowym argumentem sprzyjającym wprowadzeniu premii i dodatków motywacyjnych jest fakt, że przy nierównym obciążeniu pracą, sędziowie w sądach danego rzędu otrzymują równe wynagrodzenie. Obecnie żaden przepis ustrojowy nie uzależnia w sposób pozytywny (podwyżki, dodatki) wynagrodzenia sędziów od ilości i jakości ich właściwej pracy. Tymczasem zarówno w zależności od położenia sądu jak też od specyfiki danej gałęzi prawa, zależy faktyczny nakład pracy sędziów. Sytuacja, w której sądy położone w niewielkich miastach rozpoznają, zarówno w liczbach bezwzględnych jak i w przeliczeniu na sędziego, kilkanaście lub kilkadziesiąt procent mniej spraw, niż sędziowie w miastach dużych⁶², przy jednoczesnym założeniu, że sprawy te charakteryzują się mniejszym stopniem skomplikowania, prowadzi do niesprawiedliwego traktowania sędziów pracujących najciężej. Skala nierównego traktowania w aspekcie finansowym zwiększona jest

⁶² Dane Ministerstwa Sprawiedliwości za 2007 rok, nie publikowane.

dotatkowo, przez omawianą okoliczność większego dostępu sędziów w sądach niewielkich do dodatków funkcyjnych oraz przez fakt, że za nierównym wynagradzaniem idą nierówne koszty życia, wyższe w dużych miastach. Z powyższego wynika, że sędziowie w małych sądach zyskują podwójnie, bowiem mają mniej pracy i relatywnie więcej pieniędzy, niż ich koledzy pracujący w wielkomiejskich molochach sądowych.

Podstawowy argument przeciwko wprowadzaniu systemu premii dotyczy ogromnego ryzyka dla niezawisłości sędziowskiej, związanego z ustalaniem podstaw do ich wypłaty. Cytowana wyżej *Europejska Karta Ustawowych Zasad Dotyczących Sędziów*, podkreśla, że wynagrodzenia różnicowane mogą być na podstawie jasnych i przejrzystych kryteriów, które nie powinny mieć charakteru ocennego. Trudno jednak wyobrazić sobie ilościowo-jakościowy system oceny pracy sędziów, niezależniony od arbitralnej władzy danej osoby w zakresie jego stosowania przez dany sąd. Już samo mierzenie jakości pracy sędziów wydaje się niemożliwe bez jednoczesnego analizowania ich orzecznictwa, które zgodnie z zasadą niezawisłości sędziowskiej nie może podlegać innej kontroli niż kontrola instancyjna w ramach postępowania odwoławczego. Oparcie zaś systemu premiowego wyłącznie na obiektywnych czynnikach ilościowych, prowadziłoby do sytuacji, w której sędziowie byłiby zachęcani do pobieżnego i nieuważnego, ale za to szybkiego załatwiania spraw. Przeciwko wprowadzaniu takiego rozwiązania stanowczo wypowiedziało się Europejskie Stowarzyszenie Sędziów, obradujące w Wilnie w 2006 roku. W *Rezolucji z dnia 20 maja 2006 roku* czytamy, że praktyka rozliczania sędziów z ilości załatwionych spraw może doprowadzić do pogorszenia jakości wymiaru sprawiedliwości⁶³. Zastosowanie kryterium uwzględniającego ilość i jakość załatwień, grozi ryzykiem nadzoru orzecznictwa wykonywanego poza dozwolonym trybem nadzoru jurysdykcyjnego, a zatem naruszeniem zasady niezawisłości. Tym samym zarówno Trybunał Konstytucyjny jak i doktryna prawa konstytucyjnego⁶⁴ opowiadają się za równym wynagradzaniem sędziów w ramach danego szczebla sądownictwa. W wyroku P 8/00 TK wyraził pogląd, że nie powinna istnieć sztywna zależność pomiędzy ilością obowiązków orzeczniczych sędziego a jego wynagrodzeniem, stwierdzając, że:

„Podobnie jak godność urzędu, tak i zakres obowiązków sędziów należy na gruncie art. 178 ust. 2 konstytucji oceniać nie w odniesieniu do pracy konkretnej osoby lub „obciążenia” konkretnego stanowiska sędziowskiego, lecz do kompetencji przyznanych

⁶³ *Rezolucja Europejskiego Stowarzyszenia Sędziów z dnia 20 maja 2006 roku*, www.iustitia.pl/content/view/232/74.

⁶⁴ Leszek Garlicki *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz IV*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 21.

przez prawo poszczególnym szczeblom wymiaru sprawiedliwości. Przy tym tak samo, jak nie ma jakiegś matematycznej relacji między godnością urzędu a wysokością wynagrodzenia, nie istnieje również sztywna zależność płac sędziowskich od zakresu sędziowskich obowiązków.”⁶⁵

Warto przy tym zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny, dokonując wykładni przepisu art. 178 ust. 2 Konstytucji, nie wykluczył możliwości wprowadzenia systemu premii. W przytaczanym już orzeczeniu stwierdził, że:

„niezależnie od niemożności przyjęcia ścisłych kryteriów pomiaru ilości i jakości pracy sędziego – próba dokładnego uzależnienia wynagrodzenia sędziego od ilości i jakości wykonywanych przez niego indywidualnie obowiązków w zakresie orzecznictwa lub próba stosowania premii pieniężnych za sukcesy zawodowe byłaby raczej trudna do pogodzenia z dyrektywą respektowania przez system wynagrodzeń godności urzędu (choć dopuszczalności stosowania przez ustawodawcę pewnych elementów motywacyjnych, o ile nie wpływają na kierunek orzekania, z góry nie można wykluczyć).”⁶⁶

Wobec ustalonej linii orzeczniczej, przeciwnej ustalaniu premii dla sędziów, można rozważać inne, bardziej obiektywne i nie uznaniowe rozwiązania, jakimi mogłoby być np. wprowadzenie stałych dodatków dla sędziów orzekających w dużych miastach. Zważywszy jednak na duże zróżnicowanie opinii samych sędziów oraz duży opór sędziów najbardziej doświadczonych, ewentualne kierunki naprawy sytuacji powinny zmierzać raczej do prawidłowego uregulowania obecnie obowiązujących rozwiązań, niż do wprowadzania ryzykownych posunięć nowatorskich.

VII Konkluzje

System wynagrodzeń asesorów i sędziów sądów powszechnych w Polsce wymaga pilnych działań naprawczych, bowiem obecne regulacje, zarówno w ujęciu teoretycznym jak i w opiniach asesorów sądowych i sędziów, nie spełniają roli, jaką winno pełnić wynagrodzenie sędziowskie.

Choć odpowiednie wynagrodzenie jest jednym z wielu środków ochrony niezawisłości, które winny być zapewnione kumulatywnie, jest ono jednak środkiem istotnym. Jak sygnalizowałem powyżej, wynagrodzenia sędziowskie spełniają szereg ról, zarówno w odniesieniu do gwarancyjnych w stosunku do zasady

⁶⁵ Op. cit. Wyrok 8/00...

⁶⁶ Ibidem.

niezawisłości sędziowskiej, jak i w stosunku do zasady podziału i równowagi władz. Mimo że dochody sędziów są mniej istotną gwarancją niezawisłości, niż ich właściwości osobiste, bez wątpienia świadczą o usytuowaniu wymiaru sprawiedliwości w systemie politycznym i wpływają na prestiż zawodu, który winien stanowić ukoronowanie kariery prawniczej. Funkcja gwarancyjna w odniesieniu do niezawisłości sędziowskiej realizowana jest poprzez zapewnienie sędziemu niezależności finansowej, zarówno względem podmiotów ustalających wynagrodzenia, przełożonych jak i podmiotów mogących próbować wywierać naciski o charakterze korupcyjnym (choć jak wspomniałem korupcja jest zjawiskiem wychodzącym poza jasno określone ramy pieniądza). Gwarancja realizacji zasady podziału i równowagi władz realizowana jest poprzez uregulowanie zasad ustalania wynagrodzeń, w sposób uniemożliwiający dowolne ich ustalanie przez przedstawicieli władzy wykonawczej i ustawodawczej. W kontekście społecznym, wysokość wynagrodzeń (pośród innych czynników) wpływa na prestiż zawodu oraz zainteresowanie jego objęciem przez przedstawicieli innych zawodów prawniczych. Obecne uregulowania sprawiają, że powyższe role wynagrodzenia sędziowskiego nie są w pełni lub w ogóle realizowane.

Wprawdzie porządek konstytucyjny, prawidłowo zabezpiecza pozycję materialną sędziów, jednak ustawodawstwo zwykłe i rozporządzenia wykonujące zalecenia *Konstytucji*, pozostawiają wiele do życzenia. Wynagrodzenia sędziów, mimo jasnego wyniesienia tej grupy zawodowej przez *Konstytucję*, ponad aparat urzędniczy, ustalone są w ten sam sposób i z użyciem tej samej ustawy, co wynagrodzenia większości urzędników państwowych. Waloryzacja wynagrodzeń, odebrana od gospodarczych wskaźników wolnorynkowych, nie licuje z wysokością inflacji i prowadzi do rzeczywistego spadku wartości wynagrodzeń sędziów. Rozporządzenie wykonawcze do *Ustawy – prawo o ustroju sądów powszechnych*, w zakresie ustalania mnożników kwoty bazowej wynagrodzenia, nie realizuje norm tej ustawy, nie zapewniając rzeczywistej finansowej motywacji dla sędziów do podążania ścieżką kariery zawodowej. Powyższe teoretyczne zastrzeżenia zostały w pełni poparte przez badania, przeprowadzone wśród sędziów, którzy niemal jednomyślnie oczekują znacząco wyższych zarobków i nie popierają obecnego systemu ustalania wysokości wynagrodzenia.

Przerost ilości funkcji w sądownictwie oraz wadliwe unormowania dodatków funkcyjnych, których wysokość nie została sztywno określona, powodują, że dochodzi do wypaczenia roli tych dodatków oraz nierównego, arbitralnego ustalania ich wysokości. Transparentność i jasność powinny stanowić podstawowe kryteria przy tworzeniu regulacji dotyczących jakiegokolwiek części wynagrodzenia sędziów, co podkreślane jest zarówno w dokumentach międzynarodowych jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Obecne regulacje odnośnie

dotatków funkcyjnych nie spełniają tych kryteriów. Taka sytuacja może prowadzić do patologicznych zachowań, a nawet naruszenia niezawisłości, ponieważ sędziowie prowokowani są do zabiegania o względy przełożonych i innych organów arbitralnie ustalających wysokość dodatków. Sędziowie pełniący funkcje w sądzie narażeni są na konieczność czynienia „przysług” w zamian za możliwość utrzymania funkcji (i wyższego wynagrodzenia), ponieważ powołania i odwołania do pełnienia funkcji również nie znalazły stosownych zabezpieczeń ustawowych.

Istnieją wątpliwości natury konstytucyjnej odnośnie zgodności ustawodawstwa i rozporządzeń z przepisami Konstytucji odnoszącymi się do wynagrodzeń sędziowskich oraz zasady podziału i równowagi władz. Choć w dotychczasowych konfliktach, będących przedmiotem rozpoznania Trybunału Konstytucyjnego, nie dopatrzonego się nieprawidłowości mogących skutkować utratą mocy przez obowiązujące przepisy, Trybunał ostrzegł, że wraz z umacnianiem się *Konstytucji* oraz polepszaniem sytuacji gospodarczej w kraju, kontrola zgodności przepisów wynagrodzeniowych z Konstytucją ulegnie zaostreniu.

Wysokość wynagrodzeń sędziowskich, ujęta porównawczo, w ramach państw Unii Europejskiej, również pozostawia wiele do życzenia. Polscy sędziowie znajdują się w ogonku unijnych wynagrodzeń, zaś proporcja wysokości wynagrodzeń sędziów w stosunku do średnich dochodów ludności pozostaje na nieuzasadnienie niskim poziomie.

Wynagrodzenia sędziowskie nie spełniają też swojej szerszej – społecznej roli. Jak wykazały omawiane badania, zainteresowanie przedstawicieli innych zawodów objęciem urzędu sędziowskiego jest znikome, a zatem sądownictwo nie może liczyć na napływ doświadczonej zawodowo i życiowo kadry do pełnienia najbardziej odpowiedzialnego zawodu prawniczego. Jednocześnie wśród 1/3 sędziów występują silne tendencje odpływu z zawodu do zawodów bardziej lukratywnych, co powodowane jest przede wszystkim przez rażące dysproporcje w wynagrodzeniach sędziów i prawników wykonujących wolne zawody. Odpływ doświadczonej kadry z sądownictwa stanowi zagrożenie dla stabilności i efektywności wymiaru sprawiedliwości, a ponadto może negatywnie wpływać na jakość orzecznictwa.

Powyższe krytyczne uwagi sprawiają, że dla realizacji przez wynagrodzenia sędziowskie stosownych ról politycznych, ustrojowych i społecznych, niezbędne jest pilne podjęcie szeregu działań przywracających status materialny sędziów do konstytucyjnie pożądanego poziomu.

SPIS SKRÓTÓW:

Dz. U.	– <i>Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej</i>
EKPC	– <i>Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności</i>
GUS	– Główny Urząd Statystyczny
ONZ	– Organizacja Narodów Zjednoczonych
OSNAPiUS	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Administracyjna Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OTK ZU	– <i>Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy</i>
<i>Podstawowe zasady...</i>	– <i>Podstawowe Zasady Niezawisłości Sędziów i Niezależności Sądów</i>
<i>Rozporządzenie Prezydenta...</i>	– <i>Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 maja 2003 roku w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów, ze zmianami</i>
SA	– sąd apelacyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy
SR	– sąd rejonowy
SSRB	– Special Salaries Review Body
TK	– Trybunał Konstytucyjny
UE	– Unia Europejska
usp	– <i>Ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku – Prawo o ustroju sądów powszechnych ze zmianami,</i>

AKTY PRAWNE:

- *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*
www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp50.htm
- Code of Practice for Members of SSRB – źródło:
<http://www.ome.uk.com/downloads/Members%20code%20of%20practice.doc>
- *Constitution of 3rd September 1791*,
<http://sourcebook.fsc.edu/history/constitutionof1791.html>
- *Karta Ustawowych Zasad Dotyczących Sędziów*,
ms.gov.pl/ue_koop/re_ekuzds.doc
- *Karta Sędziów Europejskich (The Judges Charter in Europe)*, dostępna na:
<http://www.legislationonline.org/documents/id/8556>
- *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483
- *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Bearting, Warszawa 1992
- *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności po nowelizacji przez Protokół 11 z Protokołem dodatkowym oraz protokołami 4, 6 i 7, 12 i 13* – Polish version – tłumaczenie, Kancelaria Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Strasbourg, wrzesień 2003.
- *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych*
www.law.uj.edu.pl/~adminfo/konwencja.doc
- *Opinion No 1(2001) of the Consultative Council of European Judges*, Strasbourg 23 November 2001, ustęp 61, 62, www.coe.org
- *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, www.unhchr.ch/udhr/lang/pql_print.htm
- projekt ustawy o zmianie ustawy – *Prawo o ustroju sądów powszechnych*, dostępny na:
<http://www.ms.gov.pl/projekty/proj081005b.rtf>
- *Rezolucja Europejskiego Stowarzyszenia Sędziów z dnia 20 maja 2006 roku*,
www.iustitia.pl/content/view/232/74

- Rezolucja Europejskiego Stowarzyszenia Sędziów przyjęta w Turku dnia 24 maja 2008 roku, dostępna na: <http://www.iustitia.pl/content/view/365/74/>
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 maja 2003 roku w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów, Dz.U. 2003 nr 83 poz. 761
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 września 2005 roku zmieniające rozporządzenie w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów, Dz. U. 2005 nr 181 poz. 1500
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 marca 2006 roku zmieniające rozporządzenie w sprawie stawek podstawowych wynagrodzenia zasadniczego sędziów sądów powszechnych, asesorów i aplikantów sądowych oraz stawek dodatku funkcyjnego sędziów, Dz. U. 2006 nr 58 poz. 399
- Uniwersalna Karta Sędziego (*The Universal Charter of the Judge*) dostępna na: <http://www.hjpc.ba/dc/pdf/THE%20UNIVERSAL%20CHARTER%20OF%20THE%20JUDGE.pdf>
- Ustawa budżetowa na rok 2007 z dnia 25 stycznia 2007 roku, Dz. U. 2007. nr 15 poz. 90.
- Ustawa z dnia 12 grudnia 1997 roku o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej, Dz.U. 1997 Nr. 160 poz. 1080 ze zm.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 roku – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. 2001 nr 98 poz. 1070 ze zm.
- Ustawa Rządowa 3 maja 1791, http://www.polonica.net/Konstytucja_3Maja1791.htm
- Zalecenie nr R (94) 12 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich Dotyczące Niezawisłości, Sprawności i Roli Sędziów, http://www.ms.gov.pl/ue_koop/ue_niezawislosc.doc

ORZECZNICTWO:

- orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 14 marca 1995 roku, K 13/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 6.
- postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 22 marca 2000, P 12/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 67.
- wyrok SN z dnia 28 kwietnia 1997 roku, I PKN 116/97, OSNAPiUS 1998 nr 5 poz. 148,
- wyrok SN z dnia 29 czerwca 2000 roku, I PKN 710/99, OSNAPiUS 2002, nr 1 poz. 6,
- wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 października 2000, P 8/00, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 189,
- uchwała SN z dnia 4 marca 1999 r., III ZP 2/99, OSNAPiUS 2000, nr 6 poz. 213.

BIBLIOGRAFIA:

- J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, third edition, Butterworths, London 1990
- Bogusław Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Zakamycze, Kraków 2004
- Tadeusz Erciński, Jacek Gudowski, Józef Iwulski, *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o krajowej radzie sądownictwa*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002

- *European Judicial Systems – edition 2006*, Council of Europe, Brussels 2006.
- Leszek Garlicki *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz IV*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005
- Leszek Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, wydanie 3, Liber, Warszawa 1999
- Rett R. Ludwikowski, *Prawo konstytucyjne porównawcze*, Tonik, Toruń 2000
- Kate Malleson, *Modernising the constitution: completing the unfinished business*, Legal Studies, Vol. 24, Nos. 1 and 2, March 2004
- Kate Malleson, *The New Judiciary, The Effects of Expansion and Activism*, Ashgate, Aldershot 2001
- Alain Peyrefitte, *Wymiar Sprawiedliwości, Między ideałem a rzeczywistością*, Warszawa 1987
- Kazimierz Piasecki, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Zakamycze, Kraków 2005
- Teresa Romer, Magdalena Najda, *Etyka dla sędziów – rozważania*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007
- Paweł Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Zakamycze, Kraków 2003
- Robert Stevens, *The English Judges*, Hart Publishing, Oxford 2001
- Robert Stevens, *A Loss of Innocence? Judicial Independence and the Separation of Powers*, (Oxford Journal of Legal Studies, vol. 19 (1999), s. 365–402)
- Neal Tate, Torbjorn Vallinder (editors), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York 1995

“JUDICIAL SALARIES – REALITY AND EXPECTATIONS”

A proper and adequate judicial remuneration is one of the basic safeguards of an independent and strong judiciary. The article aims to present an endeepened view on Polish judicial remunerations, and includes an analysis of law, jurisprudence, social reality and opinions of judges themselves. The basis for the analysis of judicial expectations in relations to remunerations, was a wide-range survey among 687 judges of Polish common courts (i.e. regional, circuit and appeal courts), conducted on June 2007. Poland as one of post-communist countries after 20 years of transformation, is continuously developing its democratic institutions and improving safeguards of the rule of law. Although the way towards the western democracies is already impressive and in many ways successful, a number of important issues have not been solved in a satisfactory way. One of them is the position of Polish judges among other state powers and the economical position of judges in comparison with judges of other EU Member States. This raises serious concerns and calls for changes. According to research conducted by the Council of Europe in 2006, Polish judges are almost at the very end of European statistics, when it comes to comparison of their salaries. That causes serious implications to proper conduct of their duties, as well as to their independence and the whole rule of law. A survey conducted among judges, and presented in this article, proves that the level of dissatisfaction raises a number of problems (e.g. strong willingness of migration to better paid legal professions). Moreover it indicates dangerous points in the legal system (e.g. unjust disproportions in remunerations, lack of balance between the executive and judicial power) that require immediate change. The article is a comprehensive and analytic insight in the finances-related problems of Polish judiciary.

Informacje dla Autorów

Prosimy o nadsyłanie artykułów w formie elektronicznej (na dyskietkach bądź e-mailem) oraz w formie komputerowych wydruków na adres:

Kwartalnik „Studia Prawnicze”
Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
ul. Nowy Świat 72
00-330 Warszawa
e-mail: inp@inp.pan.pl

Komputerowy wydruk winien być podpisany własnoręcznie przez Autora.

Artykuły powinny spełniać następujące warunki formalne:

- **Abstrakt:** tekst powinien być poprzedzony nie dłuższym niż 200 słów streszczeniem, zawierającym informację o tematyce i głównych tezach artykułu. Abstrakt, łącznie z tytułem, należy przetłumaczyć na język angielski.
- **Tekst:** Objętość artykułu nie powinna przekraczać dwóch arkuszy wydawniczych (ok. 44 strony znormalizowane, 80 000 znaków typograficznych). Cytowanie i powołania innych autorów powinny być oznaczone w tekście w formie przypisów, umieszczonych na dole odnośnej strony i mieć formę przyjętą w ostatnich zeszytach kwartalnika. Pełną bibliografię należy dołączyć na osobnej stronie na końcu artykułu.

Autor jest zobowiązany podać swoją afiliację i tytuł naukowy oraz adres korespondencyjny: stacjonarny i mailowy.

Recenzje: o przyjęciu bądź nieprzyjęciu artykułu do druku decyduje opinia dwóch recenzentów.

Nadesłane materiały nie będą zwracane.

Cena 18,00 zł (VAT 0%)

INDEKS 376620