



Uniwersytet
Wrocławski



*Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis*

Vol. 8, No. 1/2019



Dostęp online: <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/114737>

Folia Iuridica
Universitatis
Wratislaviensis

pod redakcją Leonarda Górnickiego
(*Uniwersytet Wrocławski*)

Vol. 8, No. 1

Wrocław 2019

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący
prof. dr hab. Jolanta Blicharz – członek
dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego
mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz
mgr Łukasz Baszak – członek
mgr Ewa Gałyga-Michowska – członek
mgr Bożena Górna – członek
mgr Tadeusz Juchniewicz – członek

Redaktorzy tematyczni

Prawo prywatne: dr hab. prof. UW r Krzysztof Zagrobelny
Historia oraz teoria i filozofia prawa: dr hab. prof. UW r Rafał Wojciechowski, dr hab. prof. UW r Przemysław Kaczmarek
Prawo europejskie i międzynarodowe: dr hab. prof. UW r Barbara Mielnik, prof. dr hab. Dagmara Kornobis-Romanowska
Prawo administracyjne: dr hab. prof. UW r Piotr Lisowski
Prawo finansowe: dr hab. prof. UW r Patrycja Zawadzka
Prawo konstytucyjne: dr hab. Ryszard Balicki, dr Anna Śledzińska-Simon
Prawo karne: dr Dagmara Gruszecka, dr Rajnhardt Kokot
Prawo gospodarcze i handlowe: dr hab. Bogusław Sołtys
Prawo pracy: dr hab. prof. UW r Artur Tomanek
Prawo wyznaniowe: dr hab. prof. UW r Józef Koredczuk

Redaktor językowy (język polski)

mgr Aleksandra Dorywała

Rada Naukowa

кандидат юридичних наук, доц. Олег Анатолійович Халабуденко, Київський національний університет будівництва і архітектури, Кафедра Політичних Наук і Права, Україна
prof. dr hab. Mariusz Jabłoński, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
д-р юрид. наук, проф. Тетяна Олександрівна Коломоць, Декан юридичного факультету, Запорізький національний університет, Україна
dr hab. prof. UW r Artur Kozłowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Witold Kwaśnicki, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
к.ю.н., доц. Володимир Євгенович Макода, Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна
prof. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Piotr Machnikowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. Hendryk Malevski, Mykolo Romerio universitetas, Mykolo Romerio teisės mokykla, Baudžiamosios teisės ir proceso institutas, Vilnius, Lietuva
prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Zielonogórski
dr hab. prof. UW r Mirosław Sadowski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz, emerytowany profesor Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski
prof. д-р Татьяна Станиславовна Волчещкая, Балтийский федеральный университет имени Иммануила Канта, Калининград, Российская Федерация
prof. д-р. Олег Александрович Зайцев, Московская академия экономики и права, Москва, Российская Федерация

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Projekt i wykonanie okładki: Marta Pawlak

Skład i opracowanie techniczne: Magdalena Gad, Tomasz Kalota eBooki.com.pl

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Do vol. 3 no. 2 (2014) czasopismo ukazywało się pod nazwą „Folia Iuridica Wratislaviensis”
i z numerem ISSN 2299-8322.

ISSN 2450-3932

Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wydanie elektroniczne

Spis treści

HISTORIA PRAWA

Grzegorz Musik

Zaratusztrianizm jako czynnik inicjujący zmiany ustawodawstwa dotyczącego niewolnictwa w państwie Cyrusa Wielkiego..... 9

Monika Czechowska

Historia obowiązywania zasady *vim vi repellere licet* w polskim prawie karnym – ewolucja kontratypu obrony koniecznej..... 27

Anna Popowicz-Pazdej

Zastosowanie metody historyczno-prawnej na przykładzie zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej... 39

PRAWO PORÓWNAWCZE

Katažyna Mikša

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Lithuania – GAZPROM case from a national perspective..... 53

Гульдана Амангельдиевна Куаналиева, Нуржан Саулен

К вопросу воинских уголовных правонарушении в Республике Казахстан..... 67

ZAGADNIENIA PRAWA PUBLICZNEGO

Jolanta Blicharz

Rola dialogu i partnerstwa w zakresie przewyższania wykluczenia społecznego.... 79

Remigiusz Maciej Duda

Konstytucyjna zasada zaufania obywateli do organów państwowych i próba jej realizacji w przepisach ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 646) 91

Marika Piwowarczyk

Podstawy prawne przetwarzania danych osobowych przez instytucje finansowe w przypadku braku zawarcia umowy 107

Lidia Zacharko

Kilka refleksji na temat działalności prawodawczej organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wsparcia socjalnego uczniów i studentów 125

ZAGADNIENIA PRAWA PRYWATNEGO

Rafal Blicharz

Succession management of a natural person's enterprise in Poland. Outline of the regulation 137

Mirosław Dela

Zmiana planu spłaty wierzycieli w konsumenckim postępowaniu upadłościowym... 149

Historia prawa

Grzegorz Musik

*Uniwersytet Wrocławski**Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii*ORCID: [0000-0002-4487-1452](https://orcid.org/0000-0002-4487-1452)

Zaratusztrianizm jako czynnik inicjujący zmiany ustawodawstwa dotyczącego niewolnictwa w państwie Cyrusa Wielkiego

Zoroastrianism as a factor initiating changes in the legislation concerning
slavery in the state of Cyrus the Great

Streszczenie

Autor zajmuje się kwestią przedstawienia wpływu religii zaratusztriańskiej na ustawodawstwo wybranych państw starożytnych, dotyczące kwestii niewolnictwa. Ugruntowane w państwach starożytnych wschodniej części basenu Morza Śródziemnego zwyczaje i wynikające z nich ustawodawstwo jawnie popierało i ugruntowywało wykorzystywanie siły niewolniczej w ramach gospodarek państwowych, co prowadziło do wzrostu znaczenia niewolnictwa w ramach funkcjonowania tychże organizmów. Autor przedstawia wynikające z zaratusztrianizmu normy etyczne jako sprzeczne z dotychczasową praktyką omawianego okresu w tym zakresie. Doprowadzić miały one bezpośrednio do zmiany kierunku prawodawstwa w Państwie Achemenidów, począwszy od rządów Cyrusa Wielkiego. Jako że w rejonie starożytnego Iranu to faktyczne działania władcy świadczyły o obowiązujących normach prawnych, czynności podejmowane przez Cyrusa Wielkiego były w istocie nie ewolucją, a rewolucją w dziedzinie niewolnictwa, której skutki w szerszej perspektywie, przez nagły charakter zmian i słabość instytucjonalną państwa, nie zostały utrwalone, w sposób umożliwiający pełną stabilność regulacji, wobec sukcesji kolejnych monarchów tego państwa. Pozostawiły one jednak trwały ślad w strukturze ludności niewolniczej państw antycznego Wschodu, ugruntowując przewagę ilościową i znaczeniową niewolnictwa w formie pałacowej.

Znaczenie współczesnego słowa niewolnik nie pokrywa się z zakresem rozumienia tego terminu w epoce starożytnej, w której to występowały różne kategorie niewolników, zależnie od państwa, mogące mieć nawet szersze możliwości awansu społecznego niż ludność wolna. Zdaniem autora normy aksjologiczne wynikające z zaratusztrianizmu, potępiające niewolnictwo, były niesprzeczne z faktem utrzymywania niewolnictwa w formie pałacowej, jako że ludność zależna tej kategorii była właśnie beneficjentem wymienionych wyżej przywilejów. Poprzez faktyczne działania władców postępujących wedle norm aksjologicznych wynikających z zaratusztrianizmu znalazły one swoje miejsce w ustawodawstwie i wraz z wymianą myśli oraz recepcją elementów światopoglądowych rozprzestrzeniły się w tej części basenu Morza Śródziemnego, wywierając trwały wpływ na ustawodawstwo dotyczące niewolnictwa, a prowadzące ostatecznie do ograniczenia jego gospodarczego znaczenia.

Słowa kluczowe

niewolnictwo, zaratusztrianizm, prawodawstwo państw starożytnych, religia a prawo, wpływ norm aksjologicznych na prawodawstwo

Abstract

The author explores the question of the impact Zoroastrian religion had on the legislation of selected ancient nations, concerning slavery. The customs established in the ancient nations inhabiting the eastern basin of the Mediterranean and the legislation arising therefrom were overtly supporting and establishing slavery within the framework of the economies of the countries. This led to a rise in the significance of slavery within the framework of the functioning of these organisms. The author presents the ethical standards arising from zoroastrianism as contradictory to the common practice of the discussed period in this respect. These standards were to lead directly to a change of the legislation's direction in the Achaemenid Empire, from the rule of Cyrus the Great onwards. As in the area of ancient Iran it really was the actions of the ruler that was indicative of the binding legal norms, the actions undertaken by Cyrus the Great were, in fact, not an evolution, but a revolution in the field of slavery; the outcomes of which – in the bigger picture – due to the sudden nature of changes and the institutional weakness of the country, weren't strengthened in a way that would enable full stability of the regulations in view of the successions of the subsequent monarchs of the country. These actions, however, have left a lasting mark on the structure of slavery of the ancient eastern countries, establishing the quantitative and meaningful advantage of slavery in the palatial form.

The meaning of the contemporary word „slave” does not overlap with the range of its comprehension in Antiquity, when different categories of slaves existed, depending on the country. These categories of slaves could have even broader opportunities for advancement than the free population. According to the author, the axiological standards arising from zoroastrianism which condemned slavery complied with the fact of the maintenance of slavery in the palatial form, as the population that belonged to that category, was indeed benefiting from the above mentioned privileges. Through actual measures undertaken by the rulers following the axiological standards arising from zoroastrianism, they found their own place in legislation and, altogether with the exchange of thoughts and the reception of viewpoints, they spread in that part of the Mediterranean basin, making a lasting impact on legislation concerning slavery, which, in the end, led to the limitation of its economic meaning.

Keywords

slavery, zoroastrianism, legislation of ancient nations, religion versus law, impact of axiological standards on legislation

Uwagi wstępne

Niewolnictwo w czasach dzisiejszych powszechnie uznawane jest za zjawisko szkodliwe i niepożądane, ponadto nie przystaje ono do stosunków społecznych wykształconych w ramach rozwiniętego systemu kapitalistycznego, w którym wolność jednostki w dokonywaniu nieskrępowanych wyborów jest podstawą działania mechanizmu rynkowego. By móc osiągnąć poziom dzisiejszych unormowań w tej dziedzinie, prawo musiało przejść ewolucję zainicjowaną przez normy aksjologiczne, znajdujące swą podstawę w normach i postawach moralnych. Należy zwrócić zatem szczególną uwagę na czynniki, które zainicjowały ich wykształcenie. Pierwszym w historii kompleksowym ideologicznym sprzeciwem wobec niewolnictwa był zaratusztrianizm, którego zasady w tej

dziedzinie wprowadzane były w życie w Państwie Achemenidów, by następnie w drodze wymiany myśli i recepcji elementów religijnych rozprzestrzeni się w basenie Morza Śródziemnego. Jego wpływ na ugruntowaną praktykę w obszarze Bliskiego Wschodu w VI w. p.n.e. dotyczącą dopuszczalności, a niekiedy i niezbędności systemowej niewolnictwa doprowadził ostatecznie do zmiany jego struktury i częściowego zmniejszenia znaczenia niektórych jego form. W niniejszej pracy skupię się w szczególności na wskazaniu wpływu zaratusztrianizmu na państwo Cyrusa Wielkiego w VI i V w. p.n.e. oraz wagi poczynionych zmian względem wcześniej ugruntowanych norm porządku prawnego na tym obszarze, które w swej istocie były nie ewolucją, a rewolucją w dziedzinie niewolnictwa.

1. Zaratusztrianizm jako pierwsza kompleksowa ideologia sprzeciwiająca się niewolnictwu

Zaratusztrianizm jest religią irańską zapoczątkowaną przez proroka Zaratusztrę¹ pomiędzy rokiem 628 a 551 p.n.e.² Zarówno religia, jak i myśl zaratusztriańska głosiły treści innowacyjne, bazując przy tym na kosmologii zapożyczonych z wierzeń staroirańskich³. Objawiały się one w doktrynie, którą można określić poprzez syntetyczne przykazania: dobre myśli, dobre słowa, dobre czyny. W swej istocie była to religia monoteistyczna, której bogiem był Ahura Mazda. Miał on stworzyć dwa pierwotne duchy, będące swoimi przeciwieństwami. Były te dokonały wyboru odpowiadającego ich naturze, pierwszy Septema Mainju stał się ucieleśnieniem prawości (*asha*), zaś drugi Angra Mainju – fałszu (*drug*). Duchy uczyniły to na podstawie decyzji Ahura Mazdy, zaś świat stał się polem toczonych przez nie bitwy. Zło wyekstrahowane w osobie Angry Mainju miało zostać ostatecznie pokonane, co umożliwić miało wieczne panowanie dobra⁴. Dokonany przez nie wybór odzwierciedla ten, który podjąć muszą ludzie, mający w tej walce udział. U jej końca bowiem Saoszjant, mesjasz poczęty i zrodzony z dziewicy, która zażyła kąpieli w jeziorze Kasawa, poprowadzić ma dobrych i sprawiedliwych w dzień Sądu Ostatecz-

¹ Pochodzące z greckiej historiozofii formy zoroastrianizm i Zoroaster również są poprawne. R.N. Frye, *The Heritage of Persia*, William Clowes and Sons, London 1962, s. 27.

² Richard Nelson Frye wskazuje, że przedział ten jest najbardziej prawdopodobny; zarówno tradycje ustne zaratusztriańska i arabska, jak i źródła pisane podają rozbieżne okresy życia Zaratusztry wahające się pomiędzy rokiem ok. 1000 a 500 p.n.e. *Ibidem*, s. 28–30.

³ M. Boyce, *Zoroastrians. Their Religious Beliefs and Practices*, Routledge and Kegan Paul, London 1979, s. 21. Dostępne jest także tłumaczenie polskie: M. Boyce, *Zaratusztrianie. Wiara i życie*, tłum. B. Korzeniowski, Z. Józefowicz-Czabak, Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 1988. Korzystam z wydania angielskiego w związku z obecnością w nim tekstów źródłowych tłumaczonych bezpośrednio z oryginalnego języka zapisu. W ramach tłumaczenia polskiego teksty źródłowe są tłumaczone pośrednio z języka angielskiego, a taka podwójna interpretacja mogłaby potencjalnie spowodować nieścisłości.

⁴ *Ibidem*, s. 20–21.

nego do ostatniej walki z siłami zła⁵. W dzień ten dusze zmarłych wiernych ponownie stać się mają cielesne. Poza wiernymi w boju pomocy udzielają także istoty święte zwane Septena Jazda, będące emanacjami Ahura Mazdy, do których grona należą niektórzy bogowie staroirańskich religii tacy jak Mitra⁶. Naprzeciw im jednak występować mają tak zwane Dewy, służące złu, do których zaliczają się bóstwa wywodzące się z innych religii, w szczególności te, których domeną była wojna⁷. Należy zwrócić zatem uwagę na motyw walki dobra ze złem oraz zmartwychwstania, a także samej wędrówki dusz do nieba, piekła lub czyścica. Elementy te znane są także i w późniejszych religiach, co potencjalnie może stanowić przesłankę dotyczącą ich transpozycji do późniejszych wierzeń⁸. Z punktu widzenia ideologicznego obdarzeni wolną wolą wyznawcy kierować się mieli zasadą miłosierdzia wobec bliźniego, a także wspierać dobro poprzez swe czyny⁹. To pojmowane było przez pryzmat wskazań pism religijnych. Do świętych tekstów zaliczyć należy Awestę oraz Gaty; ta pierwsza z języka staroirańskiego zwana jest *apartak*, co oznacza prawo. Zapisy Gat skupiają się przede wszystkim na kwestiach teologiczno-dogmatycznych, podczas gdy Awesta zawiera w sobie poza nimi także konkretne wskazania dotyczące postępowania śmiertelników. Jest ona spisana w formie dialogu pomiędzy Ahura Mazdą a Zaratusztrą. W jej księdze pierwszej, przegarcie czwartym wskazane są grzechy, a zatem czyny potępiane w oczach boga. Należą do nich w szczególności odstępstwo od wiary, oszustwo, zmuszanie ludzi do pracy bez stosownej zapłaty oraz wyzysk pracowników, takich jak rolnicy czy pasterze¹⁰. Wobec takiego pojmowania grzechu nie dziwi zatem niechęć wiernych do zjawiska, jakim jest niewolnictwo. Naturalnym tego następstwem są działania wierzących władców mające na celu w mniejszym lub większym stopniu wyeliminowanie niewolnictwa w formie uważanej za grzeszną. Pierwszym władcą wyznającym zaratusztrianizm, co do którego nauka jest zgodna, był Cyrus II Wielki¹¹. Wedle tradycji zaratusztriańskiej jednak pierwszym królem, który został nawrócony przez Zaratusztrę, był Vishtaspa, postać nazywająca się tak samo jak ojciec Dariusza Wielkiego, z racji czego byli oni utożsamiani ze sobą m.in. przez Eycka Olmsteda¹². Obecnie mając na uwadze wiodącą teorię, wedle której działalność Zaratusztry datuje się na okres

⁵ M. Składankowa, *Bohaterowie, bogowie i demony dawnego Iranu*, Iskry, Warszawa 1984, s. 234.

⁶ M. Eliade, *Historia wierzeń i idei religijnych*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1988, s. 226–227.

⁷ *Ibidem*, s. 218.

⁸ *Encyclopedia Iranica*, hasło: *Eschatology i*. In *Zoroastrianism and Zoroastrian Influence*, <http://www.iranicaonline.org/articles/eschatology-i> [dostęp 13.02.2019].

⁹ M. Eliade, *op. cit.*, s. 217.

¹⁰ I. Pietraszewski, *Miano Słowiańskie w ręku jednej Familii od trzech tysięcy lat zostające czyli nie Zendawesta a Zędaszta to jest Życiodawcza książeczka Zoroastra albo Awesta Wielka*, Wydawnictwo „Ar-moryka”, Sandomierz 2011, s. 22–23.

¹¹ *Encyklopedia Iranica*, hasło: *Cyrus II The Great*, <http://www.iranicaonline.org/articles/cyrus-iii> [dostęp 13.02.2019].

¹² A.T. Olmstead, *History of the Persian Empire*, The University of Chicago Press, London 1948, s. 106.

przed rządami Cyrusa II Wielkiego, ta teoria wydaje się mało prawdopodobna¹³. Przedzaratusztriańska praktyka ideologiczno-religijna starożytnego Iranu, objawiająca się zarówno w źródłach prawnych, jak i pisanych, a dotyczących postępowania kolejnych władców, instytucjonalizowała niewolnictwo i nie zwalczała go, prowadząc do rozszerzania się zjawiska. Zaratusztrianizm był pierwszą religią sprzyjającą rozwojowi antypatii do niewolnictwa, a zarazem pierwszą kompleksową ideologią w obszarze basenu Morza Śródziemnego, która zniewolenie i wyzysk stawiała pod względem aksjologicznym obok zabójstwa, jako działania godne potępienia¹⁴.

Gdy chodzi o źródła historycznoprawne dotyczące wpływu zaratusztrianizmu na rozwiązania instytucjonalno-ustrojowe, to zarówno te achemenidzkie, jak i sassanidzkie wydają się nieliczne. Najpewniej z tego powodu, że w starożytnym Iranie przyjmowano, iż czyny i słowa prawodawców są wystarczające dla określenia panującego porządku. Prowadziło to często do słabości instytucjonalnej regulacji innych niż zwyczajowe. Przeciwnością takiego postępowania jest hetycka praktyka prowadzenia kompletnych archiwów państwowych. Gdy chodzi o zachowane dokumenty przedmiotowe, najistotniejszy jest wystawiony przez Cyrusa Wielkiego ceramiczny cylinder pokryty inskrypcją, w której ten w pierwszej osobie opisuje swą wolę i czyny. Kolejnym, choć potencjalnie mało wiarygodnym źródłem¹⁵, jest edykt wydany przez Cyrusa, przytoczony w starotestamentowym zapisie Księgi Ezdrasza¹⁶. Dotyczyć miał on kwestii wsparcia uwolnionych z niewoli babilońskiej Żydów przy odbudowie Świątyni Salomona. Mając to na uwadze, należy wspomnieć, że w ramach istniejącej w starożytnym Izraelu praktyki niewolnictwa występował specyficzny sposób podejścia do tego problemu, wynikający z doświadczeń niewoli egipskiej i babilońskiej. Pamięć o tych wydarzeniach miała skłaniać do miłosierdzia wobec niewolników, co przełożyło się na uchwalenie konkretnych zasad postępowania wobec tej kategorii ludności, zawartych między innymi w Starym Testamencie i Kodeksie Samarytańskim. Prawo izraelskie, spisane przede wszystkim w ramach pism religijnych, uznawało niewolnictwo, pozwalając Izraelitom na kupowanie niewolników poza granicami kraju lub spośród cudzoziemców przebywających w Izraelu. Prawodawstwo Starego Testamentu wprowadziło ograniczenia prawa własności panów nad ich niewolnikami, zobowiązując ostatecznie właścicieli do traktowania niewolników tak samo jak robotników najemnych¹⁷. Określona została maksymalna norma dobową pracy niewolnika wynosząca 10 godzin wyłącznie w porze dzien-

¹³ R.N. Frye, *op. cit.*, s. 27–34.

¹⁴ I. Pietraszewski, *op. cit.*, s. 23–24.

¹⁵ R. Rumianek, *Interpretacja Edyktu Cyrusa*, „Warszawskie Studia Teologiczne” 2006, nr XIX, s. 153–160.

¹⁶ *Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, tłum. K. Romaniuk, Wydawnictwo M, Warszawa 2005, s. 439, Ezd 6,3–5.

¹⁷ M. Filipiak, *Społeczna i prawna sytuacja niewolników w Starym Testamencie*, „Roczniki Nauk Społecznych” 1981, nr 9, s. 285.

nej oraz zakaz dokonywania przeciw niemu czynności, które mogłyby skutkować upokorzeniem¹⁸. Ponadto, jeżeli skutkiem kary cielesnej wymierzonej niewolnikowi była jego śmierć, właściciel winien zostać ukarany śmiercią, wedle zapisu Kodeksu Samarytańskiego¹⁹. Warto zwrócić też uwagę na rozdział 21 Księgi Wyjścia, który głosi, że po upływie 6 lat służby należy zwrócić niewolnikowi wolność²⁰. Sytuacja tej kategorii ludności była dynamiczna, z wpływem czasu liberalizując się, doprowadzając ostatecznie nie tyle do marginalizacji zjawiska, co do ograniczania jego istotności w ramach stosunków społecznych i zdecydowanego złagodzenia jego skutków dla niewolnych. Za okres największych zmian w tym zakresie należy uznać ten po niewoli babilońskiej, a za jego przyczynę uznaje się doświadczenia Izraelitów oraz sposób potraktowania przez dawnego pana, który w ich oczach kierował się właśnie miłosierdziem. W ten sposób przyjąć można, że jest to dowodem bezpośredniego wpływu religii zaratusztriańskiej na prawodawstwo izraelskie, zrealizowanego przez działania Cyrusa.

Niewolnictwo było zjawiskiem szerokim i powszechnie znanym we wschodniej części basenu Morza Śródziemnego, choć występowało w różnych formach. W ramach ideologii religijnych osoby niewolne mogły liczyć na pewne ustępstwa, jak na przykład możliwość tymczasowego znalezienia schronienia w świątyni po własnej ucieczce od pana²¹. Nie oznacza to jednak, że dana religia potępiała późniejsze wydanie takiego niewolnika lub ukaranie go. Rola osób niewolnych w społeczeństwach była ugruntowana i niejednokrotnie wynikała z wielowiekowych tradycji i zasad, które następnie mogły poddawane były kodyfikacjom, takim jak Kodeks Hammurabiego. Tak ukształtowana społeczna świadomość, w której niewolnictwo często było elementem naturalnym i codziennym, sprawiała, że nie kwestionowano jego zasadności. Pierwszym i kompletnym systemem filozoficznym potępiającym zniewolenie jako zjawisko jednoznacznie złe i niepożądane był zaratusztrianizm.

2. Niewolnictwo jako zjawisko na gruncie teoretycznym – pierwszeństwo filozofii zaratusztriańskiej w próbie jego faktycznego zniesienia

Niewolnictwo było zjawiskiem powszechnym i aktywnie wspieranym przez prawodawstwo państw starożytnych. O wielkości problemu świadczą źródła z tego okresu,

¹⁸ *Ibidem*, s. 273.

¹⁹ *Ibidem*, s. 281.

²⁰ *Pismo Święte...*, s. 76, Wj 21,2.

²¹ Schronienie takie oferowała rzymska świątynia Cerery w V w. p.n.e. R. Kamińska, *Sprawowanie urzędów edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i pryncypacie rzymskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. 115(2), s. 169, <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/cph/article/view/16289> [dostęp 04.08.2019].

dotyczące zarówno stosunków codziennych i faktycznych, jak i prawnych unormowań, w ramach których trudna pozycja niewolnika była ugruntowywana i sprowadzana do stanu utrzymywanego nie tylko wolą prywatnego właściciela, ale i usankcjonowana autorytetem państwa. By móc przedstawić skalę tego problemu, należy omówić sytuację niewolników w państwach wschodniej części basenu Morza Śródziemnego. Zaratusztrianizm był czynnikiem zmian prawnych w dziedzinie dopuszczalności niewolnictwa nie tylko dlatego, że sprzeciwił się mu jako pierwszy. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż praktyki zarówno postępowania faktycznego, jak i tego wskazanego normami prawa, ugruntowane w pierwszych cywilizacjach, jawnie popierały i propagowały wykorzystanie siły niewolniczej w gospodarce zarówno na skalę państwową²², jak i domową²³. Warto w tym miejscu krótko scharakteryzować formy niewolnictwa jako takiego. Pojęcie niewolnictwa należy rozpatrywać wszechstronnie, gdyż nie jest ono jednorodne. Współczesne znaczenie terminu „niewolnik” różnić się może od jego rozumienia w ramach stosunków społecznych wykształconych przez państwa starożytne. Nie każdej kategorii ludności zależnej można nadać miano niewolników. By określić ich położenie, należy zbadać nałożone na nich obowiązki i posiadane prawa w zakresie prawa własności, swobody przemieszczania się i pracy, osobowości prawnej, życia rodzinnego, a także możliwości społecznego awansu²⁴. Wyróżnić można przede wszystkim niewolnictwo państwowo-produkcyjne, pałacowe i domowe²⁵. Pierwsze określenie oznacza siłę roboczą kierowaną do prac wyznaczanych przez państwo takich jak roboty budowlane, produkcja czy praca w kopalniach. Charakteryzuje się ona zarówno wykorzystaniem mas ludzkich do prostych prac fizycznych, jak i w przypadku wykwalifikowanych rzemieślników do wykonywania zadań z zakresu ich specjalizacji, w tym administrowania. Każdorazowo sytuacja jednostki będącej niewolnikiem państwowym była jednak gorsza niż osoby wolnej, wykonującej zadania w tej samej dziedzinie. Odmienne natomiast było w przypadku formy pałacowej. Tutaj niewolnik wykonywał z reguły zadania mające na celu spełnianie potrzeb dworu, posiadając jednak wysoki status materialny i szerokie przywileje. Znane są przypadki, gdy niewolnicy pałacowi mieli przemożny wpływ na politykę

²² Wykonywanie prac o charakterze użytecznym dla aparatu państwowego związane ze służbą publiczną i wojskową. I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, *Niewolnictwo*, Warszawa 1987, s. 129–133.

²³ Wykonywali oni obowiązki z zakresu uprawy roli, rękodziela i rzemiosła w ramach zaspokajania potrzeb domu swego pana. *Ibidem*, s. 185–186.

²⁴ I. Biezuńska-Małowist, *Główne kierunki badań nad niewolnictwem starożytnym we współczesnej historiografii*, „Przegląd Historyczny” 1968, nr 59/3, s. 357.

²⁵ Niewolnictwo państwowo-produkcyjne w przyjętym w niniejszym artykule rozumieniu określić można jako przymusowe roboty publiczne lub skierowanie przez władcę grupy ludzi do produkcji na rzecz państwa. W tym przypadku państwowość oznaczać ma jego ukierunkowanie na wypełnianie prac związanych z konkretnymi potrzebami państwa. Natomiast w terminie niewolnictwo pałacowe zawarte jest pełnienie przez niewolników funkcji w administracji państwowej, jako że dwór-pałac był faktycznym ośrodkiem władzy w państwach starożytnego Iranu, lub też prace o charakterze pomocniczym w ramach codziennej organizacji dworskiego życia.

państwową, będąc dopuszczani samodzielnie do urzędów. Często możliwość tego rodzaju pracy poprawiała jakość życia osoby zniewolonej i umożliwiała awans społeczny, który w innym przypadku mógł być dla niej niemożliwy. Gdy zaś chodzi o niewolnictwo domowe, to forma ta oznacza korzystanie z pracy pojedynczych niewolników będących częścią gospodarstwa domowego, którzy wspierali jego codzienne funkcjonowanie. Występowało ono zarówno na obszarach wiejskich, jak i miejskich, zaś status tych osób wynikał z sytuacji konkretnego gospodarstwa domowego, do którego byli przydzieleni. Jest to zarazem najpowszechniejsza i prawdopodobnie najpierwotniejsza forma podległości osobistej występująca na terenie starożytnego Iranu, jak również Egiptu czy Grecji. Było to zjawisko na tyle powszechne i naturalne, że źródła pisane często milczą na ich temat, wspominając za to o niewolnikach państwowych, których efekty pracy były namacalne i widoczne, oraz niewolnikach pałacowych, będących często ważnymi postaciami w życiu dworskim. O znaczeniu niewolnictwa w gospodarce państw starożytnych decyduje przede wszystkim ich udział w pracy na roli, przy czym liczba niewolników wyższa była zwykle w gospodarce rolnej opartej na rozległych posiadłościach ziemskich niż w tej, gdzie przeważała dekoncentracja własności ziemi uprawnej²⁶.

Pomiędzy klasycznym systemem niewolnictwa w europejskich państwach antycznych a strukturą gospodarczą i społeczną państw starożytnego Wschodu istnieją zasadnicze różnice. Polegają one na tym, że w państwach wschodnich główną siłą roboczą najczęściej stanowiła ludność wolna, zależna jednak od władzy centralnej, świątyni i możnych²⁷. Tam jednak, gdzie niewolnictwo rozwinęło się na szerszą skalę, przyjmowało ono zazwyczaj formę pałacową, która dominowała nad innymi²⁸.

Wspominając o kwestiach filozoficznego uzasadnienia wykorzystywania pracy niewolniczej, można stwierdzić, że pierwsze jego próby miały miejsce w V w p.n.e. na terenie starożytnej Grecji. Grecy, odwołując się do mentalności mieszkańców państw, gdzie obywatel nie miał wpływu na władzę, uważali ich za niewolników naturalnych, barbarzyńców, dla których służba poddańcza jest odwiecznym elementem egzystencji. Do wykształcenia się takiego poglądu mogło przyczynić się błędne tłumaczenie irańskiego terminu *bandak*, oznaczające poddanego, dokonane przez Plutarcha, który łączył je znaczeniowo ze słowem niewolnik²⁹. Pogarda, jaką obdarzali ich Grecy, znajduje odbicie w dziełach Theognisa z końca VI w., w których ten krytykował poziom umysłowy barbarzyńców, będących mieszkańcami despotcji, uważając go za godny pożałowania

²⁶ I. Biezuńska-Małowist, *op. cit.*, s. 361–362.

²⁷ *Ibidem*, s. 353.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ D. Quirini-Popławska (red.), *Niewolnictwo i niewolnicy w Europie od starożytności po czasy nowożytne: pokłosie sesji zorganizowanej przez Instytut Historii Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie w dniach 18–19 grudnia 1997 roku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998, s. 19.

i wrodzony. Dopiero u Eurypidesa znaleźć można tezy głoszące niezbędność niewolnictwa w społeczeństwie, co zostało wskazane w zachowanym we fragmentach dramacie *Aleksander*. Trudne są natomiast do uchwycenia prywatne poglądy Arystotelesa na temat niewolnictwa, można jednak je zrekonstruować na podstawie twierdzeń jego uczniów. Według nich przyroda tworzy antytezę tego co wysokie i niskie, z tego powodu niektórzy ludzie są wolnymi, a inni niewolnikami z natury, zaś ten który zdobywa władzę, udowadnia swą wyższą doskonałość, zatem niewolnictwo jest uzasadnione³⁰. W związku z tym społeczeństwo dzieli się na elitę, składającą się z ludzi naturalnie wolnych i inteligentnych, oraz pozostałą – pośledniejszą jego część, którą stanowią właśnie m.in. niewolnicy³¹. Ponadto prawo stanowione realizować miało cel, jakim jest ochrona zgodnego z prawem naturalnym systemu niewolniczego³². W *Państwie* Platona niewolnictwo było zbędne, co nie oznacza, że był on jego przeciwnikiem. Nie ulega wątpliwości, że zarówno Arystoteles, jak i Platon byli zwolennikami i propagatorami teorii, wedle której niewolnictwo jest zjawiskiem naturalnym, co wynika z analizy pozostawionego przez nich dorobku piśmienniczego i możliwe jest do stwierdzenia dzięki całościowej jego analizie³³. Zdaniem Plutarcha natomiast tylko i wyłącznie od przeznaczenia zależy, czy ktoś zostanie niewolnikiem³⁴.

W starożytnym Egipcie praca wykonywana przez niewolnika wpisywała się w boski porządek Maat, regulujący wszystkie dziedziny życia, nie było więc potrzeby odrębnej regulacji sytuacji niewolników. W pozostałych rejonach wschodniej części basenu Morza Śródziemnego nie były one przedmiotem dyskursu filozoficznego, gdyż jako zwyczajny element codziennego życia niewolnictwo wydawało się oczywistym jego składnikiem.

W Rzymie natomiast kwestia niewolnictwa stanowiła przedmiot dyskusji przede wszystkim na gruncie prawnym. Dopiero w I w. p.n.e. Cynceron twierdził, że korzystanie z własności powinno być etyczne, przy pomnażaniu zaś majątku nie należy krzywdzić innych³⁵. Ponadto postulował on przestrzeganie zasad sprawiedliwości również wobec

³⁰ A. Beşançon, *Wolność*, tłum. R. Forycki, <https://docplayer.pl/14679351-Prof-alain-besancon-wolnosc.html>, s. 1 [dostęp 22.06.2019].

³¹ M. Maciejewski, *Zarys historii idei elitaryzmu. Od Platona do Czesława Znamierowskiego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. 115(2), s. 24, <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/10582> [dostęp 04.08.2019].

³² M. Maciejewski, *Doktrynalne ujęcia relacji prawo naturalne – prawo stanowione od starożytności do czasów oświecenia*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, nr 8(2), s. 115, <http://www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa> [dostęp 04.08.2019].

³³ I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, *op. cit.*, s. 214–225.

³⁴ A. Beşançon, *op. cit.*, s. 1.

³⁵ E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 7.

niewolników, co mogło sugerować, by traktowano ich jak robotników najemnych³⁶. Według Gaiusa pan miał władzę nad życiem i śmiercią swojego niewolnika, zatem postulat Cycerona, by ograniczyć w istocie prawo własności, stał w sprzeczności z rzymską praktyką prawną³⁷. Odmiennego od Greków zdania był piszący w I w. n.e. Seneka, który występował w sposób zdecydowany przeciwko nierównościom społecznym, wskazując niewolnictwo jako jedno z jego źródeł³⁸. Poglądy Seneki i Cycerona odzwierciedlają powoli postępujący od okresu wczesnego cesarstwa spadek znaczenia niewolnictwa w gospodarce, tj. tzw. kryzys niewolnictwa, wynikający z ograniczenia podbojów militarnych i późniejszego rozpowszechniania się etyki chrześcijańskiej. Mimo to, jeszcze za rządów cesarza Trajana, Pliniusz Młodszy pochwalał wykorzystywanie niewolników w ramach walk gladiatorów, twierdząc, że daje to możliwość wykazania się cnotą odwagi, co przed śmiercią wynosi walczących do rangi ludzi wolnych³⁹.

Podsumowując kwestię niewolnictwa we wschodniej części basenu Morza Śródziemnego, za Izą Biezuńską-Małowist można stwierdzić, że w owym czasie „nikt nie wysuwał postulatów zniesienia niewolnictwa, tak było ono wrośnięte w społeczeństwo [...] i wydawało się niezbędne dla funkcjonowania antycznej polis”⁴⁰. Jest to prawdą w odniesieniu do Grecji, której cytat bezpośrednio dotyczy, lecz zasadna jest także hipoteza, wedle której zarówno w okresie życia Zaratusztry przypadającym na lata pomiędzy 628 a 551 r. p.n.e., jak i wcześniej nikt inny nie stworzył kompleksowego systemu ideologicznego potępiającego niewolnictwo poprzez uznanie go za grzech i zakazanie. Dlatego też pierwszeństwo w tej dziedzinie, na obszarze basenu Morza Śródziemnego, należy przyznać zaratusztrianizmowi.

3. Prawodawstwo Cyrusa Wielkiego a zagadnienie zmiany ugruntowanego ładu społecznego dotyczącego kwestii niewolnictwa

Ugruntowana praktyka dotycząca wykorzystywania siły niewolniczej trwała w sposób niezmienny na ziemiach starożytnego Iranu i Mezopotamii aż do czasu zjednoczenia większości tego obszaru przez pierwszego króla Persji i Medii z dynastii Achemenidów Cyrusa II Wielkiego. Ten w swych działaniach kierować się miał nową etyką wynikającą z religii zaratusztriańskiej. Nie wiadomo, czy był on zaratusztrianinem w ścisłym tego

³⁶ A. Ceglarska, *Polibiusz i Cyceon wobec kryzysu Republiki Rzymskiej*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2016, nr 9(2), s. 161, <http://www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa> [dostęp 04.08.2019].

³⁷ A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Wolters Kluwer SA, Warszawa 2013, s. 132.

³⁸ E. Kundera, M. Maciejewski (red.), *op. cit.*, s. 33.

³⁹ A. Beşancon, *op. cit.*, s. 1.

⁴⁰ I. Biezuńska-Małowist, M. Małowist, *op. cit.*, s. 226.

słowa znaczeniu, jednakże religia ta wywarła przemożny wpływ na jego rządy⁴¹. Wedle zapisów historyków greckich Cyrus miał córkę, której nadano imię Huatosa. Zwano tak według tradycji zaratusztriańskiej także żonę króla Wisztapsy, który miał być protektorem Zaratusztry i jednym z pierwszych wpływowych wiernych nowej religii⁴². Czyny Cyrusa w dziedzinie sposobu rządów czyniły zadość zaratusztriańskiej zasadzie *asha*, prawości, co oznacza, że postępował on jak lojalny wyznawca Ahura Mazdy⁴³. W tym czasie bowiem, tj. w latach pomiędzy 550 a 522 r. p.n.e., zmianie zaczęła ulegać struktura populacji niewolników w państwie, gdyż ilościowo, a przede wszystkim pod względem znaczenia, dominować zaczęło niewolnictwo w formie pałacowej⁴⁴. Zmiany te nie są przypadkowe. Zarówno potencjalne lata życia Zaratusztry, tj. 628–551 p.n.e., jak i fakt dojścia do władzy pierwszego udokumentowanego monarchy dzielającego jego filozofię w roku 550 p.n.e. są zaskakująco zbieżne z okresem nagłej zmiany ugruntowanej wszak od stuleci struktury populacji niewolników. Zaratusztrianizm za grzech uważał poddawanie ludzi przymusowi pracy bez zapłaty, co miało miejsce najczęściej zarówno w ramach niewolnictwa domowego, jak i państwowo-produkcyjnego. Gdy jednak chodzi o niewolnictwo pałacowe, to jednostka pomimo statusu niewolnika zyskiwała przywileje i poziom życia, który był często niedostępny dla innych obywateli, ponadto częstokroć mogła pełnić także ważne funkcje państwowe i urzędy, partycypując tym samym w sprawowaniu władzy, co nawet zdaniem filozofów greckich czyniło człowieka wolnym. Warto wspomnieć również, że oceniając status grupy ludności wykonującej w owym czasie czynności w ramach służby pałacowej, należy między innymi odpowiedzieć na pytania dotyczące ich prawa do posiadania własności, swobody przemieszczania się i pracy, praw w zakresie rodzinnym oraz obowiązków politycznych i wojskowych oraz możliwości społecznego awansu. Niewolnicy pałacowi mieli szeroki zakres przywilejów, w ramach którego uprawnieni byli do posiadania własności, poza wykonywaniem swych zadań mogli zwykle prowadzić normalne życie, zarówno społeczne, jak i rodzinne, co jednak nie było zasadą, zaś w ramach służby przy ośrodku władzy ich możliwości awansu społecznego, jako ludzi z nizin społecznych, były zdecydowanie lepsze od tych, jakie przypadały nawet ludności dobrze sytuowanej, trudniącej się kucpactwem czy uprawą ziemi. To wszystko oraz fakt dobrobytu i otrzymywania stosownej zapłaty i przywilejów sprawiało, że zjawisko zwane niewolnictwem pałacowym w tym rozumieniu w istocie okazywało się służbą publiczną i nie było sprzeczne z naukami

⁴¹ A. Krasnowolska (red.), *Historia Iranu*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich Wydawnictwo, Wrocław 2010, s. 78.

⁴² Wisztapsa jest poprawną w języku polskim wersją imienia Vishtaspa w zapisie anglojęzycznym. M. Boyce, *op. cit.*, s. 5.

⁴³ *Ibidem*, s. 51.

⁴⁴ *Encyklopedia PWN*, hasło: *Persja*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/Persja;4019647.html> [dostęp 20.01.2019].

zaratusztriańskimi. Niewolnictwo w tej formie i jego ekspansja było zatem istotnym elementem próby zmiany struktury społecznej, będąc jednocześnie formą znaną wcześniej, zaś brak rezygnacji z niej bez wątpienia jednał przychylność możnych, którzy byli wszak z nim bezpośrednio związani, jako że satrapowie posiadali w ramach swych aparatów administracyjnych stanowiska przez takich niewolników obsadzone. Połączenie tych trzech faktów, tj. okresu życia Zaratusztry, okresu rządów Cyrusa Wielkiego i zjawiska ekspansji niewolnictwa pałacowego, pozwala wysunąć hipotezę, wedle której Cyrus II Wielki prowadził faktyczne działania mające na celu zniesienie niewolnictwa w dotychczasowej formie, a co najmniej tych jego form, które były sprzeczne z naukami zaratusztriańskimi⁴⁵. Co więcej, przyjmując wedle logiki wyводу, że niewolnictwo pałacowe w tym znaczeniu w istocie nie było niewolnictwem, a rodzajem służby publicznej, działania Cyrusa mogły mieć na celu doprowadzenie do zlikwidowania zjawiska niewolnictwa w każdej jego formie. W przypadku niewolnictwa domowego jednostka taka otrzymywać miała stosowną zapłatę i nie być przymuszana do pracy wbrew jej woli, co czyniłoby z niej zwykłego pracownika. W przypadku niewolnictwa państwowo-produkcyjnego status niewolników miałby przybrać postać sytuacji robotnika wykonującego prace zlecone przez państwo. Są to oczywiście potencjalne następstwa faktycznych działań podejmowanych przez Cyrusa Wielkiego w zakresie reform i prawodawstwa, które to następstwa mogły nie być jego bezpośrednią wolą.

Odnosząc się do specyfiki prawodawstwa tego okresu, zaznaczyć trzeba, że za prawnie uzasadnioną praktykę uznawać należy faktyczne działania podejmowane przez władcę wyrażone w spisanych edyktach i innych dokumentach. Państwa tego okresu nie były państwami prawa, które działają na podstawie norm zawartych w przepisach. Prawo wynikało ze zwyczajów oraz faktycznych działań władców, dlatego też za reformy należy uznać działania władcy sprzeczne z dotychczasowymi praktykami w danych dziedzinach. Za najdonioślejszy i potwierdzony historycznie akt z czasów rządów Cyrusa II Wielkiego przyjąć można cylinder Cyrusa. Wedle tekstu na nim zapisanego monarcha potępiał władcę Babilonu za zniewalanie poddanych. Ponadto wielokrotnie wskazany jest w nim stosunek ogółu populacji do nowego władcy, która miała być mu wdzięczna i oddawać cześć za uwolnienie z niewoli, jak na przykład mieszkańcy Babilonu, których byt jako niewolników, wedle tekstu cylindra, był sprzeczny z ich społeczną pozycją⁴⁶. Autor może mieć na myśli chociażby zniewolonych rzemieślników. Dodatkowo mowa jest o zwracaniu domostw ludności przesiedlonej, odbudowie ich świątyń

⁴⁵ M. Eliade, *op. cit.*, s. 222–223.

⁴⁶ “As to the inhabitants of Babylon (DIN.TIR), [they saw their] hearts con[tent] (because) [I abolished] the corvée which was against their (social) standing”. J.B. Pritchard (ed.), *Ancient Near Eastern Texts*, Princeton University Press, New Jersey 1969, s. 315–316.

i darowaniu zrabowanych przez innych bogactw⁴⁷. Warto dodać, iż wedle Starego Testamentu to właśnie Cyrus uwolnił Żydów z niewoli babilońskiej, co – mając na uwadze tekst cylindra, w wielu miejscach zbieżny z Księgą Ezdrasza 6,3-5 – wydaje się prawdopodobne, o ile Żydzi faktycznie obecni byli w owym czasie w Babilonie. Wyzwolenie Żydów było jedynie jednym z wielu dokonanych przez tego władcę liberalnych i nie znajdujących pokrycia w tradycji aktów.

Porównując tłumaczenia fragmentu cylindra Cyrusa, dotyczące dotychczasowego traktowania ludzi, będących mieszkańcami Babilonu, którzy mieli zostać uwolnieni: 1. „Udręczył on jego mieszkańców nieodpłatną i przymusową pracą bez wytchnienia, doprowadził ich wszystkich do ruiny”⁴⁸; 2. „Doprowadził ich do ruiny przez pracę pod jarzmem bez wytchnienia”⁴⁹; 3. „Codziennie doprowadzał on swych ludzi do ruiny nakładając na nich trudy, od których nie mieli wytchnienia”⁵⁰, stwierdzić można, że zależnie od przekładu mamy do czynienia z wykonywaniem przez nich pracy niewolniczej, pod jarzmem lub bez wytchnienia⁵¹. Mając niniejsze na uwadze, wielce prawdopodobne wydaje się, że charakter pracy wykonywanej przez uwolnioną ludność tożsamy był z niewolnictwem. Na tej podstawie stwierdzić można, iż Cyrus uwolnił w Babilonie niewolników.

Porównując działania podjęte przez Cyrusa opisane w inskrypcji wyrytej na cylindrze z dawną praktyką zniewalania rzemieślników i osób wykształconych w innych dziedzinach pochodzących z ludów podbitych lub podporządkowanych oraz przymusowym przesiedlaniem ich do własnych miast, stwierdzić można, że doszło do odstąpienia od tego ugruntowanego i zwyczajowego postępowania. Co więcej, sam fakt zainteresowania władcy sytuacją ludności do tego czasu zależnej, gdy miałyby to nie przynieść natychmiastowych korzyści, jest wcześniej wręcz niespotykany⁵². Działania podjęte przez Cyrusa Wielkiego, będące w istocie reformami wstrząsającymi dotychczasowymi prawno-zwyczajowymi podstawami społeczeństwa i postępowania, doprowadziły do zmiany sytuacji niewolników w państwie perskim. Od tego czasu niewolnictwo występowało w głównej mierze w formie pałacowej, która wszak często poprawiała jakość

⁴⁷ Warto wspomnieć, iż wedle Awesty przymuszanie do pracy bez zapłaty jest grzechem. I. Pietraszewski, *op. cit.*, s. 22–23.

⁴⁸ „He [tormented] its [inhabitant]s with corvée work without relief, he ruined them all” – J.B. Pritchard (ed.), *op. cit.*, s. 315–316.

⁴⁹ „[...] he brought ruin on them all by a yoke without relief.” – I. Finkel, Opis obiektu z ekspozycji British Museum nr 90920, https://www.britishmuseum.org/research/collection_online/collection_object_details.aspx?assetId=262857001&objectId=327188&partId=1&fbclid=IwAR2I-CTJjqwCZjFJGjA8nUJtF Cv45hjxsN5RFYgzHvAZzinO2mIHBgxXx-4 [dostęp 15.01.2019].

⁵⁰ „Daily [he ...] brought all his [people] to ruin by (imposing) toils without rest” – M. Chavalas (ed.), *Historical Sources in Translation The Ancient Near East*, tłum. P. Michalowski, Blackwell Publishing, Malden 2006, s. 428–429.

⁵¹ *Corvée* w tym kontekście należy rozumieć jako pracę niepłatną i przymusową – zatem niewolniczą we współczesnym tego słowa znaczeniu.

⁵² M. Boyce, *op. cit.*, s. 51.

życia osób zniewolonych i dawała im dostęp do pełnienia ważnych funkcji państwowych. Jeśli przyjąć taki pogląd, można stwierdzić, iż jest on zgodny z ideologią miłosierdzia wobec bliźniego i czynienia dobra leżącą u podstaw nowej religii.

Cyrus sam w istocie stworzył własne nowe państwo, lecz brak było w tym młodym tworze instytucji, które gwarantowałyby jego stabilność po śmierci swego pierwszego władcy. Skoro problematyczna była kwestia stabilności samego państwa, to tym bardziej trwałość wprowadzonych reform, w szczególności społecznych, jakimi w istocie były działania mające na celu zmianę sytuacji niewolników. Skoro słowa monarchy stanowiły prawo, to obowiązywało ono albo do śmierci danego władcy, albo do innego postępowania kolejnego króla. Po śmierci Cyrusa Wielkiego rządy objął Kambyzes, który zmagać się musiał z chaosem wewnętrznym i zbrojnymi buntami licznych prowincji. Wedle źródeł greckich Kambyzes był wyznawcą zaratusztrianizmu i jako pierwszy praktykował *khvā-ētvadatha*, zatem małżeństwa w bliskiej rodzinie, które znajdują uzasadnienie w tradycji zaratusztriańskiej⁵³. Po śmierci Kambyzesa jako kolejny władca na tron wstępuje dowódca wojskowy imieniem Dariusz, znany później jako Dariusz I, legitymizujący swe prawo do tronu niepotwierdzonym jednoznacznie pokrewieństwem z Cyrusem. Ten w swoich rządach odwoływał się do Ahura Mazdy, zamieszczając na bramach Persepolis wysławiające go inskrypcje, jednakże sam nie był wyznawcą zaratusztrianizmu⁵⁴. Inne zdanie w swej książce *Zoroastrians Their Religious Beliefs and Practices* wyraża Mery Boyce, wskazując na inskrypcję z doliny Nagusz-e Rostam oznaczoną jako Naqsh-e Rostam B, w której Dariusz opisuje zasady swojego postępowania: „Przez łaskę Ahura Mazdy ja jestem człowiekiem tego rodzaju, że jestem przyjacielem prawości, nie jestem przyjacielem zakłamania. Nie jest moim pragnieniem by słabemu działa się krzywda uczyniona przez potężnego jak i również nie pragnę by potężnemu była wyrządzona krzywda przez słabego. To co prawe jest moim pragnieniem. Nie jest moim pragnieniem, by człowiek czynił krzywdę, jednakże nie pragnę również by człowiek, który już skrzywdził uniknął kary”⁵⁵. Moim zdaniem, w świetle tekstu tej inskrypcji motywy działania Dariusza I pokrywają się z zasadą *asha*, zatem i z istotą zaratusztrianizmu, co oznacza, że przynajmniej oficjalnie i publicznie myśl zaratusztriańska była przewodnią ideą dla tego władcy.

Gdy chodzi o stosunek władców Perskich do religii, to wielce prawdopodobne jest, że czcili oni co prawda Ahura Mazdę, jednakże nie w związku z religią zreformowaną przez Zaratusztrę, a z mazdaizmem, tj. religią staroirańską niemającą wiele wspólnego z moralnymi nakazami zaratusztrianizmu⁵⁶. Wraz z dalszą sukcesją kolejni monarcho-

⁵³ *Ibidem*, s. 53.

⁵⁴ M. Eliade, *op. cit.*, s. 223–224.

⁵⁵ Jest to autorskie tłumaczenie cytowanej przez M. Boyce inskrypcji z języka angielskiego. M. Boyce, *op. cit.*, s. 55–56.

⁵⁶ J. Keller, W. Kotański, W. Tyloch, B. Kupis (red.), *Zarys dziejów religii*, Iskry, Warszawa 1986, s. 249.

wie nie kierują się już etyką zaratusztriańską w swych decyzjach politycznych, kontynuując w zasadzie dawne i ugruntowane zwyczajowe praktyki w dziedzinie niewolnictwa, co potwierdzają choćby *Dzieje* Herodota, wedle których w czasie II wojny perskiej sytuację wielu żołnierzy Kserksesa I, syna Dariusza I, opisać można było jako stan faktycznego zniewolenia. Choć zaratusztrianizm nadal był najsilniejszą religią w Imperium, władcy nie kierowali się jego wskazaniem, doraźnie wykorzystując niewolnictwo państwowe w postaci przymusowego wcielenia do armii. Znamienny jest o wiele późniejszy przykład, z roku 627 n.e., gdzie Imperium Sassanidów, w którym zaratusztrianizm był oficjalną religią państwową, na wojnę z Bizancjum wystawiło armię sformowaną niemalże w całości z niewolników. Sassanidzi przejęli pośrednio spadek po Achemenidach, nadając państwu irański charakter. Doprowadzili oni do centralizacji władzy, opierając ją na zaratusztriańskim kościele państwowym, który usiłował zwalczyć inne religie, celem ujednoczenia społeczeństwa i umocnienia władzy. Był on więc narzędziem politycznym, które wykorzystywane było pragmatycznie, a nie po to, aby szerzyć nauki Zaratusztry⁵⁷. Oznaczać to może, że przedmiotowe reformy Cyrusa w obliczu słabości instytucjonalnej państwa okazały się nieskuteczne. Mimo tego niewolnictwo pałacowe przyjęło się na dworze i jedynie w zakresie faktycznej zmiany stosunku wykorzystania innych form niewolnictwa bezpośrednia spuścizna Cyrusa pozostawała żywa.

Podsumowując, należy podkreślić, że w świetle powyższych rozważań nie ulega wątpliwości, iż myśl zaratusztriańska odegrała kluczową rolę w zmianie ugruntowanych praktyk dotyczących niewolnictwa, a także doprowadziła do wykształcenia się i rozwoju myśli antyniewolniczej, która w drodze recepcji trafiła do innych systemów światopoglądowych starożytnego świata. To właśnie zaratusztrianizm był tym czynnikiem, który jako pierwszy kompleksowy system ideologiczny wykształcił postawy moralnego sprzeciwu wobec niewolnictwa, znajdujące bezpośrednie odzwierciedlenie w praktyce prawnej państwa perskiego dynastii Achemenidów, by w okresie późniejszym wpłynąć na kształtowanie norm aksjologicznych społeczeństw basenu Morza Śródziemnego.

W świetle tych rozważań zmiany ustawodawstwa zainicjowane przez nauki Zaratusztry bezpośrednio po jego śmierci nie doprowadziły do rewolucji zakończonej zlikwidowaniem zjawiska niewolnictwa. Rozpoczęły jednak ewolucję myśli, wedle której niewolnictwo stało zjawiskiem społecznie niepożądanym, co w późniejszych okresach historycznych odegrało decydującą rolę w kształtowaniu postaw etycznego sprzeciwu wobec niewolnictwa. Myśl zaratusztriańska wpłynęła zarówno na manicheizm, judaizm, jak i etykę chrześcijańską⁵⁸. Zatem w szerszej perspektywie historycznej zaratusztrianizm zainicjował zmiany, które doprowadziły do stanu współczesnego.

⁵⁷ J. Wolski, *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2007, s. 468.

⁵⁸ M. Eliade, *op. cit.*, s. 212.

Bibliografia

Źródła aktów i tekstów historycznych

- Chavalas M. (ed.), *Historical Sources in Translation The Ancient Near East*, tłum. P. Michalowski, Blackwell Publishing, Malden 2006.
- Finkel I., Opis obiektu z ekspozycji British Museum nr 90920, https://www.britishmuseum.org/research/collection_online/collection_object_details.aspx?assetId=262857001&objectId=327188&partId=1&fbclid=IwAR2I-CTJjqwCZjFJGjA8nUJtFCv45hjxsN5RFYgzHvAZzinO2mIHBgxXx-4 [dostęp 15.01.2019].
- Pismo Święte Starego i Nowego Testamentu*, tłum. K. Romaniuk, Wydawnictwo M, Warszawa 2005.
- Pritchard J.B. (ed.), *Ancient Near Eastern Texts*, Princeton University Press, New Jersey 1969.

Literatura

- Beşancon A., *Wolność*, tłum. R. Forycki, <https://docplayer.pl/14679351-Prof-alain-besancon-wolnosc.html> [dostęp 22.06.2019].
- Biezuńska-Małowist I., Małowist M., *Niewolnictwo*, Warszawa 1987.
- Biezuńska-Małowist I., *Główne kierunki badań nad niewolnictwem starożytnym we współczesnej historiografii*, „Przegląd Historyczny” 1968, nr 59/3.
- Boyce M., *Zoroastrians. Their Religious Beliefs and Practices*, Routledge and Kegan Paul, London 1979; wyd. polskie: M. Boyce, *Zaratusztrianie. Wiara i życie*, tłum. B. Korzeniowski, Z. Józefowicz-Czabak, Wydawnictwo Łódzkie, Łódź 1988.
- Ceglarska A., *Polibiusz i Cyceron wobec kryzysu Republiki Rzymskiej*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2016, nr 9(2), <http://www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa> [dostęp 04.08.2019].
- Dębiński A., *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Wolters Kluwer SA, Warszawa 2013.
- Eliade M., *Historia wierzeń i idei religijnych*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1988.
- Encyklopedia Iranica*, hasło: *Cyrus II The Great*, <http://www.iranicaonline.org/articles/cyrus-iii> [dostęp 13.02.2019].
- Encyklopedia Iranica*, hasło: *Eschatology i. In Zoroastrianism and Zoroastrian Influence*, <http://www.iranicaonline.org/articles/eschatology-i> [dostęp 13.02.2019].
- Encyklopedia PWN*, hasło: *Persja*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/Persja;4019647.html> [dostęp 20.01.2019].
- Filipiak M., *Spoleczna i prawna sytuacja niewolników w Starym Testamencie*, „Roczniki Nauk Społecznych” 1981, nr 9.
- Frye R.N., *The Heritage of Persia*, William Clowes and Sons, London 1962.
- Kamińska R., *Sprawowanie urzędów edyla plebejskiego i edyla kurulnego w republice i pryncypacie rzymskim*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. 115(2), <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/cph/article/view/16289> [dostęp 04.08.2019].
- Keller J., Kotański W., Tyloch W., Kupis B. (red.), *Zarys dziejów religii*, Iskry, Warszawa 1986.
- Krasnowolska A. (red.), *Historia Iranu*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich Wydawnictwo, Wrocław 2010.

- Kundera E., Maciejewski M. (red.), *Leksykon myślicieli politycznych i prawnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Maciejewski M., *Doktrynalne ujęcia relacji prawo naturalne – prawo stanowione od starożytności do czasów oświecenia*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2015, nr 8(2), <http://www.ejournals.eu/Krakowskie-Studia-z-Historii-Panstwa-i-Prawa> [dostęp 04.08.2019].
- Maciejewski M., *Zarys historii idei elitaryzmu. Od Platona do Czesława Znamierowskiego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. 115(2), <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/10582> [dostęp 04.08.2019].
- Olmstead A. T., *History of the Persian Empire*, The University of Chicago Press, London 1948.
- Pietraszewski I., *Miano Słowiańskie w ręku jednej Familii od trzech tysięcy lat zostające czyli nie Zendawesta a Zędaszta to jest Życiodawcza książeczka Zoroastra albo Awesta Wielka*, Wydawnictwo „Armoryka”, Sandomierz 2011.
- Quirini-Popławska D. (red.), *Niewolnictwo i niewolnicy w Europie od starożytności po czasy nowożytne: pokłosie sesji zorganizowanej przez Instytut Historii Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie w dniach 18–19 grudnia 1997 roku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998.
- Rumianek R., *Interpretacja Edyktu Cyrusa*, „Warszawskie Studia Teologiczne”, nr XIX/2006.
- Składankowa M., *Bohaterowie, bogowie i demony dawnego Iranu*, Iskry, Warszawa 1984.
- Wolski J., *Historia powszechna. Starożytność*, Warszawa 2007.

Monika Czechowska
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
ORCID: 0000-0001-8070-6094

Historia obowiązywania zasady *vim vi repellere licet* w polskim prawie karnym – ewolucja kontratypu obrony koniecznej

Historical background of the principle *vim vi repellere licet* in Polish criminal
law – evolution of justification of self-defence

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu zbadanie wpływu rzymskiej zasady *vim vi repellere licet*, zgodnie z którą „siłę można odeprzeć siłą”, na kształtowanie się kontratypu obrony koniecznej w polskich kodyfikacjach karnych. Autorka, posługując się metodą historyczno-prawną oraz formalno-dogmatyczną, dokonuje analizy zarówno art. 21 kodeksu Makarewicza (wprowadzonego rozporządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r.), jak i art. 22 kodeksu Andrejewa (ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny) oraz art. 25 obecnie obowiązującego kodeksu karnego (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny). W konkluzji autorka dochodzi do przekonania, że obecnie obowiązująca instytucja obrony koniecznej ma najszerszy zakres normowania, a to z tego względu, iż czerpie nie tylko z rozwiązań poprzednio obowiązujących kodeksów, ale także wprowadza instytucje nieznane dotąd polskiemu prawu karnemu.

Słowa kluczowe

zasada *vim vi repellere licet*, kontratyp, obrona konieczna, okoliczności wyłączające bezprawność, prawo karne, ewolucja pojęcia, historia prawa, metoda historyczno-prawna, metoda prawna, metoda historyczna, metoda formalno-dogmatyczna

Abstract

This article aims to study of the influence of the Roman principle *vim vi repellere licet*, according to which “it is lawful to repel force with force”, on the evolution of justification of self-defense in Polish penal codifications. The author, using the historical-legal and formal-dogmatic method, analyzes both art. 21 Makarewicz’s Code (introduced by ordinance of the President of the Republic of 11 July 1932), as well as art. 22 Andrejev Code (Act of 19 April 1969 – Penal Code) and art. 25 of the currently applicable Penal Code (Act of 6 June 1997 – Penal Code). In conclusion, the author comes to the conclusion that the currently binding institution of self-defense has the widest scope of normalization, which results from the fact that it draws not only on the solutions of previous codes, but also introduces institutions previously unknown to Polish criminal law.

Keywords

principle *vim vi repellere licet*, justification in law, self-defence, circumstances excluding unlawfulness, criminal law, evolution of the concept, history of law, historical-legal method, legal method, historical method, formal-dogmatic method

1. Uzasadnienie wyboru metody badawczej

Wybór metod badawczych zastosowanych w niniejszym artykule (mowa tutaj o metodzie historyczno-prawnej oraz metodzie formalno-dogmatycznej) znajduje uzasadnienie w samym temacie podejmowanych rozważań, które mają na celu odnalezienie odpowiedzi na pytanie, jaki wpływ miała rzymska zasada *vim vi repellere licet*, zgodnie z którą „siłę można odeprzeć siłą”, na ewolucję kontratypu obrony koniecznej w polskich kodyfikacjach karnych.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić motywy posłużenia się w niniejszym artykule metodą historyczno-prawną, która, jak wskazuje J. Bardach, obejmuje metodę prawną i metodę historyczną¹. Otóż, jak trafnie wskazał H. Olszewski, „prawo jako zjawisko społeczne jest wytworem historii”² i tym samym, „aby zrozumieć współczesne instytucje prawne koniecznym jest poznanie ewolucji prawa i historycznego rozwoju instytucji”³. Innymi słowy – jak pisał J. Bardach – „właściwa charakterystyka prawa dziś obowiązującego może [...] być dokonana jedynie przez konfrontację i weryfikację z ustrojem i prawem epok minionych oraz z doświadczeniem przeszłości”⁴. Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, iż wykorzystanie odpowiednio dobranego aparatu naukowego, jakim dysponują dyscypliny historyczno-prawne⁵, ma szczególną wartość w badaniu prawa karnego, gdyż to właśnie ta gałąź prawa bardziej bezpośrednio aniżeli np. prawo cywilne jest związana ze strukturą i funkcjonowaniem władzy w państwie⁶.

Z kolei posłużenie się metodą formalno-dogmatyczną (polegającą na analizie istniejących uregulowań prawnych) ma na celu zwiększenie przydatności prowadzonego badania poprzez połączenie perspektywy historyczno-prawnej z perspektywą formalno-dogmatyczną⁷. Jest to również umotywowane faktem, że metoda historyczna nie może być wyizolowana od innych metod i technik badawczych. W przeciwnym razie – na co wskazywał H. Olszewski – „historyk prawa, ograniczający się jedynie do prezentowania

¹ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Liber 2001, s. 12.

² H. Olszewski, *Podejście historyczne w prawoznawstwie*, [w:] A. Łopatka (red.), *Metody badania prawa*, Polska Akademia Nauk – Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 1973, s. 12.

³ *Ibidem*, s. 13.

⁴ J. Bardach, *Miejsce historii państwa i prawa w systemie nauk prawnych i jej rola w kształceniu prawniczym*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 4–5, s. 766.

⁵ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo...*, s. 13.

⁶ H. Olszewski, *op. cit.*, s. 21.

⁷ *Ibidem*, s. 26.

procesu rozwoju i odrzucający elementy spojrzenia formalno-dogmatycznego, nie byłyby w stanie właściwie pokazać treści normy prawnej, podobnie jak dogmatyk poprzestający na analizie logiczno-językowej utraciłby z pola widzenia dynamikę społecznych i politycznych uwarunkowań, co również czyniłoby badanie niepełnym⁸.

2. Geneza zasady *vim vi repellere licet*

Zasada *vim vi repellere licet*, zgodnie z którą „siłą można odeprzeć siłą”, wywodzi się z prawa rzymskiego i stanowi podwalinę nauki o obronie koniecznej (*inculpata tutela*)⁹. Podkreślenia wymaga, że wbrew powszechnej opinii paremia ta nie została wcale użyta po raz pierwszy przez Marka Tuliusza Cyncerona w przemówieniu *pro Milone*, podczas którego miał on powiedzieć, że „istnieje bowiem owo niepisane, lecz wrodzone prawo, którego się nie uczymy ani nie czytamy, ale które przyjmujemy i które akceptujemy, iż siłą siłą odeprzeć wolno” (w oryginale: „est enim ea non scripta, sed nata lex, quan non legimus nec deducimus, sed hausimus et arripuimus, quod vim vi repellere licet”)¹⁰. Jak wynika bowiem z przekazu Ulpiana (zamieszczonego w *libro sexagensimo nono ad edictum* w D.43,16,1,27)¹¹, zasada *vim vi repellere licet* w jej dokładnym brzmieniu została sformułowana dopiero przez żyjącego w I w. n.e. Kasjusza i odnosiła się do ochrony posiadania (co z kolei oznacza, że pierwotnie stanowiła instytucję prawa prywatnego, a nie prawa karnego¹²).

Natomiast za najstarszą podstawę prawa do obrony należy uznać Prawo XII Tablic (*Leges Duodecim Tabularum*) z przełomu 451/450 r. p.n.e.¹³, która dopuszczała obronę konieczną w przypadku nocnej kradzieży¹⁴ oraz regulowała instytucję ekscesu eksten-

⁸ *Ibidem*, s. 26.

⁹ L. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, System Prawa Karnego, t. 4, 2016, Legalis, s. 163.

¹⁰ A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 11.

¹¹ W Digestach 43,16,1,27 Ulpian napisał: „Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur” („Siłą można odeprzeć siłą, napisał Kasjusz, porównując to prawo do natury”, tłum. za K. Amielańczyk, *Vim vi repellere licet. Kilka uwag na temat genezy prawa do obrony koniecznej w prawie rzymskim*, Palestra nr 11-12, Warszawa 2008, s. 116) – zob. więcej w: W. Wołodkiewicz, *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 487; jak również G. Diosdi, *Vim vi repellere licet. A contribution to the study of the question of self-defence in Roman law*, AUWr, Antiquitas, 1963, t. I, s. 187.

¹² K. Amielańczyk, Recenzja pracy E. Loski *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, ZPUKSW 2012, nr 12/4, s. 243–244.

¹³ K. Amielańczyk, *Czy kontratyp obrony koniecznej ma rzymską tradycję? W poszukiwaniu przesłanek dopuszczalności prawa do samoobrony w rzymskim prawie karnym*, [w:] K. Amielańczyk (red.), *Quid leges sine moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane Profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, Lublin 2009, s. 52 i 63.

¹⁴ Tablica VIII w punkcie 3 stanowiła, że „jeśli ktoś został zabity podczas nocnej kradzieży, słusznie został zabity”, Prawo Dwunastu Tablic (*Leges Duodecim Tabularum*), tłumaczenie: www.zrodla.historyczne.prv.pl,

sywnego i intensywnego¹⁵. Z kolei uzasadnienie obrony koniecznej w aspekcie prawnokarnym jako prawa przyrodzonego (*nata lex*) funkcjonowało – jak wskazuje K. Paprzycki – przynajmniej od czasu *Lex Aquilia* z 286 r. p.n.e.¹⁶

3. Ewolucja zasady *vim vi repellere licet* w polskim kodeksie karnym

Jak wskazuje J. Giezek, „obrona konieczna tradycyjnie już należy do grupy okoliczności wyłączających bezprawność czynu, stanowiąc klasyczny kontratyp prawa karnego”¹⁷. Obrona konieczna, jako jedna z okoliczności wyłączających bezprawność czynu¹⁸, była bowiem obecna już w Kodeksie karnym z dnia 11 lipca 1932 r. powszechnie zwanym kodeksem Makarewicza¹⁹. Akt ten w art. 21 § 1 stanowił, że nie popełnia przestępstwa, kto działa w obronie koniecznej, odpierając bezpośredni bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro własne lub innej osoby. Natomiast § 2, regulujący przypadek ekscesu, stanowił, że w razie przekroczenia granic obrony koniecznej sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet od kary uwolnić.

Jak wynika z komentarza autorstwa J. Makarewicza, *ratio legis* tej regulacji było wzmocnienie poczucia prawa w społeczeństwie, w myśl zasady, że kto odpiera bezprawny napad, ten broni nie tylko siebie, ale także idei prawa²⁰. Jak podkreślają przedstawiciele doktryny, konstrukcja obrony koniecznej stypizowana w art. 21 k.k. z 1932 r. była ówczesnie jedną z najbardziej liberalnych w Europie²¹, a to z tego względu, iż granice obrony koniecznej na gruncie tejże regulacji były bardzo szerokie – kodeks nie tylko „nie stawiał warunku proporcji między dobrem zagrożonym zamachem a naruszonym przez jego odpieranie, ale także nie artykułował wprost proporcji między natężeniem

<http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20rzymski/06.%20prawo%20dwunastu%20tablic%20%5Bleges%20duodecim%20tabularum%5D.pdf> [dostęp 12.01.2019].

¹⁵ Tablica VIII w punkcie 13 stanowiła, że „Bezprawiem jest zabić złodzieja za dnia [...] chyba, że on broni się bronią. Ale nawet, kiedy on przyszedł z bronią, to dopóki jej nie użyje i nie zacznie walczyć, nie wolno go zabić. Nawet gdy ów opiera się, najpierw trzeba zawołać kogoś, kto może usłyszeć i przyjść z pomocą”, Prawo Dwunastu Tablic (*Leges Duodecim Tabularum*), tłumaczenie: www.zrodla.historyczne.prv.pl, <http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20rzymski/06.%20prawo%20dwunastu%20tablic%20%5Bleges%20duodecim%20tabularum%5D.pdf> [dostęp 12.01.2019].

¹⁶ L. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 164.

¹⁷ J. Giezek, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 146.

¹⁸ Zgodnie z koncepcją W. Woltera okoliczność legalizująca czyn, który generalnie uznawany jest za bezprawny, nazywana jest także kontratypem – zob. W. Wolter, *Nauka prawa karnego*, PWN, Warszawa 1973, s. 163.

¹⁹ Mowa tutaj o rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571), dalej k.k. z 1932 r.

²⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Zakładu Narodowego im. Ossolińskich, Lwów 1932 s. 76.

²¹ L. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 201.

środków obronnych w stosunku do zamachu”²². Jedynym ograniczeniem w stosowaniu omawianej instytucji był wymóg, aby obrona była konieczna²³.

Co istotne, obrona w rozumieniu art. 21 k.k. z 1932 r. miała polegać na odparciu napadu bezprawnego (tym samym, napadem nie mogła być tzw. czynność urzędowa, przedsięwzięta przez urzędnika formalnie do niej powołanego²⁴) i obecnego (jeżeli niebezpieczeństwo ustało, nie mogło być mowy o obronie, lecz o zemście prawnie niedopuszczalnej²⁵). Kodeks wyłączał także możliwość zastosowania obrony koniecznej wobec zwierzęcia atakującego bez współdziałania ludzkiego, kwalifikując takie działanie jako akt pomocy własnej²⁶. Jeżeli chodzi zaś o przekroczenie granic obrony koniecznej to kodeks z 1932 r. przewidywał możliwość zaistnienia zarówno ekscesu intensywnego (polegającego na wyjściu poza granice konieczności), jak i ekscesu ekstensywnego (polegającego na niedotrzymaniu granic czasu). Skutkiem przekroczenia granic obrony koniecznej było pozbawienie działania ekscedenta kontratypowego charakteru i – co do zasady – powodowało konieczność poniesienia odpowiedzialności karnej. Niemniej jednak sąd, rozważając sprawę *in concreto*, mógł zastosować wobec ekscedenta nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet od kary uwolnić²⁷.

Kontratyp obrony koniecznej nieco inaczej został uregulowany w kodeksie karnym z dnia 19 kwietnia 1969 r., zwanym także kodeksem Andrejewa²⁸. Art. 22 tego kodeksu w § 1 stanowił bowiem, że nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiesza bezpośredni bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro społeczne lub jakiegokolwiek dobro jednostki, tym samym znacznie poszerzone zostało samo pojęcie zamachu. Z kolei § 2 stanowił zupełnie *novum* ustawowe²⁹, gdyż w myśl tego paragrafu w obronie koniecznej w szczególności działał ten, kto występował w celu przywrócenia porządku lub spokoju publicznego, chociażby to nie wynikało z obowiązku służbowego. Dopełnieniem

²² M. Mozgawa, *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2013, vol. LX.2, s. 173.

²³ A. Marek, *op. cit.*, s. 15.

²⁴ Zdaniem J. Makarewicza działanie takie stanowiło przestępstwo z art. 129 k.k. z 1932 r. – zob. J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 77.

²⁵ *Ibidem*, s. 76.

²⁶ Zarówno w myśl regulacji z 1932 r., jak i obecnych unormowań zamachem może być wyłącznie zachowanie człowieka, bowiem tylko takie zachowanie podlega ocenom co do zgodności czy sprzeczności z prawem. Zamach nie może więc pochodzić od zwierząt, jak również być spowodowany siłami przyrody. Natomiast człowiek, dopuszczając się zamachu, może posłużyć się zarówno zwierzęciem, jak i siłami natury – zob. A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, 2019, Legalis. Na marginesie dodać należy, że zgodnie z obecnie obowiązującą regulacją odpieranie ataku zwierzęcia jest kwalifikowane jak działanie w stanie wyższej konieczności.

²⁷ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 79.

²⁸ Mowa tutaj o ustawie z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

²⁹ Jednakże w praktyce art. 22 § 2 kodeksu Andrejewa powodował trudności z rozgraniczeniem pomocy koniecznej od innych kontratypów i *de facto* nie wprowadzał żadnej nowej treści normatywnej – zob. A. Zoll, *Kodeks karny – część ogólna, Komentarz*, tom 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 447.

regulacji był § 3, zgodnie z którym w razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd mógł zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.

Z analizy art. 22 kodeksu Andrejewa wynika, że warunkiem legalności działania w obronie koniecznej było łączne wystąpienie kilku elementów³⁰:

- Pierwszym z nich był bezprawny, bezpośredni i rzeczywisty zamach rozumiany jako zachowanie człowieka niebezpieczne dla jakiegoś dobra i zawierające znaczne prawdopodobieństwo jego naruszenia. Co ciekawe, zamach mógł polegać również na zaniechaniu obowiązkowej czynności, z zastrzeżeniem, że czynność miała mieć osobisty charakter³¹.
- Drugim elementem było naruszenie dobra społecznego, czyli *e.g.* ustroju państwowego, mienia społecznego czy też bezpieczeństwa publicznego. Należy w tym miejscu wyjaśnić, że wyeksponowanie obrony dóbr społecznych przed dobrami jednostki wynikało wprost z założeń ustrojowych ówczesnego państwa³² i miało na celu podkreślenie pozytywnej oceny działania osób interweniujących w obronie porządku i spokoju publicznego. Co więcej, ówczesne prawo karne nie ograniczało dóbr, w obronie których można było działać, z tym jednak wyjątkiem, że zamach powinien być odpierany środkami, które *in concreto* były konieczne dla odparcia zamachu³³.
- Kolejnym warunkiem pozwalającym na wyłączenie bezprawności czynu było czynne odpieranie zamachu skierowanego przeciwko defensorowi. Co istotne, odpierający musiał działać nie tylko przedmiotowo w obronie, ale także kierować się intencją bronięcia się³⁴, co zresztą znajdowało potwierdzenie także w ówczesnym orzecznictwie³⁵.

Odnosząc się natomiast do kwestii przekroczenia granic obrony koniecznej, uregulowanej w art. 22 § 3 kodeksu z 1969 r., stwierdzić należy, że przepis ten poprzez użycie sformułowania „sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu” wyodrębnił znamiona pozwalające na ściślejsze niż dotąd określenie granic dopuszczalności obrony³⁶. Samo zaś przekroczenie granic obrony koniecznej mogło mieć trzy postacie – ekscesu intensywnego (obrona zbyt silna), ekscesu ekstensywnego (obrona zbyt wczesna lub zbyt późna) oraz – jak wskazuje A. Gubiński – ekscesu polegającego na sprzeczności z zasadami

³⁰ K. Buchała, S. Waltoś, *Zasady prawa i procesu karnego*, PWN, Warszawa 1975, s. 72.

³¹ *Ibidem*, s. 73.

³² L. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 201.

³³ I. Andrejew, *Zasady prawa karnego*, PWN, Warszawa 1964, s. 65.

³⁴ K. Buchała, S. Waltoś, *op. cit.*

³⁵ Wyrok RW 1312/72, OSN KW 1973, nr 5, poz. 69.

³⁶ L. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 201.

współzycia społecznego³⁷. Natomiast skutki przekroczenia granic obrony koniecznej dla ekscedenta są paralelne do tych z regulacji z 1932 r.

Przechodząc już do analizy obecnie obowiązujących przepisów³⁸, należy stwierdzić, że konstrukcja obrony koniecznej uregulowana w art. 25 k.k. łączy w sobie elementy poprzednich kodyfikacji, a także zawiera rozwiązania nieznane wcześniej polskiemu prawu karnemu.

Zgodnie z § 1 art. 25 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpięra bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Natomiast § 2 stanowi, że w razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Z kolei § 2a przesądza, że nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpięrając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpięrając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące, a § 3 stanowi, że nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu.

Charakter prawny obrony koniecznej jest więc analogiczny do modelu z art. 21 § 1 k.k. z 1932 r. Natomiast, odmiennie niż w kodeksie Andrejewa, nowy kodeks karny przy określeniu znamion obrony koniecznej rezygnuje z odróżnienia dobra społecznego od dobra indywidualnej osoby jako przedmiotu bezprawnego zamachu³⁹. Zmiana ta była związana z transformacją ustrojową i z perspektywy czasu powinna zostać oceniona pozytywnie, gdyż doprowadziła do równej ochrony dóbr, nie powodując przy tym ani ograniczenia, ani rozszerzenia prawa do obrony koniecznej.

Jeżeli mowa zaś o pozostałych elementach warunkujących legalność działania w obronie koniecznej, to są one tożsame z tymi w kodyfikacji z 1932 r. i 1969 r. – oznacza to, że zamach musi być rzeczywisty, bezprawny i bezpośredni, jak również dokonany przez człowieka, natomiast konieczność zastosowania obrony winna być oceniana *in concreto*⁴⁰. Należy zwrócić także uwagę na fakt, iż kwestia przekroczenia granic obrony koniecznej w obecnie obowiązującym kodeksie karnym została uregulowana w sposób identyczny jak w kodeksie Andrejewa. Zarówno w kodeksie z 1969 r., jak i w obecnej regulacji możliwe jest bowiem wystąpienie zarówno ekscesu intensywnego, jak

³⁷ A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1996, s. 100.

³⁸ Mowa tutaj o ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553), dalej jako k.k.

³⁹ A. Grześkowiak, K. Wiak, *op. cit.*, Legalis.

⁴⁰ R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, 2018, Legalis.

i ekstensywnego⁴¹, a warunkiem wyłączenia odpowiedzialności karnej osoby odpierającej bezprawny zamach na dobro chronione prawem jest współmierność przedsięwziętej obrony do niebezpieczeństwa zamachu, wyznaczonego przede wszystkim wartością zaatakowanego dobra, a także intensywnością działań napastnika, wynikającą z użytych środków i siły, jaką napastnik dysponuje⁴². Jediną różnicą w tym aspekcie jest fakt, że w aktualnym kodeksie zrezygnowano z egzemplifikacji wypadków przekroczenia granic obrony koniecznej⁴³.

Jak już wcześniej wspomniano aktualnie obowiązująca kodyfikacja nie tylko korzysta z wcześniejszych rozwiązań, ale także wprowadza zupełnie nowe instytucje. W przypadku kontratywu obrony koniecznej takim *novum* jest wyłączenie karalności przestępstwa z uwagi na odpieranie zamachu na mir domowy (art. 25 § 2a k.k.) oraz z powodu działania pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu (art. 25 § 3 k.k.). Wprowadzenie ustawowej klauzuli niekaralności rodzi obowiązek odmowy wszczęcia lub umorzenia wszczętego postępowania karnego⁴⁴ stosownie do treści art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.⁴⁵ Innowacyjność tego rozwiązania polega więc na tym, że w przypadku ziszczenia się przesłanek decyzja o konsekwencji przekroczenia granic obrony koniecznej nie jest zależna od uznania sędziego.

Rozwiązania z art. 25 § 2a i 3 k.k. budzą jednakże liczne wątpliwości interpretacyjne. W doktrynie podkreśla się, że dokonanie prawidłowej oceny, czy ekscedent działań pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami jest utrudnione, gdyż wymaga wiedzy specjalistycznej⁴⁶. Zaniechanie zaś korzystania z opinii biegłych ekspertów w tym zakresie może w konsekwencji prowadzić do nadmiernie szerokiego stosowania art. 25 § 3 k.k., przy jednoczesnym marginalizowaniu roli art. 25 § 2 k.k.⁴⁷ Z kolei najnowsza nowelizacja kodeksu karnego w zakresie obrony koniecznej⁴⁸, aktualizująca się w wypadku przekroczenia granic obrony przy odpieraniu zamachu polegającego na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub przy odpieraniu zamachu poprzedzonego wdarciem się do tych miejsc, jest zmianą populistyczną opartą na amerykańskim micie

⁴¹ M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, 2017, Legalis.

⁴² L. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 278.

⁴³ Mowa tutaj o art. 22 § 2 kodeksu Andrejewa, który stanowił, że działa w obronie koniecznej w szczególności ten, kto występuje w celu przywrócenia porządku lub spokoju publicznego, chociażby to nie wynikało z obowiązku służbowego.

⁴⁴ R. Stefański, *op. cit.*

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1987, 2399, z 2019 r. poz. 150), dalej k.p.k.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 lutego 2006 r., II AKa 30/06, KZS 2006, Nr 7–8, poz. 142.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., WA 6/07, KZS 2007, Nr 6, poz. 20.

⁴⁸ Art. 25 § 2a k.k. został dodany ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny (Dz. U. z 2018 r. poz. 20), a obowiązuje od 19 stycznia 2018 r.

domu jako twierdzy i stanowi jedynie *superfluum* ustawowe⁴⁹ w stosunku do regulacji z art. 25 § 3 k.k. Ponadto omawiana klauzula niekaralności posługuje się abstrakcyjnym pojęciem „rażące przekroczenie”, którego precyzyjne zdefiniowanie jest w zasadzie niemożliwe⁵⁰.

Konkluzja

Nie ulega wątpliwości, że rzymska zasada *vim vi repellere licet*, zgodnie z którą „siłę można odeprzeć siłą”, została recypowana do polskiego prawa karnego i stanowi podwalinę kontratypu obrony koniecznej. Jeżeli mowa zaś o rozwoju instytucji obrony koniecznej, po dokonaniu analizy zarówno art. 21 kodeksu Makarewicza, jak i art. 22 kodeksu Andrejewa oraz art. 25 aktualnie obowiązującego kodeksu karnego, należy wysnuć wniosek, że instytucja ta ewoluowała i obecnie zakres jej normowania jest najszerszy. Należy przy tym podkreślić, że aktualna kodyfikacja nie tylko czerpała z rozwiązań poprzednio obowiązujących kodeksów, ale także wprowadziła instytucje nieznane dotąd polskiemu prawu karnemu. Swoistym *novum* jest bowiem klauzula niekaralności z uwagi na odpieranie zamachu na mir domowy (art. 25 § 2a k.k.) oraz „niepodleganie karze” spowodowane działaniem pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu (art. 25 § 3 k.k.).

Bibliografia

I. Źródła

A) akty prawne

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 1987, 2399, z 2019 r. poz. 150).

B) orzeczenia sądowe

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1972 r., Rw 1312/72, «OSNKW» 5/1973, poz. 69.

⁴⁹ A. Kania, *Mój dom moją twierdzą, Rozważania na tle regulacji art. 25 § 2a k.k.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2018, t. XLVIII, s. 26.

⁵⁰ A. Grześkowiak, K. Wiak, *op. cit.*, Legalis.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 lutego 2006 r., II AKa 30/06, KZS 2006, Nr 7–8, poz. 142.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., WA 6/07, KZS 2007, Nr 6, poz. 20.

II. Literatura

Amielańczyk K., Recenzja pracy E. Loski *Zagadnienie obrony koniecznej w rzymskim prawie karnym*, Zeszyty Prawnicze 2012, nr 12/4.

Amielańczyk K., *Czy kontratyp obrony koniecznej ma rzymską tradycję? W poszukiwaniu przesłanek dopuszczalności prawa do samoobrony w rzymskim prawie karnym*, [w:] K. Amielańczyk (red.), *Quid leges sine moribus? Studia nad prawem rzymskim dedykowane Profesorowi Markowi Kuryłowiczowi w 65. rocznicę urodzin oraz 40-lecie pracy naukowej*, Lublin 2009.

Amielańczyk K., *Vim vi repellere licet. Kilka uwag na temat genezy prawa do obrony koniecznej w prawie rzymskim*, Palestra nr 11-12, Warszawa 2008.

Andrejew I., *Zasady prawa karnego*, PWN, Warszawa 1964.

Bardach J., *Miejsce historii państwa i prawa w systemie nauk prawnych i jej rola w kształceniu prawniczym*, „Państwo i Prawo” 1965, z. 4–5.

Bardach J., *Themis a Clío, czyli prawo a historia*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Liber, Warszawa 2001.

Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Lexis Nexis, Warszawa 2010.

Buchała K., Waltoś S., *Zasady prawa i procesu karnego*, PWN, Warszawa 1975.

Diosdi G., *Vim vi repellere licet. A contribution to the study of the question of self-defence in Roman law*, AUWr, Antiquitas, 1963, t. I.

Grześkowiak A., Wiak K., *Kodeks karny. Komentarz*, 2019, Legalis.

Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1996.

Kania A., *Mój dom moją twierdzą. Rozważania na tle regulacji art. 25 § 2a k.k.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2018, t. XLVIII.

Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, 2017, Legalis.

Łopatka A. (red.), *Metody badania prawa*, Polska Akademia Nauk – Instytut Nauk Prawnych, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1973.

Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Zakładu Narodowego im. Ossolińskich, Lwów 1932.

Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

Mozgawa M., *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2013, vol. LX.2.

Olszewski H., *Podejście historyczne w prawoznawstwie*, [w:] A. Łopatka (red.), *Metody badania prawa*, Polska Akademia Nauk – Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 1973, s. 12.

Paprzycki L. (red.), *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, System Prawa Karnego, t. 4, Warszawa 2016.

Stefański R., *Kodeks karny. Komentarz*, 2018, Legalis.

Wolter W., *Nauka prawa karnego*, PWN, Warszawa 1973.

Wołodkiewicz W., *Europa i prawo rzymskie. Szkice z historii europejskiej kultury prawnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Zoll A., *Kodeks karny część ogólna, Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

III. Internet

Prawo Dwunastu Tablic (Leges Duodecim Tabularum), tłumaczenie: www.zrodla.historyczne.prv.pl, <http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20rzymski/06.%20prawo%20dwunastu%20tablic%20%5Bleges%20duodecim%20tabularum%5D.pdf> [dostęp 12.01.2019].

Anna Popowicz-Pazdej
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
ORCID 0000-0002-3610-427X

Zastosowanie metody historyczno-prawnej na przykładzie zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej

Historical-legal method exemplified by the principle of transparency of public administration and the right to information regarding public administration

Streszczenie

Artykuł ma na celu przedstawienie praktycznego zastosowania metody historyczno-prawnej do badań nad zasadą jawności administracji publicznej i prawem jednostki do uzyskiwania informacji o działalności administracji publicznej. Celem opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy metoda historyczno-prawna jest adekwatna do oceny elementów prawa administracyjnego w systemie prawa zarówno współczesnego, jak i istniejącego w przeszłości. W treści artykułu zawarto wyjaśnienie podstawowych założeń metody historyczno-prawnej w badaniach historyczno-prawnych, a następnie próbę zastosowania metody historyczno-prawnej do analizy prawa do informacji o działalności administracji publicznej oraz zasady jawności administracji publicznej. W wyniku analizy historycznego rozumienia zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej w oparciu o prawo międzynarodowe, prawo unijne oraz prawo polskie ujawnione zostały tendencje w jej postrzeganiu oraz próba prognozowania rozumienia tych instytucji w przyszłości.

Słowa kluczowe

metoda historyczno-prawna, metoda prawna, metoda historyczna, zasada jawności, prawo do informacji

Abstract

The article was intended to depict the practical view of the operation and use of historical-legal method for studies concerning the principle of transparency and the right to information regarding public administration. The aim of this study was to determine if the historical-legal method is suitable for the assessment of public law issues in a contemporary law, as well as this existing in the future. The article contains explanation of fundamental rules of historical-legal method within history-legal surveys and the example of application of historical-legal method to analyse the right to information regarding public administration and the principle of transparency. As a result of the analysis of the principle of transparency and the right to information regarding public administration certain tendencies based on international, European Union and Polish law has been revealed especially in the area of perception of these rights. In addition, the attempt has been presented how to interpret these legal institutions in the future.

Keywords

Historical-legal method, legal method, historical method, principle of transparency, right to information

1. Historia a prawo. Wstęp do metody historyczno-prawnej

Punktem wyjścia dla zastosowania metody historycznej w prawoznawstwie jest założenie, że prawo jest częścią kultury społecznej¹. Z tego względu analiza przepisów obowiązujących na przestrzeni dziejów pozwala na wydobycie znaczenia norm prawnych w szerszym kontekście, w niektórych przypadkach nawet w oparciu o genezę danych norm.

Analizę prawa w oparciu o interpretację historyczną stosował już Monteskiusz, chociaż metoda historyczna w dzisiejszym rozumieniu wypracowana została przez prawników francuskich w XV w.² Do rozwinięcia założeń tej metody doszło natomiast na początku XIX w. w ramach tzw. niemieckiej szkoły historycznej, której twórcą był F.K. Savigny. Według Savigny'ego prawo było „rezultatem powolnego, stopniowego rozwoju zbiorowego życia narodu [...]”³, a jego interpretacja powinna stanowić właśnie nieświadomy wytwór rozwoju życia narodu⁴.

Dla lepszego zrozumienia koncepcji metody historyczno-prawnej niezbędne jest rozróżnienie pomiędzy terminami „podejście” a „metoda”. Termin „podejście” zakłada „ocenę całościową, która może być osiągnięta przez użycie różnych metod badawczych występujących w naukach historycznych, a zastosowanych do ustroju politycznego i prawa w przeszłości”⁵. Termin „metoda” jest pojęciem węższym i oznacza „ogół określonych zabiegów wynikających z przyjętych technik badawczych”⁶.

We współcześnie rozumianej metodzie historycznej w prawoznawstwie kluczowa jest postawa badawcza, którą charakteryzuje świadomość potrzeby historycznego ujmowania przedmiotu badań i przyjmująca w konsekwencji następujące założenia⁷:

- 1) instytucje i normy prawne są dynamiczne, jako produkt dziejowego rozwoju;
- 2) istnieje nieodzowność pytań o przeszłość badanej instytucji,
- 3) system norm reguluje i opisuje różne sfery rzeczywistości gospodarczej, społecznej czy polityczno-ustrojowej;

¹ J. Bardach, *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2001, s. 13.

² P. Dobosz, *Problemy metodologii współczesnej nauki prawa administracyjnego na tle metody historyczno-prawnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, t. 1, nr 1, s. 31.

³ E. Jarra, *Ogólna teoria prawa*, Skład Główny w Księgarni G. Gebethnera i Spółki, Warszawa 1992, s. 17 i n.

⁴ J. Lande, *Studia z filozofii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 348 i n.

⁵ J. Bardach, *op. cit.*, s. 12.

⁶ J. Bardach, *op. cit.*, s. 13.

⁷ H. Olszewski, *Podejście historyczne w prawoznawstwie*, [w:] A. Łopátka (red.), *Metody badawcze prawa*, Wrocław 1973, s. 16 i 17, [za:] M. Górnicka, *Wersja systemowa metody historyczno-prawnej na przykładzie prawa dowodowego w polskiej procedurze karnej*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2015, vol. 4, no 2, s. 11.

4) spór o prawo przybierał formy najbardziej jaskrawe w sytuacjach przełomowych.

Szczególne znaczenie ma zastosowanie metody historyczno-prawnej przy ustaleniach natury terminologicznej, zwłaszcza w dziedzinie prawa administracyjnego, regulującego szeroko rozumianą działalność administracji publicznej. Administracja na przestrzeni dziejów funkcjonowała w ramach danej gospodarki, ustroju politycznego, a także w sytuacjach przełomowych. Stąd też, szczególnie w sferze rozumienia pojęć z zakresu administracji publicznej, słuszne jest stosowanie właśnie metody historyczno-prawnej w powyższym rozumieniu⁸.

Jedną z kluczowych zasad związanych nierozzerwalnie z administracją publiczną funkcjonującą w demokratycznych państwach prawnych jest zasada jawności administracji publicznej.

Zasada ta rozumiana także jako prawo jednostki do uzyskiwania informacji o działalności administracji publicznej zmieniała swoje znaczenie na przestrzeni dziejów. Przedstawienie rozwoju tych instytucji prawnych z zastosowaniem metody historyczno-prawnej będzie miało na celu przede wszystkim – jak wyżej wskazano – wyjaśnienie genezy i ewolucji aktualnie obowiązującej zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej.

2. Geneza i ewolucja zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej

Problematyka prawa dostępu do informacji o działalności administracji publicznej oraz zasady jawności administracji publicznej ma swoje źródła w prawie międzynarodowym, ukształtowanym głównie po II wojnie światowej. Wcześniej prawo do informacji o działalności administracji publicznej było dobrem dostępnym jedynie dla sfery rządzącej i stanowiło, co do zasady, element gry politycznej⁹.

Wyjątek od tej reguły stanowiła jedynie szwedzka ustawa konstytucyjna z 1766 r. o wolności prasy¹⁰. W akcie tym zniesiono cenzurę i wprowadzono normatywne gwarancje prawa druku oraz rozpowszechniania faktów i opinii, a także prawo dostępu do dokumentów znajdujących się w posiadaniu władz publicznych¹¹.

⁸ Por. także podobnie: H. Izdebski, *Wpływ orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego na orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1987, nr 2, s. 157–172.

⁹ E. Jarzęcka-Siwik, *Jawność warunkiem skutecznego i etycznego działania administracji*, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,1553.pdf>, s. 1 [dostęp 06.01.2020].

¹⁰ W. Sokolewicz, *Uwaga nr 3 do art. 61 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 4.

¹¹ T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracji. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999, s. 27.

Generalnie panująca niechęć do przekazywania informacji przez władze publiczne wynikała z faktu, iż w niektórych sytuacjach przekazywanie konkretnych informacji mogło uwidocznic mankamenty panującej władzy w państwie¹². Dlatego też do XX w. unikano przekazywania jakichkolwiek informacji o działalności administracji publicznej, mając na względzie formę panowania zakładającą dominację władzy¹³.

3. Zasada jawności administracji publicznej i prawa dostępu do informacji publicznej w prawie międzynarodowym

Dopiero przemiany, jakie zaszły w poszczególnych społeczeństwach w XX w. – polegające przede wszystkim na wzroście świadomości społeczeństwa poprzez edukację, zdolność do przemieszczania się – spowodowały zmiany również w obszarze dostępu obywateli do informacji o działalności administracji publicznej.

Stworzenie nowego ładu po II wojnie światowej skłoniło wprawdzie państwa do spisania praw i wolności człowieka, w tym prawa do informacji o działalności administracji publicznej, stanowiących podstawy demokratycznych państw prawnych. Prawa te zostały sformułowane zarówno w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r. w przepisie art. 19¹⁴, Międzynarodowym Pakcie Praw Podstawowych z dnia 16 grudnia 1966 r. w przepisie art. 19¹⁵, Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. w art. 10 (dalej: Konwencja EKPC)¹⁶.

Z przepisu art. 10 Konwencji EKPC¹⁷, statuującego wolność wyrażania opinii, w szczególności w prasie, wywodzone prawo do otrzymania informacji o publicznym znaczeniu jako jedno z praw człowieka. I tak między innymi w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Tasz v. Węgry* podkreślone zostało wyraźnie prawo przekazywania informa-

¹² T. Górzyńska, *Prawo do informacji...*, s. 23.

¹³ T. Górzyńska, *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] A. Dragoń, A. Lityński, G. Sibiga (red.), *Miscellanea iuridica*, t. 4, *Współczesne problemy samorządu terytorialnego – dostęp do informacji publicznej*, Śląskie Wydawnictwa Naukowe. Wyższa Szkoła Zarządzania i Nauk Społecznych, Tychy 2004, s. 127.

¹⁴ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [dostęp 06.01.2020].

¹⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Podstawowych z dnia 16 grudnia 1966 r., https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/04/Miedzynarodowy_Pakt_Praw_Obywatelskich_i_Politycznych.pdf [dostęp 06.01.2020].

¹⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POL.pdf, dalej EKPCz [dostęp 06.01.2020].

¹⁷ Zgodnie z art. 10 EKPCz „Každy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych lub kinematograficznych”, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POL.pdf [dostęp 06.01.2020].

cji, rozumiane jako realizowanie postulatu wolności prasy związanego ze swobodą przekazywania informacji oraz wyrażania myśli i poglądów¹⁸.

Wobec rozwoju demokratyzacji społeczeństw jawność życia społecznego przybierała na znaczeniu. Szczególnie w latach sześćdziesiątych jawność w państwach Europy Zachodniej stała się na tyle istotna, iż warunkowała skuteczne funkcjonowanie administracji oraz była powodem zmian w stosunkach administracja–obywatel. Zmiana ta była podyktowana nastrojami społecznymi, albowiem społeczeństwo zniechęcone już było arbitralną władzą – jako bardziej wykształcone i mobilne pragnęło rozwijania komunikacji z administracją, zgodnie z zasadami demokratycznych państw.

W tamtych latach ideę jawności administracyjnej wpisywano także stopniowo do aktów prawnych niższej rangi niż Konstytucja, ale poświęconych wyłącznie tej dziedzinie. I tak, odpowiednie regulacje pojawiły się w Finlandii już w 1951 r., w Danii i Norwegii w 1970 r., w Austrii w 1973 r., we Włoszech w 1990 r., w Portugalii w 1993 r., w Belgii w 1994 r.¹⁹ Takie uregulowania odzwierciedlały nie tylko wspomnianą wyżej demokratyzację społeczeństwa, ale również dawały wyraz normowania dobrych praktyk administracyjnych tychże państw oraz idei rządu otwartego²⁰.

4. Zasada jawności administracji publicznej i prawa dostępu do informacji publicznej w prawie unijnym

Tendencje międzynarodowe demokratyzacji społeczeństw stały się również istotną determinantą zmian w prawie Unii Europejskiej, w której również obywatele demokratycznych państw członkowskich domagali się dostępu do informacji o działalności instytucji i organów unijnych.

Jako pierwsze prawo dostępu do informacji zostało wskazane w Traktacie z Maastricht, a to wobec potwierdzenia w przepisie art. F ust. 2 Traktatu z Maastricht, że Unia szanuje prawa podstawowe, zagwarantowane w EKPC, w tym wskazanym wyżej przepisie art. 10 EKPC oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego²¹. Dodatkowo, do Aktu Końcowego Traktatu z Maastricht dołączono Deklarację nr 17 państw członkowskich, w treści której podkreślono istotne znaczenie przejrzystości procesu decyzyjnego, który „umacnia demokratyczny charakter instytucji oraz zaufanie obywateli do administracji”.

¹⁸ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *TÁRSASÁG A SZABADSÁGJOGOKÉRT v. HUNGARY* z dnia 14 kwietnia 2009 r., skarga nr 37374/05, HUDOC.

¹⁹ T. Górczyńska, *Prawo do informacji...*, s. 27.

²⁰ J. Górski, *Tajemnica przedsiębiorcy a informacja publiczna*, Uniwersytet Warszawski, <https://docplayer.pl/7471496-Jedrzej-gorski-tajemnica-przedsiębiorcy-a-informacja-publiczna.html>, s. 13 [dostęp 06.01.2020].

²¹ Traktat z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 r. o Unii Europejskiej, Tytuł I Postanowienia wspólne, Artykuł F ust. 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT> [dostęp 06.01.2020].

W konsekwencji, Konferencja zarekomendowała Komisji przedłożenie Radzie, najpóźniej w 1993 r. raportu o środkach poprawy publicznego dostępu do informacji znajdujących się w posiadaniu instytucji²².

Natomiast dalsze gwarancje dostępności do informacji o działalności instytucji i organów unijnych zostały przewidziane w Decyzji Rady Europejskiej (93/731/EC), która z dniem 1 stycznia 1994 r. zapewniła publiczny dostęp także do niepublikowanych dokumentów Rady Europejskiej²³.

Kolejnym, istotnym krokiem w stronę zapewnienia przejrzystości funkcjonowania struktur unijnych poprzez zagwarantowanie jawności dokumentacji instytucji unijnych, było zawarcie 2 października 1997 r. Traktatu z Amsterdamu²⁴. W przepisie art. 255 tego traktatu zostało już wyraźnie zagwarantowane prawo dostępu do dokumentów organów unijnych, które miało każdorazowo zostać sprecyzowane w regulaminie wewnętrznym każdej instytucji unijnej.

Dodatkowo, proklamowana w dniu 7 grudnia 2000 r. Karta Praw Podstawowych w treści przepisu art. 42 potwierdziła prawo każdego obywatela Unii i każdej osoby fizycznej lub prawnej mającej miejsce zamieszkania lub statutową siedzibę w państwie członkowskim do dostępu do dokumentów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, niezależnie od ich formy²⁵.

W konsekwencji powyższych uregulowań, także w tekście skonsolidowanym przez Traktat z Lizbony²⁶ z 2007 r. (dalej: TFUE) wskazany wyżej przepis art. 255 Traktatu z Amsterdamu znalazł odzwierciedlenie w przepisie art. 15 TFUE. Prawo dostępu do dokumentów unijnych wynikało z ust. 3 tego artykułu, zgodnie z treścią którego „[...] każdy obywatel Unii i każda osoba fizyczna lub prawna mająca miejsce zamieszkania lub siedzibę statutową w Państwie Członkowskim ma zagwarantowane prawo dostępu do dokumentów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, niezależnie od ich formy”. Prawo to zostało przyznane w ramach ogólnej zasady otwartości (wskazanej w ust. 1 przepisu art. 15 TFUE), a ograniczenia tego prawa odnoszą się do interesu publicznego lub prywatnego i są określane na podstawie stosownych rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (ust. 3 przepisu art. 15 TFUE).

²² B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 173.

²³ T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 30 i n.

²⁴ Traktat z Amsterdamu z dnia 2 października 1997 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT> [dostęp 06.01.2020 r.]

²⁵ Art. 42 Karty Praw Podstawowych, proklamowanej w dniu 8 grudnia 2000 r., http://oide.sejm.gov.pl/oide/?option=com_content&view=article&id=14428&Itemid=422 [dostęp 06.01.2020].

²⁶ Traktat z Lizbony z dnia 17 grudnia 2007 r., <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/5/the-treaty-of-lisbon> [dostęp 06.01.2020].

W wykonaniu powyższej delegacji zostało uchwalone rozporządzenie 1049/2001/WE²⁷ (dalej: Rozporządzenie), w którego preambule podsumowany został dotychczasowy dorobek w odniesieniu do dostępu obywateli Unii Europejskiej do dokumentów instytucji unijnych.

I tak po pierwsze, Rozporządzenie potwierdziło wypracowane dotychczas gwarancje poprzez wyeksponowanie dążenia do zapewnienia możliwie największego prawa do publicznego dostępu do dokumentów oraz wytyczenie ogólnych zasad i ograniczeń związanych z takim dostępem, zgodnie z przepisem art. 255 ust. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską²⁸.

Po drugie, w Preambule Rozporządzenia podkreślona została ponownie koncepcja przejrzystości, zgodnie z którą Traktat z Lizbony wyznacza nowy etap w procesie tworzenia jeszcze bliższych związków między narodami Europy, w których decyzje są podejmowane otwarcie i możliwie najbliżej obywatela²⁹.

Po trzecie, w tejże Preambule wyraźnie wskazano na funkcje, jakie pełni zasada przejrzystości organów unijnych. Pozwala ona bowiem obywatelom na czynne uczestnictwo w procesie podejmowania decyzji i gwarantuje, że działalność administracji publicznej jest legalizowana, bardziej skuteczna i odpowiedzialna względem obywateli, a także przyczynia się do umacniania zasad demokracji i szacunku dla praw podstawowych określonych w przepisie art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej oraz w Karcie Praw Podstawowych³⁰.

5. Zasada jawności administracji publicznej i prawa dostępu do informacji o działalności administracji publicznej w prawie polskim

Wobec opisanego podejścia w prawie międzynarodowym, najpierw z treści przepisu art. 71 ust. 1 Konstytucji PRL z 1952 r.³¹, tj. z wolności słowa, druku, zgromadzeń, wieców, pochodów i manifestacji – wywodzone prawo do swobodnego komunikowania się ludzi między sobą oraz wymiany informacji i poglądów. Chociaż ustawa konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach pomiędzy władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym³²,

²⁷ Rozporządzenie (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (dalej: Rozporządzenie 1049/2001/WE), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:32001R1049> [dostęp 06.01.2020].

²⁸ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 29 grudnia 2006 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2006:321E:FULL&from=PL> [dostęp 06.01.2020].

²⁹ Motyw nr 1 Rozporządzenia 1049/2001/WE [dostęp 06.01.2020 r.]

³⁰ Motyw nr 2 Rozporządzenia 1049/2001/WE [dostęp 06.01.2020 r.]

³¹ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (t.j. Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36).

³² Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. z 1992 r.

zwana Małą Konstytucją – nie zmieniała w tej części ówczesnie obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³³, to jednak także z norm prawa międzynarodowego, tj. m.in. z przepisu art. 10 Konwencji EKPC, można było potencjalnie wyinterpretować swobodę otrzymywania informacji o działalności administracji publicznej.

Szersze uregulowanie zasady jawności administracji publicznej, podyktowane tendencjami kształtującymi się w konstytucjach poszczególnych państw Europy, w tym zmian w analizowanym obszarze w ramach Unii Europejskiej – znalazło się jednak dopiero w obowiązującej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.³⁴ (dalej: Konstytucja RP) w treści przepisu art. 61, regulującego już szczegółowo zakres prawa do informacji. Przepis ten zawiera po pierwsze wskazanie przedmiotu informacji publicznej (przepis art. 61 ust. 1 Konstytucji RP), po drugie formy dostępu do tej informacji (przepis art. 61 ust. 2 Konstytucji RP), po trzecie ograniczenia tego prawa (przepis art. 61 ust. 3 Konstytucji RP), a także delegację do wydania aktów niższego rzędu – tj. ustaw określających tryb udzielenia informacji (przepis art. 61 ust. 4 Konstytucji RP).

Wobec odesłania wynikającego z treści przepisu art. 61 ust. 4 Konstytucji RP w polskim porządku prawnym pojawiła się także ustawa zainspirowana międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka – tj. ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej³⁵ (dalej: u.d.i.p.), jednakże jeszcze przed wejściem w życie u.d.i.p. rozpatrujące skargi na bezczynność organów administracji sądy administracyjne uznawały, że przepis art. 61 Konstytucji RP może być stosowany bezpośrednio i jest wystarczającą podstawą do tego, aby każdy mógł żądać dostępu do informacji publicznej mimo braku regulacji rangi ustawy zwykłej³⁶.

Warto podkreślić, iż katalog informacji, które podlegają udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, określony został w bardzo szerokim zakresie w przepisie art. 6 u.d.i.p., obejmując zarówno informacje o polityce wewnętrznej i zagranicznej, organach administracji publicznej, zasadach funkcjonowania tych podmiotów, danych publicznych, jak i majątku publicznym. Co istotne, katalog informacji podlegających udostępnieniu jest katalogiem otwartym, na co wskazuje użycie przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”³⁷.

Nr 84, poz. 426 z późn. zm.).

³³ E. Jarzęcka-Siwik, *op. cit.*, s. 2. Zmiana nazwy Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej na Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej została dokonana ustawą z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444).

³⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

³⁵ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1330).

³⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 stycznia 2002 r., II SA 717/02, „Wokanda” 2002, nr 7–8, s. 68.

³⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 grudnia 2002 r., II SA/Wr 1600/02, niepublikowany oraz Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2003 r., II SA/Ka 1706/03, niepublikowany.

6. Wnioski z interpretacji zasady jawności administracji publicznej przy zastosowaniu metody historyczno-prawnej

Zastosowanie metody historyczno-prawnej do analizowania zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji o działalności administracji publicznej przyczyniło się, po pierwsze, do ukazania genezy tych instytucji. Jak wynika z powyższego, genezą prawa do informacji i zasady jawności administracji publicznej w kontekście historycznego rozwoju praw człowieka jest prawo do wolnej prasy oraz wolności wypowiedzi. W konsekwencji samo prawo do informacji zostało zakwalifikowane jako prawo człowieka w rozumieniu przepisu art. 10 EKPC.

Po drugie, ewolucja tych pojęć ściśle była związana z aktualną sytuacją społeczną oraz polityczną – w szczególności z rozwojem demokratyzacji społeczeństw. Na początku bowiem prawo do informacji o działalności administracji publicznej oraz zasada jawności były pomijane i marginalizowane. W zasadzie służyły one jedynie aparatowi władzy państwowej, z wyłączeniem ogółu społeczeństwa. Dopiero zmiana sytuacji geopolitycznej po II wojnie światowej, ogólna tendencja do demokratyzacji społeczeństw, skutkująca wzrostem świadomości społeczeństwa, wymusiła na władzy zagwarantowanie społeczności dostępu do informacji o działalności administracji publicznej.

Po raz pierwszy wyraz tych tendencji został odzwierciedlony w prawie międzynarodowym, we wspólnie podpisywanych konwencjach, mających za przedmiot ochronę praw człowieka. Prawo międzynarodowe rzutowało następnie na uregulowania konstytucji powojennych państw. Zasada jawności administracji publicznej zaczęła być tak ważna, że niezależnie od postanowień konstytucyjnych znajdowała odzwierciedlenie w aktach niższego rzędu.

Na podstawie ujawnionych tendencji międzynarodowych, można wysnuć wniosek, iż jeżeli na arenie międzynarodowej nie dojdzie do znaczących zmian w postrzeganiu demokratycznego prawa do uzyskiwania informacji o działalności administracji publicznej, przyszłe prawodawstwo nadal będzie wykazywało tendencję do ujawniania szerokiego zakresu informacji o działalności administracji publicznej.

Tendencje międzynarodowe znalazły także odzwierciedlenie w prawie Unii Europejskiej, w tym w kolejno uchwalanych traktatach i obowiązującym nadal Rozporządzeniu, regulującym szczegółowo procedurę dostępu do informacji o organach i instytucjach Unii oraz determinowały także zmiany w analizowanym obszarze w polskim porządku prawnym, w ustawie zasadniczej – Konstytucji RP – oraz w akcie niższego rzędu – ustawie o dostępie do informacji publicznej.

Wyraźne zagwarantowanie zasady jawności administracji publicznej w Konstytucji RP stanowiło nie tylko kontynuację tendencji prawa międzynarodowego oraz

unijnego, ale również potwierdzało wysoką rangę tej zasady, zwłaszcza wobec zasady supremacji ustawy zasadniczej³⁸.

Należy mieć także na uwadze, iż wobec przystąpienia Polski do struktur unijnych w 2004 r. prawo do informacji o działalności administracji publicznej obejmuje także instytucje oraz organy unijne na podstawie wskazanych wyżej przepisów. Z tego też względu prawo to nabrało nowego znaczenia oraz zasięgu.

Bez wątpienia definitywne uregulowanie zasady jawności administracji publicznej oraz prawa do informacji ugruntowało drogę do powszechnego dostępu do informacji publicznej, a jednocześnie przyczyniło się do lepszego postrzegania administracji publicznej – takiej, która jest zdolna do komunikowania się z obywatelami i której zadania, interesy oraz cele powinny pozostać jawne. To jest, cytując Preambułę Rozporządzenia, „takiej administracji, która cieszy się większą prawowitością, jest bardziej skuteczna i odpowiedzialna względem obywateli w systemie demokratycznym”³⁹.

Bibliografia

Akty prawne

- Europejska Konwencja Praw Człowieka z dnia 4 listopada 1950 r., https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POL.pdf.
- Międzynarodowy Pakt Praw Podstawowych z dnia 16 grudnia 1966 r., https://amnesty.org.pl/wpcontent/uploads/2016/04/Międzynarodowy_Pakt_Praw_Obywatelskich_i_Politycznych.pdf.
- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf.
- Traktat z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 r. o Unii Europejskiej, Tytuł I Postanowienia wspólne, Artykuł F ust. 2.
- Traktat z Amsterdamu z dnia 2 października 1997 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:11997D/TXT>.
- Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 29 grudnia 2006 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2006:321E:FULL&from=PL>.
- Traktat z Lizbony z dnia 17 grudnia 2007 r., <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/5/the-treaty-of-lisbon>.
- Karta Praw Podstawowych, proklamowana w dniu 8 grudnia 2000 r., http://oide.sejm.gov.pl/oide/?option=com_content&view=article&id=14428&Itemid=422.
- Rozporządzenie (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX:32001R1049>.

³⁸ E. Jarzęcka-Siwik, *op. cit.*, s. 2.

³⁹ Por. cyt. wyżej; motyw nr 2 Rozporządzenia 1049/2001/WE.

Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (t.j. Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36).

Ustawa konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach pomiędzy władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz. U. z 1992 r. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1330).

Orzecznictwo

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 stycznia 2002 r., II SA 717/02, „Wokanda” 2002, nr 7–8.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 grudnia 2002 r., II SA/Wr 1600/02, niepublikowany.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2003 r., II SA/Ka 1706/03, niepublikowany.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *TÁRSASÁG A SZABADSÁGJOGOKÉRT v. HUNGARY* z dnia 14 kwietnia 2009 r., skarga nr 37374/05.

Literatura

Aleksandrowicz T.R., *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, LexisNexis, Warszawa 2002.

Bardach J., *Themis a Clio, czyli prawo a historia*, Wydawnictwo Liber, Warszawa 2001.

Dobosz P., *Problemy metodologii współczesnej nauki prawa administracyjnego na tle metody historyczno-prawnej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, t. 1, nr 1.

Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.

Górski J., *Tajemnica przedsiębiorcy a informacja publiczna*, Uniwersytet Warszawski, <https://docplayer.pl/7471496-Jedrzej-gorski-tajemnica-przedsiębiorcy-a-informacja-publiczna.html> [dostęp 06.01.2020].

Górzyńska T., *Prawo do informacji i zasada jawności administracji. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 1999.

Górzyńska T., *Prawo do informacji i zasada jawności administracji*, Zakamycze, Kraków 1999.

Górzyńska T., *Geneza i rozwój prawa do informacji*, [w:] A. Dragoń, A. Lityński, G. Sibiga (red.), *Miscellanea iuridica*, t. 4, *Współczesne problemy samorządu terytorialnego – dostęp do informacji publicznej*, Śląskie Wydawnictwa Naukowe. Wyższa Szkoła Zarządzania i Nauk Społecznych, Tychy 2004.

Izdebski H., *Wpływ orzecznictwa Najwyższego Trybunału Administracyjnego na orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1987, nr 2.

Jarra E., *Ogólna teoria prawa*, Skład Główny w Księgarni G. Gebethnera i Spółki, Warszawa 1992.

Jarzecka-Siwik E., *Jawność warunkiem skutecznego i etycznego działania administracji*, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,1553.pdf> [dostęp 06.01.2020].

Lande J., *Studia z filozofii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.

Olszewski H., *Podjęcie historyczne w prawoznawstwie*, [w:] A. Łopatka (red.), *Metody badawcze prawa*, Wrocław 1973.

Sokolewicz W., *Uwaga nr 3 do art. 61 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.

Prawo porównawcze

Katažyna Mikša¹*Institute of International and European Union Law**Mykolas Romeris University, Lithuania**ORCID 0000-0001-8356-0166*

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Lithuania – GAZPROM case from a national perspective

Uznanie i wykonanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych
na Litwie– sprawa GAZPROM z perspektywy krajowej

Abstract

The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 is a great achievement in the field of arbitration. However, its application in the Contracting States, due to the differences in internal laws and practices, can differ. Analysis of the national practices is important in terms of identifying obstacles for internationally uniform application of the NYC. The paper aims to fill the gap in international legal doctrine regarding the Lithuanian national perspective on some issues of recognition and enforcement of the foreign arbitral awards. Its main focus are the problematic issues raised by the Lithuanian courts. Moreover, the article addresses one of the most essential and well-known recent cases – the Gazprom case.

Keywords

arbitration, Lithuania, recognition, and enforcement, foreign arbitral awards, Gazprom, private international law

Abstrakt

Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z 1958 r., zwana konwencją nowojorską, jest wielkim osiągnięciem w dziedzinie arbitrażu. Jednak jej stosowanie w poszczególnych umawiających się państwach, ze względu na różniące się krajowe systemy prawne oraz praktyki, może się znacznie różnić. Z tego też względu analiza prawodawstwa krajowego, a w szczególności praktyk krajowych, jest ważna z punktu widzenia zidentyfikowania przeszkód dla międzynarodowo jednolitego stosowania konwencji. Niniejszy artykuł ma na celu wypełnienie luki w międzynarodowej doktrynie prawnej dotyczącej litewskiej narodowej perspektywy w niektórych kwestiach dotyczących uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych. Analiza koncentruje się przede wszystkim na problematycznych kwestiach podniesionych przez sądy litewskie. Ponadto artykuł dotyczy jednej z najbardziej ważnych zarówno z punktu widzenia międzynarodowego, europejskiego, jak i krajowego i najbardziej znanych ostatnich spraw – sprawy Gazpromu.

¹ An Associate Professor in the Institute of International and European Union Law at Mykolas Romeris University (Vilnius, Lithuania). Ph.D. obtained at the Jagiellonian University (Cracow, Poland).

Słowa kluczowe

arbitraż, Litwa, uznanie i wykonanie, zagraniczne orzeczenie arbitrażowe, GAZPROM, prawo prywatne międzynarodowe

1. Introduction

Arbitration in Lithuania, in a contemporary meaning, is a relatively new notion. However, some roots of the arbitration could be found already in XV-XVI centuries in the Grand Duchy of Lithuania. There were possibilities to settle the dispute, for instance, regarding the land property, in an amicable court. However, in practice, it was difficult to distinguish these courts from the state courts. Their composition, and naming, as well as the competence of the both courts were very similar, often even identical². In 1918-1940, in most of Lithuania, the civil procedural law of tsarist Russia was in force. Only *ad hoc* arbitration was possible during a given period. Later, in 1940-1990, possibility to settle the dispute in a non-state court was rather theoretical³. Lithuanian legislator included the provisions on arbitration in the Lithuanian Civil Procedure Code of 1964, and the Annex to the Code regarding the rules of the arbitrage. There is limited information in the literature regarding the number of cases solved by arbitrage. Therefore, one can argue that before restoration of independence, the arbitration was not well-rooted neither in Lithuanian legal practice nor in doctrine.

After restoring its independence in 1990, Lithuania became an active member of the international community. The State joined a significant number of international treaties, among the others – the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, commonly known as the New York Convention of 1958. The Lithuanian Parliament (Seimas) ratified it in 1995⁴. The legal environment in Lithuania was changing. Lithuanian Parliament was striving to rebuild the country and to introduce a new legal system, which is corresponding to the new market reality, and encouraging investing in Lithuania. One of the measures to achieve that goal was the adoption of a new Law on Commercial Arbitration in 1996⁵. Attempts to regulate arbitration have been raised since 1993. At that time, neighboring countries (Estonia, Latvia) ratified New York Convention and adopted new laws on arbitration. Lithuanian Parliament also

² Jevgenij Machovenko, *Valstybinių išvažiuojamųjų, trečiųjų ir kuopos teismų veiklos nagrinėjant žemės bylas bylas teisinis reguliavimas Lietuvos Didžiojoje Kunigaikštystėje*. 46 Teisė 98, 102 (2003).

³ Valentinas Mikelėnas, *Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymo dvidešimtmetis: ištakos, taikymo patirtis ir perspektyvos*, II Arbitražas: teorija ir praktika 3, 4 (2016).

⁴ The Convention is in force in Lithuania since 12th June 1995, it was announced in the State's Official Journal (Valstybės žinios), 1995-02-01, Nr. 10-208.

⁵ Official Journal (Valstybės žinios), 1996-05-02, Nr. 39-961.

initiated the ratification of the Convention. Finally, strengthening private business needed an alternative to traditional litigation⁶.

Lithuanian legislator strived to ensure the provisions of the Law on Commercial Arbitration are in line with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration (1985). Despite the differences of the Model Law and Lithuanian arbitration law, the rules on recognition and enforcement of the foreign arbitral awards are the same. The Model Law rules on recognition and enforcement of arbitral awards follow the New York Convention closely. Chapter VIII of the Law on Commercial Arbitration of 1996 regulates recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The chapter consists of two Articles, first of which makes a reference to the New York Convention and stipulates that an arbitral award rendered in any State that is a party to the convention can be recognized and enforced in Lithuania under the convention and Article 40 of the Law on Commercial Arbitration. However, Lithuanian Law on Commercial Arbitration of 1996 does not provide any particular or new grounds for refusing to recognize and enforce foreign arbitral awards. Article 40 of the Law on Commercial Arbitration reiterates the grounds established in Article V of the New York Convention. Notably, Lithuanian Courts, in relevant judgments, as a ground for refusal of recognition and enforcement, provide both Article V of the Convention and Article 40 of the Law.

In order to familiarize the reader with some particular procedural issues of the issue at stake, it is worth noting that the applications concerning recognition and enforcement of foreign arbitral awards are examined by the Court of Appeals of Lithuania. Within one month, the judgment in this regard may be appealed to the Supreme Court of Lithuania. In order to recognize and enforce a foreign arbitral award, the party should provide the original or certified copies of an award and arbitration agreement. The Lithuanian translation of the documents should also be included. In the first years of the application, both in case of the Law and the Convention, lack of translation was the most common ground for refusing to grant recognition and enforcement for the foreign arbitral awards.

2. Case-law of the national courts – statistics and primary considerations

Statistics provided by Vilnius Court of Commercial arbitration reveal that the popularity of alternative dispute resolution in Lithuania is quite stable, with higher popularity in particular years. Two hundred eighty-five disputes were settled in the mentioned

⁶ Valentinas Mikelėnas, *Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymo dvidešimtmetis: ištakos, taikymo patirtis ir perspektyvos*, II Arbitražas: teorija ir praktika 3, 6-7 (2016).

court from 2008 until 2018, nearly half of them were international cases⁷. The information provided by the Lithuanian Court of Arbitration for the years 2012-2016 shows an apparent increase in cases referred to this arbitration court (only 5 cases in 2012 and already 41 cases in 2016)⁸.

The analysis of the case law shows that Lithuanian companies willingly settle disputes with their foreign collaborators not only in Lithuanian arbitration courts but also abroad. Respectively, after the intensification of the use of alternative dispute resolution, the Lithuanian courts have to deal with more foreign arbitral awards, to be precise – with the question of their recognition and enforcement. On the one hand, it is a challenge for the judicial system of the State without well-rooted traditions in the application of private international law. On the other hand, how the Lithuanian courts apply the provisions of both national arbitration law and the New York Convention depends on the trust of both domestic and foreign business partners on the Lithuanian judicial system as a whole⁹.

Analysis of the case-law of the Lithuanian courts, primarily of the Court of Appeal of Lithuania and the Supreme Court of Lithuania, of the last 20 years leads to the conclusion that in terms of private international law the majority of the cases were related to recognition and enforcement of foreign arbitral or court awards. The grounds of the refusal of recognition and enforcement of foreign arbitral awards are the most important in this regard. Frequent refusals to recognize arbitral awards may have a deterrent effect on the use of this, widely recognized, way of dispute resolution.

The study includes a case-law of the Court of Appeal and the Supreme Court of Lithuania in the period from 1999 to 2018. Unfortunately, the accessibility to the earlier case law, mainly of the '90s, is limited. Nevertheless, the analysis includes a sufficiently representative number of judgments. During a given period, the Court of Appeal settled 173 cases related to recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and the Supreme Court accordingly – 30. The Court of Appeal recognized and enforced 144 foreign arbitral awards, and five awards were partly recognized, 11 – not recognized, one case was suspended until the judgments of the other court came into force, and, finally, in 15 cases applications were left unrecognized (for instance due to formal deficiencies). Thirty judgments of the Court of Appeal related to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards were appealed to the Supreme Court of Lithuania. It is essential to mention that in the majority of cases, the Supreme Court decided

⁷ A website of the Vilnius Court of the Commercial arbitration, <http://www.arbitrazas.lt/subsite-2.htm> (accessed 30 June 2018).

⁸ A website of the Lithuanian Court of Arbitration, <https://arbitrazoteismas.lt/lt/apie-teisma/veikla-skaiciais/> (accessed 30 June 2018).

⁹ Egidijus Laužikas. Beata Kozubovska, *Praktyka Sądu Najwyższego Litwy w rozwiązywaniu problemów arbitrażu*, 4 Arbitraż i Mediacja 95 (2011).

to leave the same judgment as of the Court of Appeal; only in few cases, the Court decided differently and in a few – returned the case for the reconsideration of the Court of Appeal. The latter appeared in the cases, where the Court of Appeal left some allegations of the parties without proper consideration. The court, when deciding on the recognition of an arbitral award, has not only to *ex officio* verify the grounds for a refusal to recognize and enforce an arbitral decision, but also assesses all the factual and legal arguments put forward by the person concerned if the person concerned requires this. The court has the right not to analyze only the arguments of the party concerned, which are entirely unrelated to the case. However, in each case, the refusal to analyze the arguments of the party concerned the court should properly substantiate the decision.

The study shows that the Court of Appeal grants recognition and enforcement for more than 80 percent of the foreign arbitral awards. Only 7 percent of the arbitral awards in nearly 20 years was refused to recognize and enforce. In five cases, the Court of Appeal refused to grant recognition and enforcement for the foreign arbitral award on the ground of Article V par. One of the Convention and six awards were not recognized on the ground of Article V par. 2 of the Convention.

According to the established case-law of the Lithuanian courts, Article 40 par. 2 of the Law on Commercial Arbitration¹⁰ lists the grounds for refusal that courts have to check *ex officio*. It means that the court will raise those grounds in each case of the recognition and enforcement of the foreign arbitral award, irrespectively of whether the party, against whom the award has been handed down, relies on them or not. The wording of the Article 40 par. 2 differs from Article V (2) of the Convention. Under Article V (2) of the Convention, “*an arbitral award may also be refused*”, which does not imply the obligation on a national authority to consider those grounds in each case. While under Article 40 par. 2 of the national law, “*the arbitral award is refused to recognize and enforce if the Court of Appeal of Lithuania admits that*” if one of the following grounds for refusal of the recognition and enforcement apply. Consequently, this practice could lead to the extensive use of the public policy as the ground of non-recognition of the foreign award¹¹.

The study shows that Lithuanian courts usually refuse to recognize foreign arbitral awards because of the violation of public policy or because of the lack of arbitrability of the dispute. For instance, in a *Gazprom* case, the Court of Appeal refused to recognize an award rendered by an arbitral tribunal at the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce on the ground of the abovementioned Article V (2) b of the Convention. The arbitral tribunal issued an anti-suit injunction. The Court found that the award

¹⁰ And, respectively, Article V (2) of the New York Convention.

¹¹ „*Apatit Fertilizers S. A.*” v. *AB „Lifosa*,” 3K-3-146/2002, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2002); „*Belaja Rus*“ v. *Westintorg Corp*, 3K-3-161/2008, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2008).

limited the right of the national courts in Lithuania to initiate a proceeding. According to the Court, this would also limit the court's right to determine whether it has jurisdiction according to the provisions of Brussels I Regulation. The court found that recognition of the award, which is limiting one of the parties' capacity to bring a claim before a national court would be contrary to the Lithuanian and international public policy. The ruling was appealed to the Supreme Court of Lithuania. The Court decided to stay the proceeding and to refer a question to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling. In the broadly discussed ruling, the CJEU did not share the Lithuanian courts' findings. The CJEU explained that Brussels I Regulation does not require refusing to recognize and enforce an anti-suit injunction issued by an arbitral tribunal¹². After the ruling of the CJEU, the Supreme Court of Lithuania ordered to recognize and enforce the arbitral award. It is worth to mention that in the *Gazprom* case, both the Court of Appeal of Lithuania and the Supreme Court of Lithuania raised more questions. The courts had to examine all the grounds for refusal of recognition established in Article V (2) of the New York Convention, thus also the arbitrability of the dispute at stake, and there were doubts in this regard as well.

In one of the cases, the Court of Appeal of Lithuania refused to recognize and enforce the arbitral award, finding that the claimant abused his rights by turning to arbitration. The purpose of that was to seek indirect losses, although earlier, he won the case in a national court and had been awarded direct losses. The Court found, in this case, a violation of public policy.

Nevertheless, there is no undesirable practice to overuse the public policy exception or the ground of the non-arbitrability of the dispute. The Supreme Court of Lithuania is tending to explain those clauses very strictly. The reasoning of the rulings sometimes include references to the case-law of the foreign national courts in this regard¹³. The Court a concept of the "public order" explains as an international public order covering the fundamental principles of the honest process as well as mandatory rules of the substantive law, which establish the fundamental and universally recognized principles of law¹⁴. Therefore, not any objection to the mandatory rules of the Republic of Lithuania may be a sufficient basis for refusing to recognize and enforce the decision of a foreign arbitral tribunal. The violation of public order can be constituted if the recognition and enforcement of a foreign arbitration award would conflict with the basic principles of law and moral norms recognized internationally, as well as if arbitration or arbitration agreement was obtained by coercion, deception or threats.

¹² „*Gazprom*” *OAO v Lietuvos Respublika*, C-536/13, *Grand Chamber*, ECJ, (2015).

¹³ „*Interperformances Inc. Case*, 3K-3-483-421/2015, the Supreme Court of the Republic Lithuania (2015).

¹⁴ *Duke Investment Limited v. Kaliningrad Region and Kaliningrad Region Development Fund*, 3K-3-179 / 2006, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2006).

In some cases, the parties tried to justify a need to refuse to recognize and enforce foreign arbitral awards because this could infringe an international bilateral treaty with the other State, with which the case was related. For instance, in one of the cases, the appellant claimed that the recognition and enforcement of the foreign arbitral award would violate the international bilateral obligations established by the Bilateral Treaty between the Republic of Lithuania and the Republic of Belarus on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters¹⁵. According to the party, it was undermining the good relations of neighboring countries and should be recognized as a violation of public order, and should be a ground for refusing to recognize foreign arbitral awards¹⁶.

However, the courts did not follow this kind of reasoning. The rulings were strict in this regard, providing that the application of international treaties *per se* cannot be regarded as contradictory to public policy. Article 135 of the Constitution of the Republic of Lithuania stipulates that Lithuania generally recognized principles of international law, for instance, the principle *pacta sunt servanda*. When ratifying the 1958 New York Convention, Lithuania undertook to recognize foreign arbitral awards, unless the grounds for refusal provided in Article V of the Convention apply. The non-recognition of a foreign arbitral award on grounds not specified in the New York Convention or inappropriate application of the Convention would be a violation of Lithuania's international obligations. The Great Chamber of the Lithuanian Supreme Court has noted that the Republic of Belarus is also a party to the New York Convention of 1958. Consequently, the Republic of Belarus has also committed itself to resolve the issue of recognition of foreign arbitral awards in accordance with the rules laid down in the Convention. Consequently, compliance with the international agreement and its proper implementation, i.e., legitimate actions, cannot adversely affect the good neighborly relations of the States and cannot justify a violation of public order.

An example of a violation of public policy following from the Lithuanian case-law is the recognition and enforcement of an arbitral award, which would lead to recognition of punitive damages. The latter is probably one of the most popular bases raised by the parties in order to refuse recognition of the foreign arbitral award. The courts, however, are rigorous in consideration of this ground. First, it is being examined whether the parties had agreed on such a size of penalties and whether this could have been challenged under applicable law. According to the established case-law of the Supreme Court of Lithuania, the courts can consider the penalties provided for in the contract as viola-

¹⁵ The bilateral agreement was signed on 20th October 1992, and is in force in Lithuania since 11th July 1993, it was announced in the State's Official Journal (Valstybės žinios), 1994-06-08, Nr. 43-779.

¹⁶ *Westing corp. V. „Belaya Rus,”* 3K-7-132/2007, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2007).

tion of public policy if they would amount to legalization of punitive damages¹⁷. However, the fact that the parties to the contract award a significant amount of penalties does not mean that the recognition of the arbitral award and the permit to pursue it would be contrary to the Lithuanian or international public policy. In deciding on the number of penalties, the court has to consider the size of penalties chosen by parties of the agreement. Moreover, the court has to examine if the penalties were due to contractual relations and the nature of these relationships. For instance, the court could check if both parties to the agreement are private business entities with experience in business as well as in the area of negotiation, which can predict the consequences of default and choose the contract terms freely. The court should not substantially deny the will of the parties in respect of liability for non-performance of contractual obligations. According to the case-law of the Supreme Court of Lithuania the number of penalties can be recognized as being in line with the interests of the parties, the requirements of the principle of justice, reasonableness, and integrity¹⁸.

3. *Gazprom* case in the light of the former case-law of the Lithuanian courts

3.1. *Gazprom* case – general remarks

Recently, Lithuania was involved in several disputes with energy giants as Gazprom and Veolia¹⁹, not to mention smaller cases between private companies.

The *Gazprom* case may be considered as exceptional due to the several facts. First, this was a case where the Lithuanian State was involved. Moreover, the foreign arbitral award to be recognized was issued against the State. The case concerns four critical national judgements and one ruling of the Court of Justice of the European Union²⁰.

The original case, which initiated the series of further cases, was related to the investigation of the activities of the company “Lietuvos dujos”. The following questions needed to be considered in the case: the court ruling, which commences the investigation of the activities of a legal person, possibility to challenge the ruling, the procedure for

¹⁷ *Duke Investment Limited v. Kaliningrad Region and Kaliningrad Region Development Fund*, 3K-3-179 / 2006, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2006).

¹⁸ *UAB Kaduva v. UAB Okadeta*, 3K – 3-401/2008, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2008).

¹⁹ The case is pending in the arbitral court.

²⁰ Respectively: *Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-7-326/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013); *AB „Lietuvos dujos“, V. V., V. G. ir K. S. v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-3-548/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013); *Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-7-458-701/2015, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2015); and: *AB „Energijos skirstymo operatorius“, V. V., V. G. (V. G.) ir K. S. (K. S.) v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-3-149-915/2016, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2016).

investigating the pre-trial dispute, the legality of the commencement of the investigation of the legal person's activity, the right to proper process, the sufficient information of the court, the question of a national jurisdiction of the Lithuanian courts, possibility to refer to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling, the arbitrability of the dispute regarding the investigating of the activities of a legal person, and, finally, the scope of the issues covered by the arbitration clause. The Supreme Court decided to refer a question for a preliminary ruling to the CJEU and suspended the case until the question of the recognition and enforcement of the arbitral award rendered by the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce is solved²¹. Meanwhile, the Supreme Court referred a question to the CJEU for a preliminary ruling concerning the foreign arbitral award at stake²². After the ruling of the CJEU, the arbitral award was recognized and enforced²³. Finally, the first case was also finished: the court ruled to terminate the investigation of the legal entity AB Lietuvos Dujos.

The consequences of the case are very important, because at the same time this could be an example of both consistent and inconsistent case-law of the Lithuanian courts. Energetic security of the State is one of the most critical questions of the internal and foreign policy of Lithuania, and the Gazprom case was related to both issues. International authors present the case in the light of the Brussels I Regulation and anti-suit injunctions, the relation between the Regulation and arbitration matters²⁴. However, looking at the case from a national standpoint, the other relevant issues could be identified. Namely, the question of arbitrability of the dispute, the question of whether the dispute falls within the scope of the arbitral clause, and finally, the question of the possibility to apply public order clause.

3.2. Arbitrability of the dispute

Lithuanian courts *ex officio* consider the arbitrability of the case and possibility to apply a public order clause. While the parties to the dispute can also invoke the other grounds for possible non-recognition of the arbitral award, among the others, it could be the case when the arbitral tribunal ruled on the issue that fell outside the scope of the arbitral clause.

²¹ AB „Lietuvos dujos“, V. V., V. G. ir K. S. v. Government of the Republic of Lithuania, 3K-3-548/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013).

²² *Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-7-326/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013).

²³ *Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania*, 3K-7-458-701/2015, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2015).

²⁴ For instance: Pietro Ortolani, *Anti-suit injunctions in support of arbitration under the recast Brussels I regulation*, 6 MPILux Working Chapter 1(2015), available at www.mpi.lu

According to Article V (2) (a) of NYC, the national authority can refuse to grant the arbitral award recognition and enforcement if it finds that the subject of the dispute cannot be settled by arbitration under the law of that country. Lithuanian law on arbitration provides a list of disputes that cannot be subject to arbitration. It is worth to mention that at the time when the arbitration agreement was concluded, and when the dispute in the courts arose, different versions of the Law on Commercial Arbitration were in force. In this regard, the Supreme Court pointed out that arbitrability of the case shall be considered in the light of the provisions that were in force when the parties had settled the dispute in the arbitration. According to the Article 11 of the Law on Commercial Arbitration the disputes excluded from the arbitration were the following: disputes arising from constitutional, labour, family, administrative legal relations, as well as disputes related to competition, patents, marks of goods and services, bankruptcy, and disputes arising from consumer contracts, as well as disputes, where one of the parties is a State or municipality enterprise, as well as a State or municipality institution or organization, with the exception of the Bank of Lithuania, if such an agreement was not prior approved by the founder of this company, institution or organization. In the prior case-law, the Supreme Court finds out that the case related to the investigation of the company's work cannot be settled in an arbitration²⁵. The rules governing the investigation of the activities of a legal person provide the shareholders of the legal person with the legal means to ensure that the legal person is properly managed. The main purpose of this institute is to safeguard the public interest, in particular by granting minority members of the legal entity the right to control the activities of the legal person. Lithuanian Civil Code (paragraphs 2 and 3 of Article 2.126 CC) grants also a prosecutor the right to begin a procedure for investigating the activities of a legal person. These rules are mandatory, and therefore, cannot be derogated by the parties to the contract.

Noteworthy, that the arbitral court may rule on both arbitral and non-arbitral issues. In such a case, the national court must examine whether it is possible to distinguish between arbitral and non-arbitral issues legally, and to recognize an arbitral award partially. If such separation is possible, the court cannot apply the Article V(2)(a) of the NYC in the regard of arbitral dispute solved by the arbitral court.

In *the Gazprom* case, the Supreme Court has found out that the arbitral award was not related to the non-arbitral issue, namely the case of the investigation of some actions of the administration of the company. The arbitral court examined whether the parties violated the shareholder agreement thereunder and the question of the protection of the rights arising from this agreement. The arbitral court did not evaluate issues that fell out of the scope of the arbitral agreement, moreover, the issues regulation by mandatory

²⁵ *N. K. v. UAB „Luksora“ ir kt.*, 3K-3-353/2012, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2012).

national rules. Those issues left for the national court were following: removal of some of the company's managing staff, including CEO, from the office, announcement of the data in the annual report, annulment of some of the decisions of the managing bodies, obligation to adopt certain decisions, finally, liquidation of a legal person or appointment of a liquidator. Respectively, if the arbitral court would have ruled on one or more above-mentioned issues, then recognition of a part of the arbitral award could be questionable. However, it was not the case.

The Supreme Court concluded that the dispute at stake is arbitrable and, as such, could have been a subject of arbitration. The Court's decision is not surprising in this regard. It follows very clearly from the previous case-law of the Court that it applies Article V (2)(a) in a very restrictive way.

3.3. Application of the public order clause

The other, probably the most important issue in the given case, was the question of whether the recognition and enforcement could violate the public order of the Republic of Lithuania. The case-law of the Supreme Court of Lithuania is very restrictive and consistent in this regard. As it was already mentioned, the Court explained the „public order” as an international public order covering the fundamental principles of the fair process, as well as mandatory legal norms that establish the fundamental and universally accepted principles of law.

In the *Gazprom* case, the Court refers to the case-law of the CJEU in this regard. The Court clarifies that an anti-suit injunction is a court's prohibition on initiating or continuing litigation before a foreign court, provided with a legal sanction. The court's right to impose an anti-suit injunction and the possibility of imposing legal remedies for failure to comply with it, or an offense stems from the power given to courts to administer justice. The State provides the courts, which are acting on behalf of the State, the power to apply coercive measures. Unlike the courts, the arbitrators, whose powers are based on the arbitration agreement concluded between the parties, cannot apply coercive measures. Nevertheless, the Court considers the arbitrary nature of arbitration as an alternative means of resolving disputes, and the powers of the arbitrators to act, as well as the nature and effect of the measures taken by the arbitral tribunal. Those measures the Court qualified as party's obligation to perform the contract (arbitration agreement). Which means that parties have to comply with the chosen dispute resolution procedure. This agreement also precludes the parties from acting in a way that could undermine the arbitration process or, in the future, the effectiveness of the adjudication of the arbitration award. In the event of a valid arbitration clause, the possibility of arbitration itself to take measures to protect the arbitration process as well as the legitimate expectations of the

other party is compatible with the legal nature of the arbitration. The arbitral court does not have to wait, for a court of a State, to which a party has sued a claim that may violate the arbitration clause, to resolve the issue of admissibility. Therefore, in the *Gazprom* case was no legal basis for refusing to recognize and enforce an arbitration award on the grounds of public policy based on the nature and substance of the adopted measures.

An expanded panel of judges dismissed as unfounded the arguments of the party concerned, arguing that the arbitration award violated the principle of the independence of the judiciary. The arbitration, as has been said more than once, is based on a contract basis. The national and international contract law is governed by the privacy privilege of the contract, and arbitration can, therefore, generally only be *inter partes*, and decisions made by it are not binding for the third parties, including courts or other arbitrations. Thus, the arbitral award and the obligation imposed on the parties are directed not to the court but the particular party to the agreement. Therefore, by imposing an obligation on one of the parties not to settle a case in a national court, does not limit the possibility of a court of the State to decide on its own competence (and once it has been established, to consider the case in essence) is neither in any way affected nor restricted. The risk of adverse legal consequences, in this case, lies only on a side of the party that is acting in violation of an arbitration agreement. Recognition of an arbitral award imposing an obligation not to settle a case in court, does not affect the right of the courts of the State to decide on the issue of their jurisdiction or to hear the case.

The mere fact that one of the parties to the case is a State, which participates in private legal relations on the same basis as private persons, are legally irrelevant. The Lithuanian case-law clarifies that modern international law and international legal doctrine recognize the limited doctrine of State immunity, according to which a State or an institution acting on its behalf may have immunity only in respect of actions in the field of public law (*Acta jure imperii*). Whereas in cases, where the State or her institution is involved in private-law relations (*Acta jure gestionis*), the State cannot rely on immunity, because in these relations the State participates on the same basis as private persons²⁶.

4. Conclusions

After the restoration of independence, the Lithuanian Government introduced a modern system of law, including the law on commercial arbitration. Despite the soviet heritage, deficiencies both in theoretical knowledge and practice of the courts regarding arbitration Lithuanian courts practice reveals very consistently and well-grounded case-law on the application of the NYC. In majority of the cases the courts respect the foreign arbitral

²⁶ *SN v. Embassy of the Kingdom of Sweden*, 3K-3-142 / 2007 the Supreme Court of Lithuania (2007).

award and grant the recognition and enforcement. The most problematic appear to be the cases, where the State is one of the parties to the dispute.

The *Gazprom* case concerned all the main grounds for the refusal of granting a recognition and enforcement: arbitrability of the dispute, the question of whether the dispute falls within the scope of the arbitral clause, and finally, the public order clause. The Lithuanian Supreme Court did not find any of those grounds applicable in the case. *Gazprom* case, which at the beginning could be seen as the infamous example of treating the case, finally resulted in a well-grounded decision of the Supreme Court of Lithuania.

List of literature

1. Sources

Case-law

„*Gazprom*” *OAO v Lietuvos Respublika*, C-536/13, *Grand Chamber*, ECJ, (2015)

„*Apatit Fertilizers S. A.*” v. *AB „Lifosa*,” 3K-3-146/2002, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2002); „*Belaja Rus*” v. *Westintorg Corp*, 3K-3-161/2008, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2008).

„*Interperformances, Inc. Case*,” 3K-3-483-421/2015, the Supreme Court of the Republic Lithuania (2015).

AB „Energijos skirstymo operatorius,” V. V., V. G. (V. G.) ir K. S. (K. S.) v. Government of the Republic of Lithuania, 3K-3-149-915/2016, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2016)

AB „Lietuvos dujos,” V. V., V. G. ir K. S. v. Government of the Republic of Lithuania, 3K-3-548/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013);

Duke Investment Limited v. Kaliningrad Region and Kaliningrad Region Development Fund, 3K-3-179 / 2006, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2006)

Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania, 3K-7-326/2013, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2013);

Gazprom v. Government of the Republic of Lithuania, 3K-7-458-701/2015, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2015)

N. K. v. UAB „Luksora“ ir kt., 3K-3-353/2012, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2012)

SN v. Embassy of the Kingdom of Sweden, 3K-3-142 / 2007 the Supreme Court of Lithuania (2007)

UAB Kaduva v. UAB Okadeta, 3K – 3-401/2008, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2008)

Westing corp. v. „Belaja Rus,” 3K-7-132/2007, the Supreme Court of the Republic of Lithuania (2007).

Legal sources

Bilateral Treaty between the Republic of Lithuania and the Republic of Belarus on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters signed on 20th October 1992, Official Journal (Valstybės žinios), 1994-06-08, Nr. 43-779.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by a United Nations diplomatic conference on 10 June 1958

Law on Commercial Arbitration, Official Journal (Valstybės žinios), 1996-05-02, Nr. 39-961.

2. Special literature

Jevgenij Machovenko, *Valstybinių išvažiuojamųjų, trečiųjų ir kuopos teismų veiklos nagrinėjant žemės bylas teisinis reguliavimas Lietuvos Didžiojoje Kunigaikštystėje*, 46 Teisė 98, 102 (2003)

Valentinas Mikelėnas, *Lietuvos Respublikos komercinio arbitražo įstatymo dvidešimtmetis: ištakos, taikymo patirtis ir perspektyvos*, II Arbitražas: teorija ir praktika 3, 4 (2016).

Egidijus Laužikas. Beata Kozubovska, *Praktyka Sądu Najwyższego Litwy w rozwiązywaniu problemów arbitrażu*, 4 Arbitraž i Mediacja 95 (2011).

Pietro Ortolani, *Anti-suit injunctions in support of arbitration under the recast Brussels I regulation*, 6 MPILux Working Chapter 1(2015), available at www.mpi.lu

3. Internet sources

A website of the Vilnius Court of the Commercial arbitration, <http://www.arbitrazas.lt/subsite-2.htm> (accessed 30 June 2018)

A website of the Lithuanian Court of Arbitration, <https://arbitrazoteismas.lt/lt/apie-teisma/veikla-skaiciais/> (accessed 30 June 2018)

Гульдана Амангельдиевна
Куаналиева¹

*Казахский национальный университет
имени аль-Фараби
Республика Казахстан*

Guldana Amangeldiyevna Kunalieva

*Kazakh National University
named after al-Farabi
The Republic of Kazakhstan*

Нуржан Саулен²

*Отдел конституционного,
административного законодательства
и государственного управления
Институт законодательства
и правовой информации
Республика Казахстан*

Nurzhan Saulen

*Department of constitutional, administrative
legislation and public administration
Institute of Legislation and Legal Information
The Republic of Kazakhstan*

К вопросу воинских уголовных правонарушений в Республике Казахстан

On the issue of military criminal offenses in the Republic of Kazakhstan

O przestępstwach wojskowych w Republice Kazachstanu

Аннотация

В данной статье авторы на основании правового положения Национальной гвардии Республики Казахстан раскрывают значение уголовной политики государства в сфере воинских уголовных правонарушений. Авторы критически высказывается в отношении особого взгляда законодателя к уголовной ответственности военнослужащих. С учетом, специфика уголовных правонарушений, по мнению авторов должна быть сбалансирована.

Строительство высококомбинированной, технически оснащенной и профессионально грамотной современной Национальной гвардии Республики Казахстан обеспечит как национальные интересы, так и национальную безопасность нашего государства. И основное это профессионализм, как подчеркивают авторы, воспроизводя слова Верховного главнокомандующего страны, мнение Главнокомандующего Национальной гвардии Республики Казахстан и ведущих военных ученых. И основным фактором, влияющим на уровень правонарушений среди военнослужащих является дисциплина. И одним из действенных мер, по предложению авторов, является ужесточение правовых мер за совершение уголовных правонарушений.

Ключевые слова

воинские уголовные правонарушения, уголовная ответственность военнослужащих, уголовная политика государства, национальная безопасность

Abstract

In this article, the authors on the basis of the legal status of the National guard of the Republic of Kazakhstan reveal the importance of the criminal policy of the state in the field of military criminal offenses. The authors are critical of the special view of the legislator to the criminal responsibility of the military. Taking into account, the specificity of criminal offenses, according to the authors, should be balanced.

The construction of a highly mobile, technically equipped and professionally competent modern National guard of the Republic of Kazakhstan will ensure both national interests and national security of our state. And the main thing is professionalism, as the authors emphasize, reproducing the words of the Supreme commander of the country, the opinion of the commander-in-Chief of the National guard of the Republic of Kazakhstan and leading military scientists. And the main factor affecting the level of offenses among the military is discipline. And one of the most effective measures, at the suggestion of the authors is a tougher legal action for committing criminal offenses.

Keywords

military criminal offenses, criminal liability of military personnel, criminal policy of the state, national security

Streszczenie

W artykule *O przestępstwach wojskowych w Republice Kazachstanu* autorzy G. Kuanaliev i N. Saulen przyrzekli się kwestii zwiększenia odpowiedzialności sprawców popełniających ww. przestępstwa. Przyjmuje się, że wskazane w tytule tekstu działania tego rodzaju w destabilizujący sposób współkształtują bezpieczeństwo państwa. Problem ten jest analizowany w odniesieniu do Gwardii Narodowej. Odgrywa ona szczególną rolę w zapewnieniu porządku prawnego. Pełniący służbę w Gwardii Narodowej starają się, aby wojskowe przestępstwa karne nie odgrywały zbyt dużej roli w społeczno-politycznej rzeczywistości państwa. Tego rodzaju prewencja chroni podstawowe interesy narodowe przed istniejącymi i potencjalnymi zagrożeniami. Podstawą prawną funkcjonowania Gwardii Narodowej jest przede wszystkim Rozdział XVIII Kodeksu karnego Republiki Kazachstanu.

Słowa kluczowe

przestępstwa wojskowe, odpowiedzialność karna personelu wojskowego, polityka kryminalna państwa, bezpieczeństwo narodowe

Организация правового государства и гражданского общества предполагает, в числе всего прочего, приведение уголовного законодательства в соответствие с ее принципами. В контексте данного вопроса это означает решение проблемы соответствия парадигмы уголовной политики Республики Казахстан в сфере воинских правонарушений международным нормам о правах человека, конституционной норме о равенстве всех перед законом, общим положениям уголовного права.

Уголовная политика государства в сфере воинских уголовных правонарушений строится на особом положении всех воинских формирований, в том числе и Национальной гвардии Республики Казахстан, что получило отражение в Уставе Внутренней Службы Вооруженных Сил Республики Казахстан. Так, в пункте 31 вышеуказанного документа излагается: «Военнослужащие независимо от воинского звания и должности равны перед законом и несут ответственность, установленную для граждан Республики Казахстан, с учетом особенностей своего правового

положения». И в п. 33: «Военнослужащие за совершение преступлений и иных правонарушений несут ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан»¹.

Для решения данного вопроса необходимо выяснить, в чем заключается особый характер военной службы, чем она отличается от службы в других государственных органах.

Исходя из этого возникает необходимость выяснения правового положения Национальной гвардии Республики Казахстан (далее – Национальная гвардия), обусловленная еще объектом посягательства. Учитывая специфику воинских уголовных правонарушений, следует, на наш взгляд, выяснить прежде природу самого института Национальной гвардии, как обстоятельства, обуславливающего особое отношение законодателя к уголовной ответственности военнослужащих. С учетом сказанного, представляется целесообразным критически рассмотреть существующее положение, изложить собственное их понимание, а также высказать предложения относительно дальнейшего развития уголовной политики в сфере воинских преступлений, памятуя о том, что «запрет и санкция должны быть сбалансированы между собой, учитывать изменения, происходящие в стране и в ее уголовной политике»².

Следуя общемировым тенденциям, многие институты общества обретают новую парадигму и, соответственно, эволюционируют. Наиболее ярко данные проблемы отражаются на динамике преступности, причем, на соответствующих каждому институту специфических разновидностях. Не стало исключением и военное ведомство. За более два десятилетия существования Национальная гвардия претерпела значительные изменения. В основном они касаются материально-технического и структурного положения войск. В вопросах уголовной ответственности по-прежнему действуют устаревшие стереотипы, когда войска занимали доминирующее положение среди других государственных структур. Несоответствие парадигмы Национальной гвардии новым реалиям привело к росту преступности среди военнослужащих. Однако реальных законодательных мер предупреждения воинской правонарушений принято не было.

На очередном этапе строительства гражданского общества и правового государства формируются новые национальные интересы во всех сферах социума, в том числе и в военной области. Выйдя из ядерного клуба, Республика Казахстан продемонстрировала принцип невмешательства и добрососедства во внешней

¹ Устав Внутренней Службы Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований Республики Казахстан. Утвержден Указом Президента Республики Казахстан от 5 июля 2007 г., № 364.

² D.S Čukmaitov, Gumanizaciã ugovolnoj politiki v sfere ispolneniã nakazaniã: Naučnoe izdanie, Kostanaj: TOO «Kostanajskij pečatnyj dvor» 2005, s. 334.

и внутренней политике. В Военной доктрине Республики Казахстан, в главе 3 п. 3.3. отмечено: «Главными целями оборонной политики Республики Казахстан являются укрепление международной и региональной безопасности, внутривнутриполитической стабильности в стране, предотвращение военных конфликтов и поддержание готовности Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований к вооруженной защите Республики Казахстан и ее союзников»³.

В современной международной обстановке владение стратегическими запасами сырья не менее сильный аргумент, с одной стороны, и внешняя угроза, с другой: «В нашу эпоху, по мере того, как мир уходит от военных конфронтаций, соперничество переносится из военной области в политическую и экономическую сферы», отмечается в Стратегии «Казахстан-2050»⁴. Поэтому Республика Казахстан сохраняет востребованность военно-оборонных компонентов.

Главной целью военного строительства в Республике Казахстан Военная доктрина определяет создание хорошо оснащенной, высококомобильной Национальной гвардии, способной обеспечить защиту общественного порядка как внутри государства, так и жизненно важных национальных интересов государства от существующих и потенциальных военных угроз. И по настоящее время остаются актуальными слова, сказанные Верховным Главнокомандующим Вооруженными Силами Казахстана – Н.А. Назарбаевым 29.12.2001 года при разработке Программы по укреплению позитивного имиджа Вооруженных Сил Республики Казахстан и военной профессии на 2001-2005 годы: «... одной из главных задач страны является построение сильной современной армии, способной успевать за ходом событий и отвечать вызовам времени. И фундаментом новой армии, Вооруженных Сил должны стать сами военные, люди военной профессии»⁵.

В 2005 году в монографии «Национальные интересы: история и современность» доктор военных наук, профессор полковник Ахметов Ж.Х. отметил о необходимости Внутренних войск «... с учетом изменившихся реалий в мире и регионе, новых угроз безопасности страны, качественных изменений в средствах вооруженной борьбы и характере современных военных конфликтов (Внутренние

³ Voennaâ doktrina Respubliki Kazahstan. Utverždena Ukazom Prezidenta Respubliki Kazahstan ot 11 oktâbrâ 2011 goda, № 161.

⁴ Poslanie Prezidenta Respubliki Kazahstan – Lidera nacji N.A. Nazarbaeva narodu Kazahstana «Strategiâ «Kazahstan-2050»: novyj političeskij kurs sostoâvšegosâ gosudarstva» ot 14.12.2012 g.

⁵ Kompleksnaâ informacionnaâ programma po ukrepleniû pozitivnogo imidža Vooružennyh Sil Respubliki Kazahstan i voennoj professii na 2001-2005 gody, utverždennaâ postanovleniem Pravitel'stva Respubliki Kazahstan ot 29 dekabrá 2001 goda, № 1766, <http://www.zakon.kz>.

войска – прим. авт.) должны адаптироваться с учетом формирующихся новых национальных интересов Республики Казахстан»⁶.

В 2013 году слова и мысли Верховного Главнокомандующего Вооруженными Силами Казахстана нашли свое отражение в статье Главнокомандующего Национальной гвардии Республики Казахстан, к.п.н., генерал-лейтенанта Р.Ф. Жаксылыкова «Адаптация к реалиям мирового образовательного пространства системы подготовки кадров для Внутренних войск», где автор, выступая на Международной научно-теоретической конференции на тему: «Реализация Стратегии Казахстана-2050 – приоритеты военного образования», проходившей в Военном институте Национальной гвардии Республики Казахстан г. Петропавловск, акцентировал внимание на новых квалификационных требованиях к военным специалистам: «В центре военно-профессиональной подготовки становится современный специалист как личность и как профессионал, формирование системных знаний, системного мышления, способностей, которые позволяют оперативно оценить социальную и военно-профессиональную ситуацию»⁷.

Суммируя изложенное, можно сделать вывод, что Казахстан стремится к относительно небольшой, мобильной, высококвалифицированной, способной осознанно, разумно ориентироваться в окружающей действительности армии. И здесь вопрос стоит не только в технической оснащенности Вооруженных Сил Республики Казахстан, но, в первую очередь, в высокой культуре военнослужащих, в том числе и правовой. Если воин не соблюдает закон, если закон ставит воина в привилегированное положение, по сравнению с остальными гражданами, позволяя нести более мягкое наказание за совершенное аналогичное уголовное правонарушение, включая последствия, не говоря уже о понятии воинской чести, которая несовместима с совершением уголовного правонарушения: подобная армия создаст опасность и представляет потенциальную угрозу не внешнему врагу, а собственной гражданской базе, которая ее поддерживает и питает. Поэтому в рядах Вооруженных Сил должны нести службу только граждане, обладающие чувством ответственности к осознанному выбору решения, нацеленного на благо всего Отечества и своей семьи, при этом обладать прочным нравственным стержнем.

Основным признаком, характеризующим положение военнослужащих в уголовно-правовой сфере, является взаимосвязанность и взаимообусловлен-

⁶ Ž.H Ahmetov, Nacional'nye interesy: istoriâ isovremennost' (Monografiâ), Petropavlovsk 2005, s. 142.

⁷ R.F Žaksylykov, Adaptaciâ k realiâm mirovogo obrazovatel'nogo prostranstva sistemy podgotovki podgotovki kadrov dlâ Vnutrennih vojsk. Sbor mater. meždunar.nauč.-teoretič. konf. «Realizaciâ Strategii Kazahstan-2050 – priorityty voennogo obrazovaniâ», Petropavlovsk: VI VV MVD Respubliki Kazahstan 2013, s. 613.

ность всех компонентов проблемы. Основа любых войск армии, ее главная характеристика и отличие от гражданских формирований есть дисциплина. Именно ее низкий уровень детерминирует преступность. Ежегодно в нормативных актах Министерства внутренних дел Республики Казахстан констатируется необходимость укрепления дисциплины, приводятся конкретные требования, однако уровень дисциплины, и, соответственно, уровень преступности практически не меняется.

Как точно отметил Заслуженный деятель Республики Казахстан, профессор Ким Серикбаев «... состояние дисциплины в любом воинском формировании зависит от результативности воспитательной работы, однако, как свидетельствует практика, уровень дисциплинированности каждого военнослужащего находится в прямой зависимости от подготовленности молодых граждан к армейской службе». В труде «Обретенной независимости – надежную защиту» К. Серикбаев акцентирует внимание на воспитании молодежи как в допризывной период, так и в ходе армейской службы, цель которой формирование личности молодого человека, как будущего защитника родины. При этом автор приводит много примеров из казахстанской практики, это и патриотической направленности круглые столы, конференции, восстановление шефских связей с воинскими частями, поощрительные стипендии, вечера-встречи молодежи как с участниками Великой Отечественной войны, воинами-интернационалистами, так и с действующими офицерами и т.д.⁸

«Воинская дисциплина является одним из главных условий обеспечения боевой готовности войск» гласит статья 2 Дисциплинарного устава Вооруженных Сил Республики Казахстан. Статья 1 указанного нормативного акта определяет воинскую дисциплину как строгое и точное соблюдение военнослужащими порядка и правил, установленных законами, общевойсковыми уставами, другими нормативными правовыми актами и приказами командиров (начальников). Итак, соблюдение военнослужащими установленного порядка прохождения военной службы означает строгое соблюдение дисциплины и правопорядка. «Следовательно, требование законности, поддержание правопорядка составляют прочный фундамент и отправную базу для воинской дисциплины и воспитания дисциплинированности, а также для проведения правовой работы по укреплению воинской дисциплины»⁹. Дисциплина базируется на идеологии, которая дефинируется данным уставом, как высокое осознание каждым военнослужащим своего воинского долга и личной ответственности за защиту своей Родины – Республи-

⁸ K.S Serikbaev, Obretennoj nezavisimosti – nadežnuu zašitu, Almaty: izdatel'stvo «SAGA» 2009, 448 s., s. 375-377.

⁹ Ukaz Prezidenta Respubliki Kazahstan ot 10 oktâbrâ 2006 goda № 200 «O gosudarstvennoj programme patriotičeskogo vospitaniâ graždan Respubliki Kazahstan na 2006-2008 gody // <http://www.zakon.kz>.

ки Казахстан, беззаветной преданности своему народу, высокими морально-психологическими и боевыми качествами, сознательным повиновением командирам (начальникам).

Поддерживают идеологию и определяют степень нарушения дисциплины и правопорядка с соответствующим наказанием, то есть следят за их соблюдением командиры, с помощью военных правоприменительных органов: так статья 5 Устава Внутренней Службы Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований Республики Казахстан п. 5 гласит: «личным примером и повседневной требовательностью командиров (начальников) к подчиненным в надлежащем выполнении обязанностей военной службы и постоянным контролем за их исполнительностью, уважением прав и личного достоинства военнослужащих, постоянной заботой о них, умелым сочетанием и правильным применением мер поощрения, убеждения, принуждения и общественного воздействия коллектива»¹. В зависимости от содержания идеологии и, соответственно, уголовной политики осуществляется предупреждение преступности.

«Воинский коллектив представляет собой сложный по своей внутренней структуре, деятельный социальный организм, формирование которого подчинено объективным закономерностям. Понимание этих закономерностей, а также процессов, протекающих в коллективе, составляет непереносимое условие эффективного управления им в повседневной жизни и деятельности»¹⁰. Поэтому для успешной реализации мер предупреждения преступности в войсках необходимо уяснить причины их совершения, выявить те закономерности, которые в условиях действительности приводят к подобным деструктивным явлениям, угрожающим не только нормальному функционированию Национальной гвардии, но и национальной безопасности всего государства.

Как дестабилизирующее явление, преступность представляет собой угрозу для безопасности государства. В этом свете воинские уголовные правонарушения представляют собой особую опасность, как явления, мешающие нормальному функционированию одного из институтов, предназначенных обеспечивать общественную безопасность внутри страны. Наличие преступных явлений свидетельствует о серьезных нарушениях в структуре формальных и неформальных отношений. Воинские уголовные правонарушения характеризуются повышенной степенью общественной опасности в силу самой специфики воинской службы, это одна из основных причин традиционного определения законодателем данных видов уго-

¹⁰ О.Ž. Sejtbekov, *Vospitatel'naâ i social'no-pravovaâ rabota vo Vnutrennih vojskah MVD Respubliki Kazahstan: Učebnoe posobie*, Petropavlovsk 2008, s. 296.

ловных правонарушений в отдельную главу Уголовного кодекса Республики Казахстан (Глава 18. Военские уголовные правонарушения)¹¹.

Угроза воинской преступности состоит именно в предназначении Национальной гвардии, как силового ведомства. Призванные защищать общественный порядок внутри страны войска должны быть олицетворением национальной безопасности. Воинская преступность же, наоборот, заставляет общество смотреть на военнослужащих как на угрозу собственной безопасности. Действительность не отвечает современным представлениям о военнослужащем, как отражениям бытующих в обществе ценностей, поэтому необходимо создание в глазах общества положительного имиджа воина, обладающего высокой правовой культурой, в первую очередь.

Дисциплина, как основа порядка, базируется на двух основаниях: идеологии и угрозе наказания. Они имеют жесткую детерминацию. Качественное содержание наказания зависит от идеологии, идеология поддерживается имеющимся арсеналом наказаний. Внедрение идеологии зависит от командиров на местах. Задача командиров следить за соблюдением дисциплины. Их работа регламентирована, то есть им даются непосредственные указания: какая именно идеология господствует, каким арсеналом наказания располагает.

Нормативные акты военного ведомства имеют силу закона. Поэтому любое нарушение порядка прохождения воинской службы, то есть уставов, есть нарушение закона. Мы солидарны с мнениями следующих авторов о том, что «... воспитательная и социально-правовая работа (ВиСПР) личного состава ... является неотъемлемой частью всей системы военного строительства государства» и «... предупредительная роль военно-уголовного законодательства зависит от ряда взаимосвязанных факторов ... Из числа этих факторов наибольшее влияние на борьбу с правонарушениями оказывает правоприменительная деятельность командования и органов военной юстиции»¹². В то время как практика показывает, что командиры не всегда осознают данный факт¹³.

Отсутствие четкого контроля над деятельностью командиров на местах приводит к тому, что зачастую командиры подменяют официальную идеологию на усвоенные атавизмы. В частности, офицеры, и, соответственно, рядовые военнос-

¹¹ Ugolovnyj kodeks Respubliki Kazahstan: Praktičeskoe posobie, Almaty: Izdatel'stvo «Norma-K» 2018, 240 s.

¹² O.L. Safonov, Učebnoe posobie «Vnutrennie vojska: istoriâ i sovremennost'». – Petropavlovsk: AO «Poligrafia» 2007, 270 s.

¹³ A.Ž. Kemel'hanov, Predupreditel'naâ rol' voenno-ugolovnogo zakonodatel'stva // Teoretičeskie i praktičeskie voprosy predupreždeniâ prestupnosti v deâtel'nosti pravoohranitel'nyh organov i institutov graždanskogo obšestva: meždunarodnyj opyt i nacional'naâ praktika Kazahstana: Mat-ly meždunar.nauč.-prakt. konf., Almaty: TOO Izdatel'stvo «Norma-K» 2007, s. 162.

лужащие, относятся к «дедовщине» как средству поддержания дисциплины, передачи воинского опыта, и, в целом, необходимому атрибуту воинской службы. Относительная закрытость деятельности Национальной гвардии способствует существованию армейских традиций, корни которых уходят в историю становления вооруженных сил, как общественного института.

Оставляют желать лучшего и морально-психологические качества призывников, их физическая подготовка и интеллектуальный уровень. Несмотря на то, что в последнее время наблюдается тенденция к увеличению количества лиц, желающих пройти срочную службу, чаще всего подобное стремление связано с желанием получить военный билет для дальнейшего трудоустройства в правоохранительные органы или в службы охраны. К сожалению, основную массу призывников составляют по определению И.М. Мацкевича «аутсайдеры», то есть «юноши, не попавшие в институты или не сумевшие найти работу, дающую право на отсрочку. Сюда же следует отнести призывников, родители которых не смогли найти иных (часто противоправных) способов уклонения от военной службы»¹⁴.

Необходимо признать и тот факт, что долгие годы мира не в лучшую сторону отражаются не только на боеспособности Вооруженных Сил, но и на отношении населения к ней: уже не представляются настолько необходимыми, как было в эпоху преобразования нашего государства. Проблему дополняет широкая распространенность неуставных взаимоотношений. В итоге, военные уже не пользуются таким уважением, как раньше, статус военнослужащего в рейтинге профессий котируется достаточно низко.

Таким образом, предупреждение преступности в войсках есть устранение вышеуказанных и иных причин, способствующих росту военной преступности. В контексте данной проблематики, нас интересуют уголовно-правовые возможности устранения причин, способствующих совершению уголовных правонарушений военнослужащими. Перед законом все граждане, независимо от рода деятельности, должны быть равны.

Только такие меры, по нашему мнению, будут способствовать соответствию парадигмы уголовной политики Республики Казахстан в сфере воинских уголовных правонарушений международным нормам о правах человека, конституционной норме о равенстве всех перед законом, принципам Уголовного права Республики Казахстан.

¹⁴ I.M. Mackevič, *Prestupnost' voennoslugaših: kriminologičeskie i social'nye problemy: Diss. ... d-ra ūrid. nauk: 12.00.08, Moskva 2003, s. 58.*

Библиография

Правовые акты

- Kompleksnaâ informacionnaâ programma po ukrepleniû pozitivnogo imidža Vooružennyh Sil Respubliki Kazahstan i voennoj professii na 2001-2005 gody, utverždennaâ postanovleniem Pravitel'stva Respubliki Kazahstan ot 29 dekabrá 2001 goda, № 1766, <http://www.zakon.kz>.
- Ukaz Prezidenta Respubliki Kazahstan ot 10 oktâbrâ 2006 goda № 200 «O gosudarstvennoj programme patriotičeskogo vospitaniâ graždan Respubliki Kazahstan na 2006-2008 gody // <http://www.zakon.kz>.
- Ustav Vnutrennej Služby Vooružennyh Sil, drugih vojsk i voinskih Formirovanij Respubliki Kazahstan. Utveržden Ukazom Prezidenta Respubliki Kazahstan ot 5 iûlâ 2007 g., № 364.
- Voennaâ doktrina Respubliki Kazahstan. Utverždena Ukazom Prezidenta Respubliki Kazahstan ot 11 oktâbrâ 2011 goda, № 161.

Литература

- Ahmetov Ž.H., *Nacional'nye interesy: istoriâ isovremennost'* (Monografiâ), Petropavlovsk 2005.
- Čukmaitov D.S., *Gumanizaciâ ugovolnoj politiki v sfere ispolneniâ nakazaniâ: Naučnoe izdanie*, Kostanaj: TOO «Kostanajskij pečatnyj dvor» 2005.
- Mackevič I.M., *Prestupnost' voennoslugaših: kriminologičeskie i social'nye problemy: Diss. ... d-ra ūrid. nauk: 12.00.08*, Moskva 2003.
- Kemel'hanov A.Ž., *Predupreditel'naâ rol' voenno-ugolvnogo zakonodatel'stva. Teoretičeskie i praktičeskie voprosy predupreždeniâ prestupnosti v deâtel'nosti pravoohranitel'nyh organov i institutov graždanskogo obšestva: meždunarodnyj opyt i nacional'naâ praktika Kazahstana: Mat-ly meždunar. nauč.-prakt. konf.*, Almaty: TOO Izdatel'stvo «Norma-K» 2007.
- Poslanie Prezidenta Respubliki Kazahstan – Lidera nacji N.A. Nazarbaeva narodu Kazahstana «Strategiâ «Kazahstan-2050»: novyj političeskij kurs sostoâvšegosâ gosudarstva» ot 14.12.2012 g.
- Safonov O.L., *Učebnoe posobie «Vnutrennie vojska: istoriâ i sovremennost'»*. Petropavlovsk: AO «Poligrafîâ» 2007.
- Sejtbekov O.Ž., *Vospitatel'naâ i social'no-pravovaâ rabota vo Vnutrennih vojskah MVD Respubliki Kazahstan: Učebnoe posobie*, Petropavlovsk 2008.
- Serikbaev K.S., *Obretennoj nezavisimosti – nadežnuû zašitu*, Almaty: izdatel'stvo «SAGA» 2009.
- Ugovolnyj kodeks Respubliki Kazahstan: Praktičeskoe posobie*, Almaty: Izdatel'stvo «Norma-K» 2018.
- Žaksylykov R.F., *Adaptaciâ k realiâm mirovogo obrazovatel'nogo prostranstva sistemy podgotovki podgotovki kadrov dlâ Vnutrennih vojsk. Sbor mater. meždunar. nauč.-teoretič. konf. «Realizaciâ Strategii Kazahstan-2050 – priority voennogo obrazovaniâ»*, Petropavlovsk: VI VV MVD Respubliki Kazahstan 2013.

Zagadnienia prawa publicznego

Jolanta Blicharz¹

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

ORCID 0000-0002-4581-8629

Rola dialogu i partnerstwa w zakresie przewycięzania wykluczenia społecznego

The role of dialogue and partnership in overcoming the social exclusion

Streszczenie

Rozwój dialogu społecznego i obywatelskiego, a także realizacja zasady partnerstwa są odpowiedzią na postępującą globalizację w stosunkach gospodarczych oraz nowe zjawiska wykluczenia społecznego.

Dialog i partnerstwo są współcześnie ważnymi instrumentami, które z jednej strony umożliwiają budowanie szerokiego konsensusu społecznego wokół wartości i kwestii fundamentalnych dla państw i obywateli, z drugiej zaś sprzyjają zwiększeniu spójności społecznej w zakresie włączenia społecznego.

Słowa kluczowe

dialog społeczny, dialog obywatelski, partnerstwo, partnerstwo obywatelskie, wykluczenie społeczne

Abstract

The development of social and civic dialogue, as well as the realization of principle of partnership, constitute the response to growing globalization in economic relations and new phenomenons of social exclusion.

Dialogue and partnership are contemporarily very important instruments: on one hand they enable reaching wide consensus around the values and issues fundamental for countries and citizens, and on the other hand they foster the increasing of social cohesion in the field of social inclusion.

Keywords

social dialogue, civic dialogue, partnership, civic partnership, social exclusion

1. Kilka hipotez

Znaczenie społecznego problemu wykluczenia uzasadnia potrzebę wdrażania w szerokim zakresie działań zapobiegających występowaniu tego zjawiska. Przyznanie konstytucyjnej ochrony praw człowieka kieruje uwagę na te aspekty godności, które

¹ Prof. dr hab.

dzisiaj są być może szczególnie zagrożone w wyniku rozwoju cywilizacyjnego, szerokiego stosowania nowoczesnych technologii, a także występujących procesów globalizacji. Chodzi tu więc jedynie o silniejsze zaakcentowanie obowiązków władzy publicznej w zakresie zwalczania wykluczenia społecznego, które może w specyficzny sposób naruszać sferę praw człowieka.

Dynamiczny zasięg zjawiska wykluczenia społecznego uzmysławia dzisiaj niezbędność poszukiwania w płaszczyźnie międzynarodowej odpowiednich instrumentów prawnych, które umożliwią ustanowienie wspólnych standardów prawnych w kontekście jego zwalczania z działaniami zmierzającymi do zapewnienia poszanowania godności osoby ludzkiej. W tym też znaczeniu można dopiero skonstatować, że ochrona prawa przed wykluczeniem społecznym to prawna ekspresja godności osoby ludzkiej oraz solidarności międzyludzkiej.

Można więc wysunąć hipotezę, że dla likwidacji wykluczenia społecznego konieczne jest świadczenie różnych form pomocy materialnej i niematerialnej przez sektor publiczny i organizacje non-profit oraz stwarzanie – w ramach dialogu społecznego – korzystnych warunków dla integracji na rynku pracy oraz udostępnienie odpowiednich funduszy na szczeblu państw członkowskich i UE.

Inna z hipotez sprowadza się do stwierdzenia, że wśród najważniejszych instrumentów wysuwa się obecnie dialog i partnerstwo, które z jednej strony umożliwiają budowanie szerokiego konsensusu społecznego wokół wartości i kwestii fundamentalnych dla państw i obywateli, z drugiej zaś sprzyjają zwiększeniu spójności społecznej w zakresie włączenia społecznego.

2. Czy pojęcie dialogu społecznego dotyczy wyłącznie formy kontaktów między partnerami w sferze stosunków pracy, czy też rozumiane jest szeroko – jako składnik kultury politycznej?

Zacząć wypada od tego, że ramy dialogu społecznego w Polsce wyznacza Konstytucja, zwłaszcza art. 12, stanowiący zapewnienie swobody tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji. Z kolei w art. 20 wskazano na społeczną gospodarkę rynkową, solidarność, dialog i współpracę partnerów społecznych jako podstawy ustroju gospodarczego RP. Również w Preambule zawarto odniesienia do dialogu społecznego i zasady pomocniczości. Szczególnie charakterystyczne jest to, że pojęcie dialogu społecznego w Polsce odnoszone jest do formy regulowania stosunków między związkami zawodowymi i organizacjami pracodawców. Zwłaszcza dobitnie zaznaczono to w ustawie z dnia 24 lipca 2015 r. o Ra-

dzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego², gdzie Rada Dialogu Społecznego (RDS, Rada) jest instytucją dialogu trójstronnego w Polsce, funkcjonującą na poziomie centralnym. Stanowi ona forum współpracy strony pracowników, strony pracodawców oraz strony rządowej. W katalogu uprawnień RDS mieszczą się m.in.: prowadzenie dialogu w celu zapewnienia warunków rozwoju społeczno-gospodarczego oraz zwiększenia konkurencyjności polskiej gospodarki i spójności społecznej; podejmowanie działań na rzecz realizacji zasady partycypacji i solidarności społecznej w zakresie stosunków zatrudnienia, a także działalności na rzecz poprawy jakości formułowania i wdrażania polityk oraz strategii społeczno-gospodarczych; budowania wokół nich społecznego porozumienia w drodze prowadzenia przejrzystego, merytorycznego i regularnego dialogu organizacji pracowników i pracodawców oraz strony rządowej. Nadto Rada wspiera prowadzenie dialogu społecznego na wszystkich szczeblach jednostek samorządu terytorialnego (art. 1 ust. 2-5). Do właściwości Rady oraz jej stron należy też: wyrażanie opinii i zajmowanie stanowisk; opiniowanie projektów założeń projektów ustaw oraz projektów aktów prawnych; opiniowanie Wieloletniego Planu Finansowego Państwa, projektów strategii, projektów programów oraz projektów innych dokumentów rządowych dotyczących planowanych działań Rady Ministrów, przygotowywanych przez Radę Ministrów oraz jej członków; inicjowanie na zasadach określonych niniejszą ustawą procesu legislacyjnego (art. 2).

Ponadto w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy³ wskazano na instytucje dialogu społecznego na rynku pracy, którymi są: 1) związki zawodowe lub organizacje związków zawodowych, 2) organizacje pracodawców, 3) organizacje bezrobotnych, 4) organizacje pozarządowe – jeżeli wśród zadań statutowych znajduje się realizacja zadań w zakresie promocji zatrudnienia, łagodzenia skutków bezrobocia oraz aktywizacji zawodowej (art. 6 ust. 6). Można powiedzieć, iż istotnym aspektem dialogu społecznego jest stosowana zasada partnerstwa. Z tego względu jest on narzędziem budowania konsensu. Według definicji Międzynarodowej Organizacji Pracy (MOP) dialog społeczny obejmuje wszystkie rodzaje negocjacji, konsultacji oraz zwykłą wymianę informacji pomiędzy przedstawicielami rządów, pracodawców i pracowników w kwestiach będących przedmiotem wspólnego zainteresowania w obszarze polityki gospodarczej i społecznej⁴. Dialog społeczny jest również elementem Europejskiego Modelu Społecznego, ponieważ „odzwierciedla demokratyczną zasadę (zawartą w art. 11 Traktatu o Unii Europejskiej), która mówi, iż organiza-

² T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2232.

³ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1482.

⁴ <http://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang—en/index.htm> [dostęp: 05.03.2019].

cje przedstawicielskie powinny mieć prawo wyrażania swoich poglądów, prawo do uczestnictwa w konsultacjach i dialogu z władzami publicznymi” oraz że pracownicy i pracodawcy powinni być „zaangażowani w podejmowanie decyzji na temat spraw, które ich ściśle dotyczą”⁵.

W dyskusjach naukowych podkreśla się przede wszystkim, że – będący podstawą ustroju gospodarczego RP – dialog partnerów społecznych według art. 20 Konstytucji RP stanowi część szeroko rozumianego dialogu społecznego uregulowanego w Preambule⁶. Jest to zatem wąskie ujęcie dialogu społecznego, albowiem odbywa się on pomiędzy pracodawcami i pracownikami z udziałem władzy publicznej⁷, którego przedmiotem jest najczęściej kształtowanie warunków pracy, płac, świadczeń socjalnych, a także innych obszarów z zakresu polityki społecznej i gospodarczej⁸. Natomiast użyte w Preambule Konstytucji RP pojęcie dialogu społecznego dotyczy nie tylko tradycyjnego obszaru stosunków pracy⁹, ale też obejmuje szersze spektrum zagadnień, jak np. „polityka podatkowa, funkcjonowanie ubezpieczeń społecznych, problemy systemu ochrony zdrowia, kwestie polityki międzynarodowej i inne”¹⁰. Dodać należy ponadto i to, że dialog społeczny jako sposób dochodzenia do konsensusu obywatelskiego w warunkach pluralistycznej demokracji dotyczyć może zarówno wszelkich jego form, jak i nieograniczonego zakresu podmiotowego i przedmiotowego¹¹.

Nie chciałabym czynić przedmiotem moich refleksji poprawności różnych poglądów w sferze zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Moje zadanie jest daleko bardziej skromne, oparte na kilku założeniach. Po pierwsze, przyjmuję założenie, że użyte w Preambule Konstytucji RP pojęcie dialogu społecznego jest szersze i dotyczy ono może jego różnych form. Jest on jedną z wartości demokracji, która zwraca uwagę na wymianę poglądów i otwartą debatę publiczną. Powiada się – nie bez racji przecież – że „[...] istnienie demokracji partycypacyjnej opartej na zasadach dialogu i negocjacji decyduje o poczuciu współuczestnictwa obywateli (ich organizacji) w sferze życia publicznego. Chodzi o to, że tylko taka demokracja może realizować zasadę «bliżej obywatela» w związku z zasadami władzy subsydiarnej i w oparciu o aktywistyczną filozofię czło-

⁵ Unia Europejska, *Social Europe Guide* [Europa Socjalna – Przewodnik], t. 2. *Dialog społeczny*, Luksemburg 2012, s. 12.

⁶ Zob. S.L. Stadniczenko, *Konstytucjonalizacja dialogu społecznego*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, nr 22, s. 329–330.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Zob. B. Abramowicz, *Dialog społeczny w Polsce – instytucjonalizacja i praktyka*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 2009, r. LXXI, z. 4, s. 229–230.

⁹ Zob. S.L. Stadniczenko, *op. cit.*, s. 329. Także: B. Abramowicz, *op. cit.*, s. 231.

¹⁰ Zob. K.W. Frieske, *Dialog społeczny i demokracja*, [w:] D. Zalewski (red.), *Dialog społeczny na poziomie regionalnym. Ocena szans rozwoju*, Warszawa 2005, s. 47.

¹¹ Por. H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 48–53.

wieka *In actu* zorientowanego na dobro wspólne”¹². Po drugie, zakładam, że dialog społeczny otwiera drogę do społeczeństwa dialogu, które jest alternatywą dla społeczeństwa monologu. Dotyczy to współdziałania administracji publicznej z partnerami społecznymi, którzy działają w oparciu o różne podstawy prawne, mają różne uprawnienia i cele działania. Podstawowy zakres podmiotowy partnerów społecznych – partnerów władz publicznych określa art. 12 Konstytucji RP stwierdzający, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych zrzeszeń oraz fundacji”. Po trzecie, uznaję, że dialog jest narzędziem, które kanalizuje konflikty międzyludzkie i umożliwia ich rozwiązywanie – czasem nawet usuwanie, czasem osłabianie – bez użycia przemocy. Tak więc efektem dialogu społecznego powinny być z jednej strony pokój społeczny (harmonizowanie stosunków ekonomicznych i społecznych, łagodzenie dysproporcji, napięć i konfliktów), z drugiej zaś uznanie godności człowieka za pierwszą wartość.

3. Znaczenie dialogu i partnerstwa w sferze przeciwdziałania ekskluzji społecznej

Rozwój dialogu społecznego i obywatelskiego, a także realizacja zasady partnerstwa są odpowiedzią na postępującą globalizację w stosunkach gospodarczych oraz nowe zjawiska ekskluzyjności społecznej (wykluczenia społecznego). Tak np. w Narodowej Strategii Integracji Społecznej dla Polski wskazuje się bardzo wyraźnie na „działania wspólnotowe oparte na zasadach dialogu, wzajemności i równorzędności, których celem jest dążenie do społeczeństwa opartego na demokratycznym współuczestnictwie, rządach prawa i poszanowaniu różnorodności kulturowej, w którym obowiązują i są realizowane podstawowe prawa człowieka i obywatela oraz skutecznie wspomagane są jednostki i grupy w realizacji ich celów życiowych”¹³. W powyższym dokumencie, wśród działań zapobiegających wykluczeniu oraz zorientowanych na promowanie aktywizacji zawodowej, można wymienić m.in.: rozwijanie potencjału społeczeństwa opartego na wiedzy i nowych technologiach informacyjnych i komunikacyjnych, z jednoczesnym zwracaniem uwagi na to, aby nikt nie został wykluczony, w szczególności osoby niepełnosprawne; tworzenie warunków

¹² Zob. W. Bokajło, *Społeczeństwo obywatelskie: sfera publiczna jako problem teorii demokracji*, [w:] W. Bokajło, K. Dziubka (red.), *Społeczeństwo obywatelskie*, Wrocław 2001, s. 64 i 72.

¹³ Narodowa Strategia Integracji Społecznej (NSIS) jest dokumentem przygotowanym przez Zespół Zadaniowy do Spraw Reintegracji Społecznej, któremu przewodniczył Minister Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej – Jerzy Hausner. Zespół został powołany 14.04.2003 r. przez Prezesa Rady Ministrów – Narodowa Strategia Integracji Społecznej dla Polski, Ministerstwo Polityki Społecznej, Zespół Zadaniowy ds. Reintegracji Społecznej, Warszawa 2004, s. 24.

umożliwiających podejmowanie pracy przez grupy najbardziej narażone na społeczne wykluczenie, poprzez motywowanie do rozwoju odpowiednich szkoleń.

Powiadając, że zjawisko wykluczenia społecznego (ekskluzji społecznej) jest przeciwnie naturze, można wysłowić w skrócie stwierdzenie, że polega ono na swoistej izolacji z życia społecznego osób niepasujących do rozpowszechnionych norm¹⁴. Przegląd poglądów w kwestii przyczyn wykluczenia społecznego pozwala w pewnym przybliżeniu na ustalenie ich wspólnego mianownika. Istnieje zgoda co do tego, że występują one zarówno w sferze ekonomicznej (ubóstwo jako stan wykluczający prowadzenie społecznie akceptowanego sposobu życia) oraz produkcji (bezrobocie jako element ekskluzyj), a także spójności społecznej (brak rodziny, izolacja społeczna itp.)¹⁵. Inne przyczyny to np. niepełnosprawność czy przekonania religijne¹⁶. Ekskluzja społeczna jako zjawisko uniwersalne i relatywne dotyczy wszelkich typów społeczeństw i kultur, występuje w takich obszarach życia społecznego, jak: rynek pracy, edukacja, zdrowie, opieka społeczna, bezdomność, udział w życiu społeczności lokalnych. Oznacza to ograniczenie dostępu do dóbr i usług, instytucji i praw¹⁷.

¹⁴ Zob. M.J. Sobczak, *Wykluczenie społeczne i inkluzja społeczna z wykorzystaniem podmiotów ekonomii społecznej w Polsce na przykładzie województwa łódzkiego*, Łódź 2016, s. 9–14.

¹⁵ W roku 2001 uzgodniony został przez Radę, Parlament i Komisję Europejską „Wspólnotowy program na rzecz walki z wykluczeniem społecznym na lata 2002–2006”. Jego celem jest wsparcie współpracy pomiędzy krajami Unii Europejskiej i zwiększenie skuteczności przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu. Polska zgłosiła gotowość przystąpienia do programu, w efekcie czego podjęła prace nad przygotowaniem Memorandum w sprawie Integracji Społecznej (*Joint Inclusion Memorandum – JIM*), Narodowej Strategii Integracji Społecznej oraz Krajowego Planu Działania na rzecz Integracji Społecznej. Powołany przez Prezesa Rady Ministrów w roku 2003 Zespół Zadaniowy do spraw Reintegracji Społecznej opracował dokument pt. „Narodowa Strategia Integracji Społecznej dla Polski”. Autorzy tego dokumentu podjęli próbę dokonania całościowej analizy sytuacji społecznej w Polsce, wskazania priorytetowych problemów oraz dobrych praktyk na rzecz inkluzji osób i grup.

¹⁶ Zob. L. Dziewięcka-Bokun, *Ekskluzja społeczna jako problem polityki społecznej*, [w:] L. Dziewięcka-Bokun, K. Zamorska (wybór i opracowanie), *Polityka społeczna. Teksty źródłowe*, Wrocław 2003, s. 212–213. Z kolei w Narodowej Strategii Integracji Społecznej dla Polski przyjmuje się, iż: „Wykluczenie społeczne jest powiązane w sposób istotny z występowaniem ubóstwa. Jednak nie da się postawić znaku równości między zjawiskiem ubóstwa a wykluczeniem społecznym. Osoby ubogie nie muszą być wykluczone i odwrotnie – osoby wykluczone niekoniecznie są ubogie. Wobec ubóstwa stosowane są różne miary, ponadto ocenie ulega również głębokość tego zjawiska (*poverty depth*). I tak np. kategoria minimum egzystencji jest kategorią wskazującą na bardzo silną deprivację potrzeb materialnych i jeżeli ktoś pozostaje długotrwale w takiej sytuacji, to zagrożony jest nie tylko wykluczeniem społecznym, lecz także poważnymi zakłóceniami natury egzystencjalnej (rozwoju biologicznego). Z kolei kategoria ubóstwa relatywnego nie musi prowadzić do wykluczenia społecznego. Oznacza ona pogorszenie relatywnej pozycji przez wzrost zróżnicowanie dochodów. W tym przypadku istotna jest analiza głębokości tego ubóstwa; odległości pozycji analizowanego przypadku od poziomu przeciętnego czy typowego” – dokument przygotowany przez Zespół Zadaniowy do Spraw Reintegracji Społecznej, któremu przewodniczył Minister Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, Jerzy Hausner. Zespół został powołany 14.04.2003 r. przez Prezesa Rady Ministrów – Narodowa Strategia Integracji Społecznej dla Polski, Ministerstwo Polityki Społecznej, Zespół Zadaniowy ds. Reintegracji Społecznej, Warszawa 2004, s. 23.

¹⁷ Szerzej: J. Blicharz, *Wprowadzenie do problematyki wykluczenia społecznego*, [w:] J. Behr, J. Blicharz, *Ochrona prawna przed wykluczeniem społecznym*, Wrocław 2018, s. 16–17.

Można powiedzieć, że głównym celem aktywnej polityki społecznej jest stwarzanie osobom zagrożonym wykluczeniem społecznym możliwości uzyskania szans i zasobów potrzebnych do pełnego uczestnictwa w życiu ekonomicznym, społecznym i kulturalnym oraz uzyskania odpowiedniego poziomu życia w danym społeczeństwie. Generalnie jest to oczywiście w dużym stopniu uzasadnione, albowiem wykluczeniem społecznym dotknięci są nie tylko pozbawieni pracy, ale i inne grupy społeczne, np. ludzie starsi czy niepełnosprawni.

Warto tu przede wszystkim odnotować istotne znaczenie Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁸ (TFUE), gdzie w odniesieniu do dialogu społecznego przyjęto, że: „Unia uznaje i wspiera rolę partnerów społecznych na swoim poziomie, uwzględniając różnorodność systemów krajowych. Ułatwia ona dialog między nimi, szanując ich autonomię” (art. 152). Niewątpliwie dialog społeczny jest podstawowym elementem europejskiego modelu społecznego. Zgodnie z art. 151 TFUE promowanie dialogu między przedstawicielami kadry kierowniczej a pracownikami uznawane jest za wspólny cel UE i państw członkowskich. Dialog społeczny służy usprawnieniu sprawowania rządów w Unii Europejskiej dzięki zaangażowaniu partnerów społecznych w proces podejmowania decyzji oraz ich wdrażania. Również w rezolucji z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie nietypowych umów o pracę, pewnej ścieżki kariery, *flexicurity* oraz nowych form dialogu socjalnego¹⁹ Parlament zaznaczył, że dialog społeczny ma szczególne znaczenie dla realizacji celów w zakresie zatrudnienia sformułowanych w strategii „Europa 2020”. Z kolei w rezolucji z dnia 13 marca 2014 r. w sprawie zatrudnienia i społecznych aspektów działań i roli trójki²⁰ oraz rezolucji z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie zarządzania jednolitym rynkiem w ramach europejskiego semestru 2017 r.²¹ Parlament wezwał do wzmocnienia roli partnerów społecznych w nowym procesie zarządzania gospodarczego. Charakterystyczna jest w tym zakresie kolejna rezolucja z dnia 19 kwietnia 2018 r. odnosząca się do zwiększenia konkretnego wsparcia dla prawdziwego dialogu, wykraczającego poza zwykłe konsultacje²² oraz rezolucja z dnia 16 kwietnia 2019 r., w której Parlament ponownie podkreślił, że należy zawsze respektować autonomię partnerów społecznych, ich zdolność do działania w charakterze przedstawicieli pracowników i pracodawców oraz różnorodność krajowych systemów stosunków pracy²³.

W działania te wpisuje się również przyjęta w 2010 r. przez Radę Europejską dziesięcioletnia strategia rozwoju Unii „Europa 2020”, będąca zarówno próbą korekty

¹⁸ Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 1.

¹⁹ Dz. Urz. UE C 351 E/06 z 2.12.2011 r.

²⁰ Dz. Urz. UE C 378/22 z 9.11.2017 r.

²¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52017IP0040> [dostęp: 15.10.2019].

²² http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0181_PL.html?redirect [dostęp: 15.10.2019].

²³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0379_PL.html [dostęp: 15.10.2019].

europiejskiego modelu wzrostu gospodarczego, jak i zmniejszenia liczby osób zagrożonych ubóstwem i wykluczeniem społecznym. W strategii podkreśla się, iż dla likwidacji wykluczenia społecznego konieczne jest świadczenie różnych form pomocy materialnej i niematerialnej przez organizacje non-profit (w tym usług społecznych) oraz stwarzanie – w ramach dialogu społecznego – korzystnych warunków dla integracji na rynku pracy oraz udostępnienie odpowiednich funduszy na szczeblu państw członkowskich i UE²⁴.

Warto też dodać, iż na forum europejskim zwrócono uwagę, że dla realizacji celów w sferze zwalczania ekskluzji społecznej niezbędne jest współdziałanie pomiędzy różnymi szczeblami władzy (lokalnym, regionalnym, narodowym, ponadnarodowym) oraz pomiędzy różnymi sektorami – prywatnym i publicznym, stowarzyszeniami dobrowolnymi i agendami rządowymi czy samorządowymi oraz instytucjami społeczeństwa obywatelskiego²⁵.

Również w Polsce zauważamy stopniowy wzrost znaczenia dialogu społecznego jako formy komunikacji między partnerami społecznymi. Szczególnie ważna jest działalność Rady Dialogu Społecznego, działającej na poziomie krajowym oraz wojewódzkich rad dialogu społecznego, działających na poziomie województw, na podstawie ustawy o Radzie Dialogu Społecznego. Dotyczy to także Rady Rynku Pracy oraz wojewódzkich i powiatowych rad rynku pracy, działających na podstawie ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy odpowiednio na poziomie kraju oraz województw i powiatu jako ciał opiniodawczo-doradczych ministra właściwego do spraw pracy w sprawach polityki rynku pracy, marszałka województwa i starosty. Jednym z ważniejszych wyzwań tych instytucji jest działanie na rzecz realizacji zasady partycypacji i solidarności społecznej w zakresie stosunków zatrudnienia.

Warto w tym miejscu przywołać również Radę Działalności Pożytku Publicznego, działającą na poziomie krajowym jako organ opiniodawczo-doradczy ministra właściwego do spraw zabezpieczenia społecznego oraz wojewódzkie, powiatowe i gminne Rady Działalności Pożytku Publicznego, działające odpowiednio na poziomie województwa, powiatu i gminy jako organy konsultacyjne i opiniodawcze marszałka, starosty i wójta na podstawie ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie²⁶. Instytucje te wychodzą naprzeciw nie tylko najbardziej podstawowym potrzebom ludności, jak pomoc osobom narażonym na wykluczenie społeczne, ale także stymulują rozwój społeczny przez aktywność w sferze pożytku publicz-

²⁴ Por. D. Kawiorska, A. Witoń, *Ubóstwo i wykluczenie społeczne w kontekście strategii „EUROPA 2020”*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2016, nr 2 (53), s. 143.

²⁵ Zob. K. Wódz, *Dialog obywatelski w Unii Europejskiej*, „Dialog. Pismo Dialogu Społecznego” 2008, nr 1, s. 63.

²⁶ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 688.

nego (m.in. kultury, sportu, edukacji, nauki itp.). Również organami opiniodawczo-doradczymi, w których skład często wchodzi przedstawiciele pozarządowych organizacji ekologicznych, są: regionalne rady ochrony przyrody, rady naukowe parku narodowego, rady parku krajobrazowego czy rady zespołu parków krajobrazowych, działające na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody²⁷.

W dyskusjach nad rozwojem instytucji dialogu i partnerstwa oraz ich znaczenia w sferze przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu zwraca się uwagę, iż mają one prowadzić do stałego rozwoju wzajemnych relacji, wpływać na konkurencyjność i spójność społeczną, dążyć do poprawy jakości polityk oraz strategii społeczno-gospodarczych, a przede wszystkim dawać szansę osiągnięcia kompromisowych propozycji.

Zapewne nie zawsze uświadamiamy sobie, iż w miarę rozbudowy instytucji demokratycznych zaobserwować można także pogłębianie się deficytu demokracji. W takiej sytuacji rośnie znaczenie różnych organizacji i instytucji społeczeństwa obywatelskiego, które próbują oddziaływać na rząd i władze samorządowe w celu podjęcia określonych decyzji, zgodnych z żądaniami czy interesami danej grupy społecznej. Warto tu przede wszystkim odnotować, że działalność niektórych organizacji może przybierać charakter horyzontalny bądź wertykalny. Organizacje tzw. horyzontalne skupiają grupy o jednej tematyce ze wszystkich państw członkowskich, często z innych państw czy nawet organizacje międzynarodowe. Natomiast organizacje wertykalne stanowią reprezentację krajową. Przypisuje się im dążenie do osiągnięcia wartości dodanej na szczeblu lokalnym, regionalnym, krajowym i międzynarodowym²⁸. Jako przykładowe sposoby ich zorganizowania można wymienić: międzynarodowe organizacje pozarządowe, np. Greenpeace, Amnesty International, Oxfam, które otworzyły swoje przedstawicielstwa w Brukseli, a także organizacje patronackie skupiające organizacje pozarządowe z całej UE, zajmujące się podobnymi zagadnieniami politycznymi (np. European Environmental Bureau – Europejskie Biuro Ochrony Środowiska, European Anti-Poverty Network – Europejska Sieć Przeciwdziałania Ubóstwu)²⁹. Nadto europejskie organizacje pozarządowe mogą także tworzyć różne grupy celem wyrażania wspólnego stanowiska w kwestiach horyzontalnych. I tak do najczęściej wymienianych organizacji patronackich i grup należą: Platforma Europejskich Społecznych Organizacji Pozarządowych, nazywana też Platformą Społeczną, Sieć na rzecz Praw Człowieka i Demokracji, grupa Green 10 skupiająca organizacje ekologiczne, a także Unijna Grupa Kontaktowa Społeczeństwa Obywatelskiego, wspierająca zasady demokracji uczestniczącej.

²⁷ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1614.

²⁸ M. Witkowska, *Ponadnarodowa partycypacja obywatelska*, [w:] M. Witkowska (red.), *Społeczeństwo obywatelskie w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2009, s. 130.

²⁹ *Ibidem*.

Wymienione powyżej formy organizacyjne stanowią tzw. sieci problemowe (*issue networks*), wspólnoty interesu, organizacje pozarządowe, grupy ekspertów i stowarzyszenia zainteresowane kształtem danej regulacji czy programu³⁰. Głównym celem europejskich organizacji pozarządowych jest reprezentacja swoich członków na arenie politycznej poprzez wywieranie nacisku na aktorów politycznych w określonych kwestiach, np. projektowania ustaw, dokumentów prezentujących stanowisko i komunikatów prasowych, a także zbierania i przekazywania informacji pomiędzy szczeblem krajowym a europejskim³¹.

W tym miejscu warto przypomnieć, że w niektórych krajach organizacje obywatelskie stosują dwie metody wywierania wpływu na treść decyzji danej władzy (państwowej lub samorządowej) – korporatywizm i lobbing. Ten pierwszy można określić jako wysoce zinstytucjonalizowaną i sformalizowaną metodę partycypacji politycznej i wywierania wpływu na treść i kierunki polityki państwa. Odbywa się to często poprzez negocjacje i dochodzenie do porozumień obowiązujących obie strony. Natomiast *lobbing*³² uważa się za element dialogu obywatelskiego w trakcie podejmowania decyzji. Przyjmuje się, że *lobbing* jest częścią demokratycznych reguł gry. Tak np. w USA lobbysci powołują się na przepisy konstytucji gwarantujące wolność słowa i na prawo do „spokojnego odbywania zebrań i wnoszenia do rządu petycji o naprawę krzywd”. Działalność tych podmiotów staje się mechanizmem równoważenia wpływu na rząd różnych środowisk społecznych. Z kolei w Unii Europejskiej *lobbing* uważa się za element dialogu obywatelskiego w trakcie podejmowania decyzji. Uczestniczą w nim organizacje biznesu, związki zawodowe oraz stowarzyszenia: konsumenckie, ekologiczne itd. Nazywa się go „otwartym i strukturalnym dialogiem ze specjalnymi grupami interesu”.

³⁰ D. Długosz, J.J. Wygnański, *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005, s. 14.

³¹ Por. M. Witkowska, *op. cit.*, s. 132.

³² Kolebką współczesnego lobbingu są państwa anglosaskie. Jego powstanie związane jest z rozwojem parlamentaryzmu oraz z relacjami między przedstawicielami władz i środowiskami pragnącymi uzyskać do nich dostęp. Słowem *lobby* nazywano pomieszczenia przylegające do sal posiedzeń parlamentu, służące do nieformalnych spotkań posłów, polityków oraz urzędników państwowych z interesantami. Rozwój form prezentacji interesów ugruntował przeświadczenie, że *lobbing* jest częścią demokratycznych reguł gry – zob. K. Jasiocki, *To nie kryzys, to rezultat*, „Tygodnik Powszechny” 13 lipca 2003, nr 28 (2818). Współcześnie praktyki lobbystyczne rozumie się jako „zdolność przekonywania decydenta do zrobienia czegoś, czego w normalnych warunkach nie zrobiłby bez perswazji lobbysty, lub też do zaniechania czegoś, co normalnie by zrealizował” – zob. D.R. Mastromarco, A.P. Saffar, M. Zieliński, U. Biedrzycka, K. Hryciuk, *Sztuka lobbingu w Polsce*, Warszawa 1995, s. 10. Nie każde działanie mające na celu wpływanie na władzę można określić mianem lobbingu. W literaturze przyjmuje się, że o lobbingu możemy mówić dopiero wtedy, gdy jest spełnionych łącznie kilka warunków, a mianowicie: gdy podmiotem oddziaływanie jest władza publiczna, oddziaływanie jest zamierzone, prowadzone przez jakiegoś pośrednika w imieniu innych osób (można być lobbystą, także gdy występuje się we własnym imieniu, pod warunkiem jednak, że równocześnie reprezentuje się interesy innych), wreszcie musi być to forma komunikacji jako technika wpływu na decydenta – zob. K. Jasiocki, M. Mołęda-Zdzech, U. Kurczewska, *Lobbing. Sztuka skutecznego wywierania wpływu*, Kraków 2000, s. 20.

Najogólniej rzecz biorąc, istnienie demokracji partycypacyjnej opartej na zasadach dialogu i partnerstwie decyduje o poczuciu współczestnictwa obywateli (ich organizacji) w sferze życia publicznego. Z jednej strony umożliwia ona budowanie szerokiego konsensusu społecznego wokół wartości i kwestii fundamentalnych dla państw i obywateli, z drugiej zaś sprzyja zwiększeniu spójności społecznej w zakresie włączenia społecznego. W Polsce, podobnie jak w wielu innych krajach, następuje szybki rozwój różnych form i płaszczyzn współpracy między władzami różnego szczebla a instytucjami społeczeństwa obywatelskiego, które w różny sposób starają się wywierać wpływ na podejmowane decyzje przez władze samorządowe czy centralne.

4. Zamiast konkluzji

Na zakończenie powtórzmy niektóre problemy tego wywodu. Po pierwsze, rozwój dialogu społecznego i obywatelskiego, a także realizacja zasady partnerstwa są odpowiedzialnością na postępującą globalizację w stosunkach gospodarczych oraz nowe zjawiska wykluczenia społecznego.

Po drugie, istotnym aspektem dialogu społecznego jest stosowana zasada partnerstwa. Z tego względu jest on narzędziem budowania konsensusu. Organizowanie partnerstwa w celu zapewnienia poszanowania zasad wielopoziomowego zarządzania, a także pomocniczości i proporcjonalności oraz specyfiki ram instytucjonalnych i prawnych poszczególnych państw członkowskich, jak również zagwarantowania odpowiedzialności zainteresowanych podmiotów za planowane interwencje oraz korzystanie z doświadczenia i wiedzy stosownych podmiotów wpływa na spójność społeczną w zakresie włączenia społecznego.

Po trzecie, realizacja partnerstwa umożliwia zaangażowanie partnerów biorących udział w istniejących strukturach dialogu społecznego i obywatelskiego przy współtworzeniu polityk publicznych. Za partnerów należy uznawać nie tylko inne instytucje publiczne, ale też podmioty reprezentujące społeczeństwo obywatelskie oraz podmioty odpowiedzialne za promowanie równości i niedyskryminacji³³.

Bibliografia

- Abramowicz B., *Dialog społeczny w Polsce – instytucjonalizacja i praktyka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, r. LXXI, z. 4.
- Blicharz J., *Wprowadzenie do problematyki wykluczenia społecznego*, [w:] J. Behr, J. Blicharz, *Ochrona prawna przed wykluczeniem społecznym*, Wrocław 2018.

³³ Zob. art. 5 ust. 1 rozporządzenia ogólnego 1303/2014, Dz. Urz. UE L 347/320 z 20.12.2013 r. z późn. zm.

- Bokajło W., *Spoleczeństwo obywatelskie: sfera publiczna jako problem teorii demokracji*, [w:] W. Bokajło, K. Dziubka (red.), *Spoleczeństwo obywatelskie*, Wrocław 2001.
- Długosz D., Wygnański J.J., *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005.
- Dziewięcka-Bokun L., *Ekskluzja społeczna jako problem polityki społecznej*, [w:] L. Dziewięcka-Bokun, K. Zamorska (wybór i opracowanie), *Polityka społeczna. Teksty źródłowe*, Wrocław 2003.
- Frieske K.W., *Dialog społeczny i demokracja*, [w:] D. Zalewski (red.), *Dialog społeczny na poziomie regionalnym. Ocena szans rozwoju*, Warszawa 2005.
- Izdebski H., *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007.
- Jasiecki K., *To nie kryzys, to rezultat*, „Tygodnik Powszechny” 13 lipca 2003, nr 28 (2818).
- Jasiecki K., Mołęda-Zdzech M., Kurczewska U., *Lobbing. Sztuka skutecznego wywierania wpływu*, Kraków 2000.
- Kawiorska D., Witoń A., *Ubóstwo i wykluczenie społeczne w kontekście strategii „EUROPA 2020”*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2016, nr 2 (53).
- Mastromarco D.R., Saffar A.P., Zieliński M., Biedrzycka U., Hryciuk K., *Sztuka lobbingu w Polsce*, Warszawa 1995.
- Sobczak M.J., *Wykluczenie społeczne i inkluzja społeczna z wykorzystaniem podmiotów ekonomii społecznej w Polsce na przykładzie województwa łódzkiego*, Łódź 2016.
- Stadniczenko S.L., *Konstytucjonalizacja dialogu społecznego*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22.
- Witkowska M., *Ponadnarodowa partycypacja obywatelska*, [w:] M. Witkowska (red.), *Spoleczeństwo obywatelskie w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2009.
- Wódz K., *Dialog obywatelski w Unii Europejskiej*, „Dialog. Pismo Dialogu Społecznego” 2008, nr 1.

Remigiusz Maciej Duda

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

ORCID 0000-0001-8207-4481

Konstytucyjna zasada zaufania obywateli do organów państwowych i próba jej realizacji w przepisach ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 646)

The constitutional principle of citizens' trust in state bodies and an attempt to implement it in the provisions of the Entrepreneur's Law – Act of March 6, 2018 (Journal of Laws 2018, item 646)

Streszczenie

Artykuł opisuje genezę zasady demokratycznego państwa prawnego w Europie oraz w Polsce. Sekcje wprowadzające stanowią tło historyczne dla powstania idei państwa prawnego. Związana jest z nią zasada zaufania obywateli do władzy, która została przedstawiona jako element współczesnego polskiego ustroju. Następnie opisane są przejawy realizowania tej zasady w polskim prawie administracyjnym. Celem jest wskazanie i próba oceny realizacji tej zasady w zmianach w polskim prawie gospodarczym po 2015 r. W dalszych sekcjach opisane są przejawy realizowania zasady państwa prawnego w polskim prawie administracyjnym. Na podstawie treści ustawy Prawo przedsiębiorców i dotyczących jej wyroków sądów administracyjnych autor dokonuje przedstawienia tychże zmian prawnych i ich umiejscowienia w polskim porządku prawnym.

Słowa kluczowe

prawo konstytucyjne, konstytucja, ustrój, zasada demokratycznego państwa prawa, zasada zaufania do władzy, prawo gospodarcze, prawo przedsiębiorców

Abstract

The article describes genesis of the principle of a democratic rule of law in Europe and Poland. The introductory sections provide a historical background for the emergence of the idea of the rule of law. It is associated with the principle of citizens' trust in authority, which was presented as part of the modern Polish system. Next implementations of this principle in Polish administrative law are described. The purpose is to identify and attempt to assess the implementation of this principle in changes in Polish business law after 2015. The following sections describes the implementation of the rule of law rule in Polish administrative law. Based on the content of the act on the law of entrepreneurs, and administrative court judgments concerning it, the author presents these legal changes and their place in the Polish legal system.

Keywords

constitutional law, constitution, system, democratic rule of law, trust in authority, business law, law of entrepreneurs

1. Wprowadzenie

Spoiwem dla obowiązujących na określonym terytorium źródeł prawa, czyniącym ze zbioru tych aktów prawnych pierwiastki ważniejszej funkcji, jest bez wątpienia katalog zasad ustrojowych. Owe zaś, wyrażone z różną bezpośredniością w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i przelane na grunty konkretnych dziedzin prawa, znajdują swe odzwierciedlenia w przepisach ustaw. Podstawowym dylematem budującego ustroj prawa konstytucyjnego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o konieczność wyrażenia *expressis verbis* każdej z reguł w ustawie zasadniczej. Stanowisko przyjmujące nieodzowność konstytucyjnej artkulacji uznaje zasady niewyrażone wprost w Konstytucji, a wymienione w innych aktach prawnych bądź orzeczeniach, za drugorzędne. Natomiast pogląd przeciwny traktuje zasady niewyrażone wprost w Konstytucji jako niemniej istotne systemowo, jeżeli odzwierciedlają *ratio legis* przepisów ustrojowych¹. Znaczący wpływ na kształtowanie się prawa konstytucyjnego w Polsce miały osobliwe warunki historyczne. W ustroju socjalistycznym konstytucyjne zasady nie były urzeczywistnione. Ponadto, ówczesna nauka prawa państwowego traktowała charakter ustawy zasadniczej jako połączenie szczególnej treści i postulowanej przez nią szczególnej formy. Miało to nie pozwalać na wykształcanie się norm prawno-ustrojowych dających się zaliczyć do konstytucyjnych w materialnym znaczeniu². Nadawanie lub rozpoznawanie konstytucyjnego charakteru w innych normach odrzucano jako zabieg stosowany w „burżuazyjnej” nauce³. Dopiero po zmianach towarzyszących transformacji ustrojowej w Polsce nauka prawa konstytucyjnego mogła traktować dosłownie wprowadzone wtedy zasady: demokratycznego państwa prawnego, sprawiedliwości społecznej, swobody działalności gospodarczej i pluralizmu politycznego. Wraz z demokratyzacją do konstrukcji ustrojowej wróciły cechy współczesnych konstytucji, w postaci m.in. sztywności, a także szczególnej mocy prawnej połączonej z bezpośrednią stosowalnością. Nowa teoria prawa spowodowała wiele stopniowych zmian ustrojowych, mających prowadzić do rozszerzenia katalogu praw i wolności jednostki i poszerzenia kontroli praworządności w państwie. Należy wspomnieć, że nie każda z zasad wyrażonych w aktach niższej rangi odpowiadałaby schematowi Konstytucji. Powodem jest zakres ich zastosowania, który należy do zakresu zastosowania norm właści-

¹ S. Sagan, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2001, s. 39.

² L. Kurowski (red.), *Mała encyklopedia prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959, s. 257.

³ *Ibidem*.

wych określonej gałęzi prawa z uwzględnieniem podziału materialno-formalnego. Przykładowo, zasady właściwe wyłącznie postępowaniu karnemu znajdują się w aktach prawnych dotyczących tego postępowania. Nadal jednak stanowią część ustroju, rozbudowując zasady wyrażone w Konstytucji, która ogranicza się do sformułowania ich założeń. Próżno zatem szukać nazw niektórych zasad w Konstytucji, posługując się frazami, w które obfituje orzecznictwo i doktryna. Wynika to z faktu, iż nieostrość pojęć używanych w określaniu zasad ustrojowych pozwala na ich poszerzenie, realizowanie na wiele sposobów, różne interpretowanie. Takim uzupełnieniem jest wprowadzenie zasad związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej w ustawie Prawo przedsiębiorców. Nim jednak opisany zostanie sposób dokonania komplementarnej z Konstytucją kodyfikacji, warto przedstawić zaufanie do organów państwowych w polskim porządku prawnym, a także genezę zasady, która pozwala na jego budowanie.

Jedną z najważniejszych zasad obecnych w polskim systemie prawnym jest zawarte w art. 2 Konstytucji RP zdanie twierdzące, iż „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”⁴. Jest to też adekwatny przykład dla opisanych wcześniej zależności. Po pierwsze, przepis ten stanowi inherentną część konstrukcji ustrojowej zawartej w art. 1. Republikańska forma organizacji państwa polega na zapewnieniu obywatelom wpływu na sprawy publiczne⁵. Zadaniem władzy w republice nie jest jedynie panowanie, ale i służba, a gwarantem tego stanu rzeczy jest związanie organów państwowych normami prawnymi, analogicznie do podmiotów podlegających ich decyzjom. Zasada ta uosabia więc ideę rządu ograniczonego, przy zachowaniu podziału władzy i określeniu stosunków pomiędzy organami. Po drugie zaś, zasadę tę można realizować na wielu płaszczyznach, nie deprecjonując obecnych w naszym ustroju zasad prawa rzymskiego (kilku można doszukać się w sformułowaniu „państwem prawnym”), mając na celu zwiększenie zaufania obywateli do szeroko rozumianych władz. Po trzecie, podobnie do słowa „zaufanie”, użyta w Ustawie Zasadniczej „sprawiedliwość społeczna” to pojęcie do tego stopnia nieprecyzyjne, że oczywista powinna wydawać się korzyść obywatela w toku jego interpretacji. Nie sposób odrzucić tezy, że tak daleko posunięta dyferencjacja sprawia, iż wyróżnienie z przepisów Konstytucji RP norm formalnych oraz materialnych nie doprowadzi do podziału dychotomicznego⁶. Zgodnie z poglądem ugruntowanym na podstawie dawnych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego uznaję, że zasady konstytucyjne w polskim porządku prawnym mają charakter wiążących norm prawnych, a zatem mogą i winny

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), art. 2.

⁵ S. Sagan, *op. cit.*, s. 40.

⁶ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 66.

być brane pod uwagę jako podstawy oceny zgodności prawa z Konstytucją⁷. W niniejszym opracowaniu zamierzam przyjrzeć się realizującym art. 2 Konstytucji RP zasadom, które wymienione zostały w przepisach ustawy Prawo przedsiębiorców. Dla właściwego opisanie problematyki realizacji zasady demokratycznego państwa prawa, którą na potrzeby pracy utożsamiam z zasadą zaufania obywateli do państwa, konieczne będzie skupienie się na tych aspektach formalnych i materialnych, które przejawiają się w kielkującym dopiero orzecznictwie związanym z ustawą Prawo przedsiębiorców. Identyfikacja charakterystyki państwa prawnego jako państwa budującego zaufanie pomiędzy władzą a obywatelami nie jest dla nauki prawa rzeczą obcą, bowiem „państwo prawa nie oznacza tylko przyjęcia określonego katalogu swobód i praw, lecz przede wszystkim stworzenie mechanizmów zapewniających ich skuteczną ochronę”⁸. Przyjmując, że zasada ta jest w znaczeniu formalnym „uznawana za klamrę, która spina całość ogólnych zasad postępowania”⁹, założyć można, że bez rzeczowego zaufania do władzy państwo jako republika nie może istnieć w literalnym znaczeniu.

Podkreślić należy, że znaczna część autorów prac poświęconych zasadzie zaufania, wynikającej wszak z prawnego charakteru państwa demokratycznego, upatruje jej źródła normatywnego w art. 8 kodeksu postępowania administracyjnego. Sądzę jednak, że przepis ten jest jednym z wielu środków realizacji idei, zapisanej w Konstytucji i nastawionej na osiągnięcie celu. Natomiast postępowanie administracyjne jest w tym wypadku jedną z przestrzeni, wewnątrz których ustawodawca realizuje założenia systemowe. Dotąd jednak prawo administracyjne nie było polem materializowania niektórych zasad konstytucyjnych, skonkretyzowanych w Prawie przedsiębiorców.

2. Historyczne tło powstania idei państwa prawnego oraz zasady zaufania do władzy

Idea prawa powszechnego, które abstrahuje od różnic społecznych między ludźmi i jest tym samym gwarantem sprawiedliwości, została zastosowana w praktyce w czasach nowożytnych. Nauka upatruje genezy tejże w sprzeciwie wobec absolutyzmu, któremu obce było pojęcie legitymizacji władzy¹⁰. Niezasadne byłoby skupiać się na poglądach filozofów antycznych, których uwagi, choć cenne, sformułowane zostały

⁷ *Ibidem*, s. 67. Parafraza zacytowanego przez autora fragmentu wyroku TK (OTK 1988, Warszawa 1990, s. 97).

⁸ J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Drukarnia Kwant, Wrocław 1998, s. 19.

⁹ Ż. Skrenty, *Zaufanie obywateli do organów władzy publicznej w świetle orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny*, „Studia Lubuskie” 2013, Tom IX, s. 98.

¹⁰ E. Łętowska, *Po co ludziom konstytucja*, Agencja EXIT Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Warszawa 1994, s. 76.

w społeczeństwie funkcjonującym w zupełnie innych kategoriach niż współczesne. Skądinąd sformułowania użyte przez starożytnych myślicieli pokazują, że taka koncepcja prawa, praworządności i sprawiedliwości społecznej towarzyszyła ludzkości od zarania społeczeństwa. Idea państwa prawa ewoluowała, stając się zbiorem zasad i wspomnianych wcześniej cech współczesnej konstytucji. Formalne elementy państwa prawa opracowane w XIX wieku przez naukę niemiecką stanowią podstawy rozumienia tej zasady obecnie. W materialnym ujęciu ważna jest treść prawa i system wartości, stanowiące aksjologiczny kontekst obowiązujących aktów prawnych¹¹. XIX-wieczny dorobek europejskiej – w tym niemieckiej – doktryny jest podstawą dla współczesnego rozumienia zasady państwa prawnego w Polsce, która to zasada pojawiła się dopiero w trakcie przemian ustrojowych. Różnicę pomiędzy państwem prawnym a demokratycznym państwem prawnym literatura określa jako pojawienie się rzeczywistego wpływu obywateli na treść stanowionego prawa. Fakt ten nie obniża jednak wartości przedstawionych wcześniej elementów ustrojowych, takich jak podział władz z niezależnością sądownictwa, czy prymat konstytucji nad całym systemem aktów prawnych. Wcześniej jednak dochodziło do kodyfikacji ustrojowych, które były załącznikiem współczesnego demokratycznego państwa prawa. Pod koniec XVIII wieku uchwalono pierwszą Konstytucję, która zakładała rządy prawa, poddając swą treść wpływom nurtów liberalno-demokratycznych; była to Konstytucja stanu Massachusetts¹². Po epoce państw bliskich ustrojem patrymoniałowi, w odpowiedzi na potrzeby związane z zawianiem umowy społecznej, narodziła się idea państwa prawnego. Powstały wcześniej absolutyzm oświecony zinstytucjonalizował państwo w osobie władcy. Na szczególną uwagę zasługuje sformułowanie idei państwa prawnego w prawie niemieckim, gdyż tam została najwcześniej skodyfikowana, stając się elementem zespolonym z doktryną. W XIX wieku rozwój nauki prawa niemieckiego pozwolił na rozpowszechnienie takich pojęć, jak państwo prawne czy sprawiedliwość społeczna. Towarzyszyło mu także upowszechnienie idei pozytywizmu prawniczego, w opozycji do naturalizmu prawniczego. Losy nurtów filozoficznych w prawie zmieniły się jednak pod wpływem wydarzeń II wojny światowej, które pokazały, że prawo nie jest tożsame z gwarancją sprawiedliwości oraz że czysty pragmatyzm prawniczy dzieli społeczeństwo. Ustawodawstwo zachodnich Niemiec stanęło po wojnie przed trudnym zadaniem stworzenia systemu, który nie będzie odwoływał się do ekspansywnych, niemieckich tradycji, zwieńczonych powstaniem nazizmu. Obowiązująca nadal Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 1949 r. pełni rolę konstytucji od daty wejścia w życie, pomimo podkreślenia w nazwie jej prowizorycznego charakteru.

¹¹ A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, Tom LVII, s. 177–178.

¹² Konstytucja stanu Massachusetts z 1780 r., na której temat informacje pochodzą z następujących źródeł: S. Sagan, *op. cit.*, s. 40; oraz B. Banaszak, *op. cit.*, s. 172.

Odwołuje się do federalnego charakteru państwa, czyniąc jednocześnie zadość wdrożeniu ważnej idei państwa prawnego w słowach: „Porządek konstytucyjny krajów związkowych musi odpowiadać zasadom republikańskiego, demokratycznego i socjalnego państwa prawnego w rozumieniu niniejszej Ustawy Zasadniczej. W krajach związkowych, powiatach i gminach Naród musi posiadać przedstawicielstwo pochodzące z wyborów powszechnych, bezpośrednich, wolnych, równych i przeprowadzonych w tajnym głosowaniu” (art 28)¹³. Taka kodyfikacja nie definiuje jednak, jak należy rozumieć zasadę państwa prawnego, pozostawiając zrozumienie jej naukom prawnym, które utożsamiają ją z zaufaniem do władzy w społeczeństwie. Niemcy są relevantnym przykładem także dlatego, że powstała od wejścia w życie Konstytucji ukierunkowana praktyka orzecznicza pozwala na dokonanie właściwej wykładni systemowej tej zasady. Ponadto, nad poprawnym przestrzeganiem i wykładnią Ustawy Zasadniczej czuwa Federalny Trybunał Konstytucyjny, którego powstanie nie pozostało bez wpływu na instrumenty kontroli demokratycznego porządku prawnego, także we współczesnej Polsce.

Inne państwa europejskie cechujące się wysoką kulturą prawną także posiadają w swych ustawach zasadniczych realizację zasady państwa prawnego. Ma ona zagwarantować obywatelom sprawiedliwość społeczną. Gdy doktryna niemiecka uznała tę zasadę za jedną z podstaw ustroju republiki niemieckiej w powojennej Europie¹⁴, ustrojodawcy krajów byłego sojuszu antyniemieckiego poszli w ich ślady, materializując ją w pierwszych artykułach ustaw zasadniczych. Istotny jest fakt, że pomimo istnienia całkowicie odmiennego od pozostałych państw europejskich porządku tworzenia systemu prawnego w Wielkiej Brytanii, będącej nadal monarchią, kraj ten stosuje zasadę rządów prawa na każdym szczeblu kontroli legalności działań organów państwowych¹⁵. W Wielkiej Brytanii nie obowiązuje jednak konstytucja spisana. Poza najważniejszymi aktami prawnymi źródłem prawa konstytucyjnego wraz z jego naczelnymi zasadami jest w największej mierze prawo precedensowe, które czyni brytyjski system prawny zupełnie odmiennym od kontynentalnych systemów prawnych.

Adekwatnym przykładem jest także prawo konstytucyjne Francji, ponieważ pierwsza kodyfikacja, która ziściła ideę opisywanej zasady, jest stosunkowo dawna. Konstytucja Republiki Francuskiej z 4 października 1958 r. była wielokrotnie zmieniana w swych początkowych sekcjach. Efektem wszystkich nowelizacji, dawny ustęp 2 pierwszego artykułu, jest obecnie (od 2005 r.) niedzielonym artykułem pierwszym, znajdującym się we wstępie, przed pierwszym rozdziałem. Brzmi on: „Francja jest Republiką niepodzielną,

¹³ Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., art. 28 – tłumaczenie autorstwa B. Banaszaka i A. Malickiej, zamieszczone w Bibliotece Sejmu RP pod adresem http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/02/Niemcy_pol_010711.pdf [dostęp: 17.04.2019]

¹⁴ B. Banaszak, *op. cit.*, s. 172.

¹⁵ P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 20.

świecką, demokratyczną i socjalną. Zapewnia ona równość wobec prawa wszystkim obywatelom bez względu na pochodzenie, rasę lub religię. Respektuje wszystkie przekonania. Jej organizacja jest zdecentralizowana”¹⁶. Zatem zarówno w Niemczech, jak i we Francji przyjęto w ustawie zasadniczej normę, która łączyła w sobie federalny charakter państwa z jego prawnym i republikańskim charakterem. Ponadto, francuski porządek ustrojowy kategorycznie zabrania zmiany republikańskiej formy organizacji państwa¹⁷.

Konstytucja Federacji Rosyjskiej z 1993 r. w swym pierwszym rozdziale „Podstawy ustroju konstytucyjnego” także urealnia wspomnianą syntezę w pierwszym artykule. Ustęp 1 pozostaje w brzmieniu: „Federacja Rosyjska – Rosja jest demokratycznym federacyjnym państwem prawa o republikańskiej formie rządów”. Nie należy jednak szukać podobnych zapisów we wcześniejszej historii prawa rosyjskiego, tak samo nie należy traktować Federacji Rosyjskiej jako przykładu demokratycznego państwa prawnego. Twierdzenia ustrojowe w Konstytucji ZSRR z 1936 r. ani nie były zgodne z rzeczywistością, ani wolne od socjalistycznej propagandy¹⁸, zatem akty prawne komunistycznych władz (także polskich) nie będą przedmiotem wnikliwych rozważań w niniejszej pracy.

Według B. Banaszaka tendencja ta dała podwaliny podobnym kodyfikacji w Hiszpanii, Portugalii, a także w Polsce. Jednak prawo konstytucyjne wprowadzone przez władzę komunistyczną po II wojnie światowej zawierało zasady wolnościowe, które nie posiadały odzwierciedlenia w rzeczywistości prawa publicznego. Dopiero nowela grudnia, uchwalona przez tzw. sejm kontraktowy, wprowadziła zasadę demokratycznego państwa prawnego, adaptując tymczasowo Konstytucję PRL z 23 lipca 1952 r.¹⁹ Natomiast w starszych ustawach zasadniczych można doszukać się znikomych zaczątków tworzenia takiej regulacji. Należy zwrócić uwagę na tę skąpą historię obecnie obowiązującego zapisu w zakresie zasady zaufania. Pierwszy ustęp w art. 1 ustawy konstytucyjnej z dnia 23 kwietnia 1935 r. brzmi „Państwo Polskie jest wspólnem dobrem wszystkich obywateli”²⁰, zaś w prymarnym przepisie ustawy z dnia 17 marca 1921 r. Konstytucja RP formułuje charakter państwa po prostu jako „Rzeczpospolitą”²¹. Brak jest podobnych wzmianek we wcześniejszych polskich regulacjach ustrojowych. Ważne jest, że ustrój

¹⁶ Konstytucja Republiki Francuskiej z 4 października 1958 r. – tłumaczenie autorstwa W. Szydło zamieszczone w Bibliotece Sejmu RP pod adresem http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Francja_pol_010711.pdf [dostęp: 17.04.2019].

¹⁷ S. Sagan, *op. cit.*, s. 39.

¹⁸ Konstytucja (Ustawa Zasadnicza) Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (zatwierdzona uchwałą Nadzwyczajnego VIII Kongresu Rad Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich) z 5 grudnia 1936 r., dostępna w oryginale pod adresem http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1936/red_1936/3958676/ [dostęp: 20.04.2019].

¹⁹ Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444).

²⁰ Dz. U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267.

²¹ Dz. U. z 1935 r. Nr 30, poz. 227.

państwa w tym wypadku jest fundamentem zasad mających zagwarantować sprawiedliwość, oczekiwaną od władzy przez obywateli, ponieważ republika zezwala władzy na działanie wyłącznie na podstawie prawa.

3. Realizacja zasady zaufania w obowiązującym porządku prawnym

Aktualnie obowiązujący przepis Konstytucji, którego treść wspomniano wcześniej, w mojej opinii najprecyzyjniej spośród wymienionych przykładów pochodzących z państw obcych realizuje właściwe znaczenie zasady demokratycznego państwa prawnego. Dzięki orzecznictwu sądów administracyjnych zasada ta stanowi barierę chroniącą stronę procesu inkwizycyjnego przed arbitralnym działaniem organu, substytuuje kontrydiktoryjność postępowania w procesie pomiędzy obywatelem a podmiotem publicznym. Wielokrotnie Naczelny Sąd Administracyjny powoływał słowa wyroku Trybunału Konstytucyjnego (P 30/11), stwierdzające, że „[wszczęcie postępowania], o którym to postępowaniu podatnik nie został poinformowany najpóźniej z upływem terminu wskazanego w art. 70 § 1 ustawy – Ordynacja podatkowa, jest niezgodny z zasadą ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”²². W innym wyroku, oddalając skargę kasacyjną, NSA orzekł, że „określenie w ustawie o finansowaniu infrastruktury transportu publicznego szczegółowych zasad, odnoszących się do podmiotów zobowiązanych do ponoszenia (ogólnie rzecz ujmując) ciężaru finansowania budowy danej kategorii drogi publicznej, nie może być utożsamiane z naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP)”²³. Podobnie NSA orzekł w sprawie wykładni prowadzącej do niewywoływania skutków prawnych w zakresie biegu terminu przedawnienia zobowiązań zabezpieczonych hipoteką przymusową: „Taka wykładnia naruszałaby konstytucyjną zasadę równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP oraz zasadę sprawiedliwości społecznej wyrażoną w art. 2 Konstytucji RP, przez wprowadzenie zróżnicowanej sytuacji prawnej podatników (z przyczyny niezależnej od nich) [...]”²⁴. Podobne orzecznictwo jasno obrazuje prawdziwe potrzeby istnienia zasady demokratycznego państwa prawa i sprawiedliwości społecznej. Wyroki wypełniają przestrzeń, pozostawioną przez ustrojodawcę dla doktryny do jak najszerszego wykorzystania.

Nie tylko w prawie administracyjnym praworządność i sprawiedliwość mające źródło w art. 2 Konstytucji znajdują swe wyrażenie. W kodeksie karnym powstałym w tym samym okresie, co obowiązująca obecnie ustawa zasadnicza, jedną z najważniejszych zasad jest domniemanie niewinności (wyrażone wprost w art. 42 ust. 3 Konstytucji

²² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 listopada 2015 r., I FSK 1107/14.

²³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 sierpnia 2015 r., I OSK 2708/13.

²⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2015 r., I FSK 383/14.

i w art. 5 § 1 kodeksu postępowania karnego). Jego znamiona, opierające się na sentencji *in dubio pro reo*²⁵, w założeniu realizacji ludzako przypominają rozwiązania administracyjne zastosowane w ustawie Prawo przedsiębiorców. Dotychczas w polskim prawie domniemanie niewinności było właściwe jedynie dla procesu karnego, szereg zasad rozstrzygających wątpliwości w postępowaniu administracyjnym, wyrażonych w Prawie przedsiębiorców, jest więc pewnego rodzaju nowością²⁶. Ustalenie podobnych zasad postępowania na różnych gruntach ma z pewnością również walor ujednociający dla obywatela, który bez szczegółowej wiedzy prawniczej może odbierać każdy kontakt z jakimkolwiek organem państwowym jako kontakt z systemem prawnym, wskutek czego sprawiedliwość winna pozwolić mu oczekiwać w każdej interakcji przestrzegania tych samych zasad ogólnych.

Stała ewolucja systemu prawnego towarzyszy zmianom zachodzącym na każdym polu życia społecznego. Zmiany w prawie nie powinny jedynie umożliwiać rozstrzygnięcia sporów, w których stroną jest obywatel, ale też zapobiegać im. Normy powinny wychodzić na przeciw oczekiwaniom społeczeństwa, by mogło ono funkcjonować w sposób ekonomicznie efektywny. Z tej tezy łatwo wyciągnąć wnioski, które zawarte zostały w uzasadnieniu projektu ustawy Prawo przedsiębiorców. Podług tegoż uzasadnienia ustawa sprostac ma zadaniom odpowiednim dla czasów, w których powstaje. Zdaniem ustawodawcy ustawa o swobodzie działalności gospodarczej nie spełniała już swej roli tak efektywnie, jak w okresie pierwszych lat członkostwa Rzeczypospolitej w Unii Europejskiej.

4. Realizacja zasady państwa prawnego w Prawie przedsiębiorców

Pracami nad przepisami Prawa przedsiębiorców kierowała więc potrzeba unormowania swobody działalności gospodarczej jako możliwości korzystania z konstytucyjnych praw i wolności w zakresie wykonywania działalności. W uzasadnieniu ustawy przedstawiono to w następujący sposób: „Zasadniczym celem ustawy Prawo przedsiębiorców jest pełniejsze urzeczywistnienie konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej oraz innych konstytucyjnych zasad relewantnych dla przedsiębiorców i wykonywanej przez nich działalności gospodarczej”. Zgadzać się z poglądem, że część zasad obowiązywała już w wyniku treści orzecznictwa dotyczącego Konstytucji RP lub innych przepisów i ich wyartykułowanie w tej ustawie miało charakter raczej

²⁵ W zawężeniu stosowania zasady *in dubio pro reo* do postępowania karnego zamiennie używana jest nazwa *in dubio pro libertate*.

²⁶ Niektóre rodzaje postępowania administracyjnego wobec przedsiębiorcy podlegają wyłączeniom (art. 10. ust. 3 Prawa przedsiębiorców).

deklaratoryjny²⁷, należy się jednak przyjrzeć wdrożeniu tych zasad w drodze wprowadzenia norm prawa materialnego. Choć na pozór zasada legalizmu – która wykonywana była względem art. 7 Konstytucji RP w taki sam sposób podczas obowiązywania ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak też ustawy prawo działalności gospodarczej²⁸ – może wydawać się niezmienna, to realizowana jest przez poszerzenie choćby zakresu podmiotowego. Dotąd w orzecznictwie nie utożsamiano całkowicie przedsiębiorcy z podmiotem ogółu konstytucyjnych praw i wolności²⁹. Ważna dla właściwie każdej z zasad sformułowanych, bez względu na ich konstytutywność, w Prawie przedsiębiorców jest nowa instytucja przedsiębiorcy nieewidencjonowanego (art. 5). Potencjalnie znacząco zwiększa ona liczbę podmiotów, które mogą korzystać z praw przysługujących podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy. Choć prowadzący działalność gospodarczą i przedsiębiorcy prowadzący działalność nieewidencjonowaną zdają się należeć do rozłącznych zbiorów pojęciowych, to w kategorii semantycznej podział przedsiębiorców jest formalno-materialny, a więc definiowanie przedsiębiorcy może mieć charakter indywidualny. Taka zmiana poszerza zakres stosowania procedur wprowadzonych ustawą, a wynikających z podstawowych zasad Konstytucji RP.

Koronnym elementem zarówno strony materialnej, jak i formalnej zasady polegającej – już nie *implicite* – na rozstrzygnięciu wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy, jest sam subiektywny charakter istnienia wątpliwości³⁰. Na tak wczesnym etapie obowiązywania nie można z pełnym przekonaniem ocenić, czy pojawi się problem w postaci niedostrzeżenia istnienia wątpliwości przez organ w sytuacji, gdy strona powołuje przepis art. 10 ust. 2. Zdawać by się mogło, że organ w postępowaniu administracyjnym nie powinien dla własnego interesu być skłonny do zauważenia wątpliwości niemożliwych do usunięcia. A jednak, zdarzyło się, by zaskarżone na podstawie tego przepisu orzeczenie uległo zmianie, nie tylko dzięki skutecznemu dostrzeżeniu przez stronę nieusuwalnej wątpliwości. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu orzeczono w sprawie, w której „Organ odwoławczy powołał się na art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców [...], który zawiera zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy. Zdaniem organu II instancji w niniejszej sprawie niedającą się usunąć wątpliwością jest kwestia posiadania paliwa przez A. w związku z powołaną wy-

²⁷ R. Blicharz, *Kilka uwag na temat przepisów ogólnych projektu Ustawy Prawo przedsiębiorców*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3833, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV, s. 6.

²⁸ A. Mokrysz-Olszyńska, *Zasada „Wszystko, co nie jest zabronione, jest dozwolone” w świetle klauzuli dobrych obyczajów i wymogu staranności zawodowej*, „Roczniki Administracji i Prawa”, nr XV (1), s. 129–142.

²⁹ Postanowienie TK z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie SK 67/05, OTK ZU 2007, nr 11A, poz. 168.

³⁰ R. Blicharz, *op. cit.*, s. 8.

żej ostateczną decyzją Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Łodzi [...]”³¹. Uznając to za korzystną dla przedsiębiorców oznakę poprawnego funkcjonowania przepisu, najbezpieczniej rzec, że zbyt wcześnie jest jeszcze na podjęcie oceny jego sprawności.

Wyrażenie *expressis verbis* wspomnianych zasad było też odpowiedzią na potrzebę wprowadzenia takiej kodyfikacji, widoczną w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Naczelnego Sądu Administracyjnego³². Niewątpliwie wpisują się one w system zasad obecnych w kodeksie postępowania administracyjnego, ale też realizują założenia konstytucyjne, których upatrywać można także w art. 2 Konstytucji RP. Tamże znajduje się także źródło wyartykułowania opisanej wyżej zasady proporcjonalności. Inny jest jednak zakres podmiotowy jej zastosowania. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku pomimo oddalenia skargi wskazującej naruszenie z art. 10 ust. 2 Prawa przedsiębiorców, w uzasadnieniu tej sentencji wymienił katalog podmiotów, do postępowania względem których stosuje się rzeczony przepis. „Powyższy przepis znajduje bowiem zastosowanie do przedsiębiorców, za których zgodnie z art. 4 tej ustawy są [uznawane] osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niebędące osobą prawną, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonujące działalność gospodarczą, a także wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej”³³. Warto więc zauważyć, że na gruncie prawa handlowego domniemanie o charakterze właściwym dotąd dla osób fizycznych znajduje o wiele szersze zastosowanie. Ponadto, głównymi adresatami norm wprowadzanych Prawem przedsiębiorców przez ustawodawcę są organy publiczne. Wykonywanie przez nie swych funkcji wiąże się bowiem z poruszaniem się pomiędzy braniem pod uwagę interesu publicznego a nienaruszalnością podstawowych praw podmiotu (w mniejszym niż dotąd zakresie wyłącznie obywatela).

Jeżeli chodzi o nieliczne dotąd orzeczenia sądów administracyjnych dotyczące przepisów uosabiających opisywane zasady, które poruszają istotę zastosowania formalnego, warto przytoczyć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie. „Wśród zarzutów – określonych w skardze jako naruszenie prawa procesowego – umieszczono zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców. Przepis ten stanowi, że organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania do przedsiębiorcy, zakładając, że działa on zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. Niezbędnym jest odniesienie się, przed oceną tego zarzutu, do preambuły ustawy, w której wskazano, że

³¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2018 r., I SA/Po 752/18.

³² *Ibidem*, s. 9. Poparto następującymi wyrokami TK: wyrok TK z dnia 18 lipca 2013 r., SK 18/09; wyrok TK z dnia 15 lutego 2005 r., K 48/04; wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2004 r., K 33/03; wyrok TK z dnia 7 lutego 2001 r., K 27/00; oraz wyrokami NSA: wyrok NSA z dnia 20 maja 2016 r., II FSK 1249/14; wyrok NSA z dnia 19 maja 2016 r., II FSK 902/14.

³³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Gdańsku z dnia 29 stycznia 2019 r., I SA/Gd 1070/18.

ustawę tę uchwalono kierując się konstytucyjną zasadą wolności działalności gospodarczej, a także innymi zasadami konstytucyjnymi mającymi znaczenie dla przedsiębiorców i wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, w tym zasadami praworządności, pewności prawa, niedyskryminacji oraz zrównoważonego rozwoju. Wspomniany art. 10 ust. 1 ustawy mieści w sobie domniemanie, że przedsiębiorca (a więc podatnik) działa zgodnie z prawem, uczciwie oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. Istotą domniemania jest, że stanowi zobowiązującą normę dopóki nie zaistnieją podstawy do obalenia tego domniemania³⁴. Ujęcie podstaw funkcji w powyższych słowach pozwala twierdzić, że zarówno zasada domniemania uczciwości przedsiębiorcy, jak i unormowanie artykułu 45 Prawa przedsiębiorców (o przeprowadzaniu kontroli działalności gospodarczej) wpływają na szereg ogólnonormatywnych przepisów związanych z postępowaniem administracyjnym, takich jak art. 191 Ordynacji podatkowej³⁵. Przykładem może być sprawa w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Białymstoku, w której pełnomocnik skarżącej „Zarzucił w szczególności naruszenie: art. 191 OrdPU w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. prawo przedsiębiorców poprzez: rozstrzygnięcie w procesie poszlakowym niedających się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego na niekorzyść przedsiębiorcy”³⁶. Nie sposób więc oddzielić regulacje Prawa przedsiębiorców od kodeksu postępowania administracyjnego czy innych aktów, regulujących postępowanie szczególne.

Pozostawiając nierozwianymi wątpliwości dotyczące sprawnego działania kodyfikacji Prawa przedsiębiorców, nie można pominąć instytucji zabezpieczających interes przedsiębiorcy. Poza utworzeniem Punktu Informacji dla Przedsiębiorcy czy instytucji tzw. objaśnień prawnych powstała m.in. instytucja Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców, będącego dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą odpowiednikiem instytucji powiatowego Rzecznika Konsumentów w ich kontaktach z przedsiębiorcą. Współ z wieloma ułatwieniami w prowadzeniu działalności gospodarczej ustawa Prawo przedsiębiorców wydaje się być zdolna do spełnienia postawionej w projekcie uzasadnienia roli. W takim zestawieniu nowy stan prawny może spowodować wzrost zaufania do władzy państwowej ze strony osób podejmujących prowadzenie działalności gospodarczej. W demokratycznym państwie prawnym wspomniane zaufanie jest elementem nieodzownym³⁷. Być może klarowne prawo będzie powodowało wzrost zaufania do organów władzy publicznej.

³⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Rzeszowie z dnia 17 stycznia 2019 r., I SA/Rz 1139/18.

³⁵ Artykuł 191 dotyczy oceny udowodnienia okoliczności (ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 800).

³⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Białymstoku z dnia 9 stycznia 2019 r., I SA/Bk 648/18.

³⁷ Opinia do ustawy – Prawo przedsiębiorców oraz innych ustaw dotyczących działalności gospodarczej (druki nr 715–719), Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu, Warszawa 2018, s. 2.

5. Ustalenia końcowe

Przed podjęciem próby podsumowania konieczne jest też przedstawienie dostrzeżalnej w literaturze krytyki wprowadzenia Prawa przedsiębiorców. Jako iż praca niniejsza dotyczy raczej wpisania w porządek prawny płynących z Konstytucji abstrakcyjnych zasad związanych ze swobodą działalności gospodarczej aniżeli konkretnych norm obowiązujących przedsiębiorców w kontaktach z organem – to odniesienie się do krytyki powinno ograniczać się jedynie do tego zakresu. W artykułach krytykujących podjęcie działań legislacyjnych związanych z tą ustawą, albo zamiar podjęcia takich działań *expressis verbis*, a wszelkie ich poszerzenia są rzekome, nie czyniąc zmian w stanie prawnym³⁸. Twierdzenie jest uzasadniane faktem, że pod rządami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej realizacja wolności gwarantowanej człowiekowi przepisami art. 30–31 Konstytucji RP nie była niczym zaburzona, toteż łatwo wyciągnąć wniosek, że wprowadzana regulacja nie mogłaby tego stanu rzeczy poprawić. Ocena tego poglądu zależy od rozumienia prawa w konstrukcji podmiotowej w prawie gospodarczym. Otóż przedsiębiorcy są szerszym pojęciem niż będący przedsiębiorcami obywatele. Jak zaznaczono wcześniej, taka regulacja sugeruje, że każdy podmiot prawa gospodarczego może korzystać z konstytucyjnych wolności, przewidzianych dotąd dla osób fizycznych. Zarzutu tego jednak nie należy odnosić do zasad całkowicie nowych – jak domniemanie uczciwości przedsiębiorcy czy też rozstrzygnięcie sprawy na jego korzyść w wypadku zaistnienia nieusuwalnych wątpliwości. Zasady te stoją w porządku prawnym równolegle do kardynalnych zasad postępowania administracyjnego wyrażonych w kodeksie postępowania administracyjnego. Natomiast drugi pogląd, krytykujący wprowadzenie zasad obecnych w Prawie przedsiębiorców, opiera się głównie na wytknięciu stworzenia ich na potrzeby politycznej narracji³⁹. „W Konstytucji oraz w prawie międzynarodowym, w szczególności w prawie unijnym, istnieje wiele różnych innych zasad, za pomocą których należy zawsze redefiniować zaistniały stan faktyczny. Tworzenie zasady ustawowej, w przypadku, kiedy nie jest ona zawarta w Konstytucji, jest zabiegiem nieudanym, jeżeli nie znajduje ona oparcia w porządku konstytucyjnym”⁴⁰. Odnosząc się do tej uwagi trzeba odwołać się do podstawowych własności jednolitego systemu prawnego. Nigdy nie powstanie jedna zasada, do której inne dzięki swej ogólności i elastyczności będą mogły zostać dopasowane. Przykładowo, ludzie korzystający ze swojej wolności i własnych predyspozycji nigdy nie będą równi. A jednak, zarówno wolność, jak i równość są zasadami konstytucyjnymi. Prawdą jest, że okoliczności systemowe zmieniają

³⁸ R. Blicharz, *op. cit.*, s. 6.

³⁹ D. Dobosz, *Nowe zasady podejmowania działalności gospodarczej w Prawie przedsiębiorców*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 9(39), s. 33.

⁴⁰ *Ibidem*.

proces definiowania stanu faktycznego, ale nie można uzależniać regulacji państwowych od wpływów organizacji międzynarodowych w innym stopniu, niż jest to konieczne. Nie można też traktować zasad wyrażonych w Konstytucji RP jako żelaznych, niepozwalających się interpretować ani wypełniać. Takie rozumowanie przeczy bowiem ideom republiki i państwa prawnego. Jeżeli natomiast chodzi o rzekomą dysharmonię z międzynarodowym stanem prawnym, ustawa w zakresie swojej regulacji wdraża dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym⁴¹. Projekt ustawy zawiera kompletną tabelę zgodności przepisów. Przeciwwstawiając sobie obydwie zdania krytyczne związane z wprowadzeniem zasad obecnych w Prawie przedsiębiorców, łatwo o redukcyjny kompromis, który zestawia umiejscowienie konstytucyjnych zasad praworządności, gwarantujących swobody obywatelskie w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej w aktach prawnych niższej rangi, z jednoczesnym dostosowaniem ich do sytuacji na arenie międzynarodowej. Ponadto, napotkać można opinię, że „Szerokie spectrum zastosowania w prawie klauzul generalnych, redefiniowanych w każdym stanie faktycznym *ad casum* zmusza do refleksji, jak określić, co jest prawem zabronione, a co jest dozwolone”⁴². Trudno zgodzić się z tym poglądem, mając na uwadze zasadę wyrażoną art. 8 Prawa przedsiębiorców, który rozwiewa podobne wątpliwości⁴³. Nie będzie ryzykowne stwierdzenie, że dzięki tezom zawartym w uzasadnieniu jasny jest zamiysł projektodawcy – aby stworzyć potrzebną i operatywną kodyfikację, nie zaś dokonać przełomowych rozwiązań prawnych niewielkim nakładem pracy⁴⁴.

W próbie podsumowania, pomimo dostrzeżonych błędów konstrukcyjnych zarówno w projekcie ustawy, jak i tekście ogłoszonym, błędów syntaktycznych w konstruowaniu pojęcia wolności czy drobnych uchybień związanych z nieostrością zakresów, winien jestem stwierdzić, że ustawa Prawo przedsiębiorców ma szansę spełnić swą rolę. W sformułowaniu zasad mieści się idea, która przyświecała celowi stworzenia ustawy o przedsiębiorczości, właściwej dla swych czasów. Przy tym ustawa realizuje prawo unijne, które jest czynnikiem właściwym dla naszych czasów, wymuszającym na ustawodawstwie krajowym konstruowanie bieżących zmian. Jednak dla rzetelnego stwierdzenia, czy funkcjonuje ona poprawnie, potrzeba lat obowiązywania, podczas których doktryna urzeczywistni jej założenia, dając wyraz ewentualnej potrzebie wprowadzenia zmian.

⁴¹ Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006, s. 36.

⁴² D. Dobosz, *op. cit.*, 34.

⁴³ Art. 8. Przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa.

⁴⁴ M. Bukowski, *Opinia do projektu Ustawy prawo przedsiębiorców (Tzw. Konstytucji Biznesu)*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2018, s. 2.

Bibliografia

Akty prawne polskie

- Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267).
- Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. z 1935 r. Nr 30, poz. 227).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).
- Ustawa z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444).
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2018 r., poz. 800).

Akty prawne zagraniczne

- Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z dnia 23 maja 1949 r., art. 28, tłumaczenie autorstwa B. Banaszaka i A. Malickiej, zamieszczone w Bibliotece Sejmu RP pod adresem http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/02/Niemcy_pol_010711.pdf [dostęp 17.04.2019].
- Konstytucja Republiki Francuskiej z 4 października 1958 r., tłumaczenie autorstwa W. Szydło, zamieszczone w Bibliotece Sejmu RP pod adresem http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Francja_pol_010711.pdf [dostęp 17.04.2019].
- Konstytucja (Ustawa Zasadnicza) Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (zatwierdzona uchwałą Nadzwyczajnego VIII Kongresu Rad Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich) z 5 grudnia 1936 r., dostępna w oryginale pod adresem http://constitution.garant.ru/history/ussr-rs-fr/1936/red_1936/3958676/ [dostęp 20.04.2019].
- Dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376/36 z 27.12.2006).

Wyroki i orzeczenia

- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 listopada 2015 r. (I FSK 1107/14).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 sierpnia 2015 r. (I OSK 2708/13).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2015 r. (I FSK 383/14).
- Postanowienie TK z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie SK 67/05, OTK ZU 2007, nr 11A, poz. 168.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2018 r. (I SA/Po 752/18).
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Gdańsku z dnia 29 stycznia 2019 r. (I SA/Gd 1070/18).
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Rzeszowie z dnia 17 stycznia 2019 r. (I SA/Rz 1139/18).

Opinia do ustawy

- Prawo przedsiębiorców oraz innych ustaw dotyczących działalności gospodarczej (druki nr 715–719), Biuro Legislacyjne Kancelarii Senatu, Warszawa 2018.

Literatura przedmiotu

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Blicharz R., *Kilka uwag na temat przepisów ogólnych projektu Ustawy Prawo przedsiębiorców*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3833, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXIV.
- Boć J. (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Drukarnia Kwant, Wrocław 1998.
- Bukowski M., *Opinia do projektu Ustawy prawo przedsiębiorców (tzw. Konstytucji Biznesu)*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2018.
- Dobosz D., *Nowe zasady podejmowania działalności gospodarczej w Prawie przedsiębiorców*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 9(39).
- Dziadzio A., *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2005, Tom LVII.
- Kurowski L. (red.), *Mała encyklopedia prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959.
- Łętowska E., *Po co ludziom konstytucja*, Agencja EXIT Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Warszawa 1994.
- Mokrysz-Olszyńska A., *Zasada „Wszystko, co nie jest zabronione, jest dozwolone” w świetle klauzuli dobrych obyczajów i wymogu staranności zawodowej*, „Roczniki Administracji i Prawa”, nr XV (1).
- Sagan S., *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2001.
- Sarnecki P., *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Skrenty Ź., *Zaufanie obywateli do organów władzy publicznej w świetle orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny*, „Studia Lubuskie” 2013, Tom IX.

Marika Piwowarczyk
Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
ORCID 0000-0003-1204-3879

Podstawy prawne przetwarzania danych osobowych przez instytucje finansowe w przypadku braku zawarcia umowy

Legal basis for the processing of personal data
by financial institutions in case of a non-concluded contract

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie problematyki dotyczącej przetwarzania danych osobowych przez instytucje finansowe, w tym banki w przypadku ostatecznego braku zawarcia umowy kredytowej przez osoby fizyczne, w kontekście przetwarzania danych osobowych na podstawie uzasadnionego interesu realizowanego przez administratora. W szczególności analizie został poddany przypadek przetwarzania danych osobowych w przypadku braku zawarcia umowy w szeroko rozumianych celach archiwizacyjnych. W artykule przeanalizowano dotychczasowe stanowisko organu nadzorczego dotyczące zasadności przetwarzania danych przez instytucję finansową w przypadku braku zawarcia umowy – Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (GIODO) oraz stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego wydane na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Stanowiska te zestawiono z nowym porządkiem prawnym wynikającym z wejścia w życie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO), a także z obowiązującymi od maja 2019 r. zmianami w ustawie Prawo bankowe, związanymi z obowiązkiem udzielenia wyjaśnień odnośnie do dokonanej oceny zdolności kredytowej wnioskującego i podjętej zautomatyzowanej decyzji kredytowej.

Słowa kluczowe

RODO, ochrona danych osobowych, dane osobowe, instytucja finansowa, bank, zgodność przetwarzania z prawem, GIODO, UODO, Prawo bankowe, ocena zdolności kredytowej

Abstract

The purpose of the article is to analyze the problem related to the processing of personal data by financial institutions, including banks in case of non-concluded loan contract by a natural person in the context of personal data processing on the basis of the legitimate interests pursued by the controller. In particular, the analysis involved the case of personal data processing for generally understood archiving purposes. The article analyzes the last statement of the supervisory body regarding the appropriateness of data processing by a financial institution in case of a non-concluded

loan contract – General Inspector of Personal Data Protection and the decision of the Provincial Administrative Court issued on the ground of the Act on the Protection of Personal Data of August 29, 1997. These statements were compared with the new legal order resulting from the entry into force of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (GDPR) as well as the amendments to the Banking Law Act (in force since May 2019) regarding the obligation to provide explanations on the assessment of the applicant's creditworthiness and the automated credit decision taken.

Keywords

GDPR, personal data protection, personal data, financial institution, bank, lawfulness of processing, data protection authority, DPA, Banking Law, creditworthiness assessment

1. Wprowadzenie

Chcąc skorzystać z produktów i usług oferowanych przez instytucje finansowe, tj. instytucje kredytowe i banki, w szczególności chcąc skorzystać z produktów kredytowych w celu zawarcia i realizacji umowy, jesteśmy zobowiązani podać szereg naszych danych osobowych, w tym danych identyfikacyjnych takich jak: imię i nazwisko, dane dotyczące dokumentu tożsamości, nr PESEL, a ponadto dane kontaktowe, dane dotyczące naszej sytuacji finansowej, w tym zatrudnienia. Nie zawsze jednak dochodzi do zawarcia umowy. Powstaje pytanie, czy w takim przypadku instytucje finansowe przechowują nasze dane osobowe, a jeśli tak, to czy mają ku temu podstawę prawną.

Przez „dane osobowe” należy rozumieć informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej, przy czym „[...]” możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”¹. Pojęcie „danych osobowych” ma kluczowe znaczenie dla całej regulacji, dlatego w RODO zamieszczona została jego definicja legalna, która jest wzorowana na definicji zawartej w art. 2 lit. a dyrektywy 95/46/WE². Istotą tego pojęcia jest rozumienie danych osobowych jako pewnych informacji, które można odnieść do konkretnej osoby fizycznej.

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), art. 4 pkt 1 (t.j. Dz. Urz. UE L 119/1 z 04.05.2016 r.), dalej: RODO.

² P. Fajgielski, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych. Komentarz*, Wolter Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 104. Zob. Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (t.j. Dz. Urz. UE L 281 z 23.11.1995 r.), dalej: dyrektywa 95/46/WE.

Prawodawca w RODO często posługuje się pojęciami „dane” i „informacje” zamiennie, wprowadzając pewne uproszczenie i utożsamiając ze sobą te dwa pojęcia, czemu daje wyraz w definicji legalnej³. Należy zaznaczyć, że wskazana definicja jest ściśle związana z możliwością identyfikacji osoby fizycznej, czego skutkiem jest określenie jej tożsamości⁴. Prawodawca nie określił rodzaju informacji, które składają się na pojęcie „danych osobowych”, należy zatem przyjąć, że zakres tej definicji jest szeroki przedmiotowo i obejmuje różnego rodzaju informacje dotyczące danej osoby fizycznej⁵.

Definicja zawarta w RODO nie różni się zasadniczo od definicji zastosowanej w ustawie z dnia 27 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁶, w stosunku do której w RODO wystąpiło przykładowe wyliczenie możliwych identyfikatorów i czynników⁷. Zgodnie z definicją zawartą w art. 6 ust. 1–2 ustawy o ochronie danych z 1997 r. za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej, przy czym „[...] osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne”.

W zakresie przytoczonej definicji również powiązано pojęcie „danych” i „informacji” oraz odniesiono się do możliwości identyfikacji danej osoby fizycznej. Wyrażenie „wszelkie informacje” należy odnieść do każdego przekazu lub komunikatu bez względu na formę, w jakiej został przekazany⁸. Ustawa o ochronie danych z 1997 r. w art. 6 ust. 3 zawierała jednak pewne ograniczenie w zakresie informacji, które stanowić mogą dane osobowe, stanowiąc, że informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Według A. Drozda ocena tego, czy dana informacja nie umożliwia określenia tożsamości osoby fizycznej, gdyż wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań, następować powinna na podstawie obiektywnych kryteriów, przy czym za niemożliwe uznawano wskazanie zamkniętego katalogu rodzajów informacji, które uniemożliwiają lub umożliwiają identyfikację tożsamości osoby fizycznej⁹. Obecnie RODO nie wprowadza takiego ograniczenia.

³ *Ibidem*.

⁴ A. Krasuski, *Ochrona danych osobowych na podstawie RODO*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 76–77.

⁵ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 106.

⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922), dalej: ustawa o ochronie danych z 1997 r.

⁷ D. Lubasz, *RODO. Zmiany w zakresie ochrony danych osobowych. Porównanie przepisów. Praktycznej uwagi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 20.

⁸ I. Zgoliński, I. Zduński, *Praktyczny komentarz do ustawy o ochronie danych osobowych*, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, Bydgoszcz 2013, s. 37.

⁹ A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 52–53. Za A. Drozd przykładem takiej informacji na gruncie ówczesnych przepisów prawa mógł być np. nr rejestracyjny samochodu czy nr indeksu.

Pojęcie „danych osobowych” należy uzupełnić pojęciem „przetwarzanie” (danych osobowych), które zgodnie z art. 4 pkt 2 RODO „oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie”. Definicja ta jest bardziej rozbudowana w stosunku do definicji zawartej w art. 2 lit b dyrektywy 95/46/WE oraz art. 7 pkt 2 ustawy o ochronie danych z 1997 r.¹⁰ Katalog wskazany w definicji jest interpretowany raczej jako przykładowe wyliczenie, nie stanowi katalogu zamkniętego i zawiera najbardziej typowe czynności, jakie mieszczą się w zakresie definiowanego pojęcia¹¹.

2. Obowiązki administratora w zakresie przetwarzania danych osobowych

Zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. a RODO w przypadku zbierania danych od osoby, której dane dotyczą, administrator danych osobowych (w tym wypadku bank lub instytucja kredytowa) ma obowiązek podać jej informacje niezbędne do zapewnienia rzetelności i przejrzystości przetwarzania, w tym cele, dla których przetwarzane są dane osobowe, oraz okres, w którym będą przechowywane, a gdy nie jest to możliwe, kryteria ustalania tego okresu. Należy zwrócić uwagę, że już na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych z 1997 r. administrator w przypadku pobierania danych od osoby, której dane dotyczą, powinien poinformować ją o celu zbierania danych, chociaż zakres informacji, jakie administrator miał obowiązek przekazać, był w tym wypadku znacznie węższy.

Obowiązek informacyjny określony w art. 13 RODO jest nazywany w literaturze przedmiotu mianem „aktywnego obowiązku informacyjnego”, gdyż to na administratorze danych ciąży obowiązek jego realizacji, tzn. inicjatywa jego wykonania następuje ze strony administratora danych bez konieczności podejmowania działań przez osobę, której dane dotyczą¹². Obowiązek informacyjny jest wyrazem realizacji uprawnienia osoby, której dane dotyczą, do bycia poinformowanym o przetwarzaniu danych przez konkretnego administratora, co ma mu dać możliwość reagowania, gdy jego dane są przetwarzane niezgodnie z prawem¹³.

¹⁰ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 114–115.

¹¹ M. Błazewski, J. Behr, *Środki prawne ochrony danych osobowych*, Wrocław 2018, s. 29, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/93918/Srodki_prawne_ochrony_danych_osobowych.pdf [dostęp 5.10.2019].

¹² P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 235.

¹³ *Ibidem*, s. 233.

W ramach realizacji obowiązku informacyjnego należy informować osobę, której dane dotyczą, o celach przetwarzania danych, realizując przy tym zasady przetwarzania danych, w tym zasadę zgodności z prawem omawiane szerzej w dalszej części artykułu. Podmiot danych powinien móc ocenić, czy przetwarzanie jego danych jest niezbędne do realizacji wskazanych celów oraz czy istnieje podstawa prawna przetwarzania danych. Inną informacją mającą zapewnić rzetelność i przejrzystość przetwarzania jest wskazanie okresu, przez który dane będą przetwarzane. Obowiązek ten jest łatwy do realizacji, gdy okres przetwarzania wskazują przepisy prawa, jednakże kiedy nie jest on tak uregulowany, jego ustalenie w praktyce może stwarzać trudności, gdyż nie można go precyzyjnie wskazać¹⁴.

Ponadto przetwarzanie danych osobowych powinno być zgodne z zasadami przetwarzania danych osobowych, które określono w art. 5 RODO. Prawodawca europejski wprost wyodrębnił zasady przetwarzania danych w RODO – mają one charakter dyrektywalny i mają na celu określenie ram ochrony danych osobowych¹⁵. Zasady przetwarzania danych osobowych są ze sobą wzajemnie powiązane, nie można ich stosować z pominięciem innych zasad¹⁶:

- 1) wszelkie przetwarzanie danych osobowych powinno być zgodne z prawem, tzn. odbywać na podstawie zgody osoby, której dane dotyczą, lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej prawem, wskazanej w art. 6 RODO;
- 2) zgodnie z zasadą zapewniania rzetelności i przejrzystości przetwarzania danych dla osób fizycznych powinno być jasne, w jakich celach ich dane osobowe są lub będą zbierane, wykorzystywane, przeglądane lub w inny sposób przetwarzane. Należy informować osoby, których dane dotyczą, o tożsamości administratora i celach przetwarzania, które powinny być wyraźne, uzasadnione i określone czasowo oraz powinny uwzględniać konkretne okoliczności i kontekst przetwarzania danych osobowych;
- 3) zgodnie z zasadą ograniczenia celu przetwarzania dane osobowe powinny być zbierane w konkretnych, prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami. Ponadto zasada ograniczenia przechowywania wskazuje, że dane osobowe powinny być przechowywane w formie umożliwiającej identyfikację osoby, której dane dotyczą, przez okres nie dłuższy, niż jest to niezbędne dla realizacji celów, w których dane te są przetwarzane;
- 4) przetwarzane dane osobowe powinny być adekwatne tzn. ograniczone do celów, dla których są one przetwarzane, co wymaga zapewnienia ograniczenia okresu

¹⁴ *Ibidem*, s. 240.

¹⁵ M. Błażewski, J. Behr, *op. cit.*, s. 73–74.

¹⁶ Zob. E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, s. 325–343.

- przechowywania danych do ścisłego minimum (zasada minimalizacji danych); aby zapobiec przechowywaniu danych osobowych przez okres dłuższy, niż jest to niezbędne, administrator powinien ustalić termin usuwania danych;
- 5) należy podjąć działania, aby dane osobowe, które są nieprawidłowe w świetle celów ich przetwarzania, zostały niezwłocznie usunięte lub sprostowane („zasada prawidłowości”). Natomiast zgodnie z zasadą integralności i poufności dane osobowe powinny być przetwarzane w sposób zapewniający odpowiednie bezpieczeństwo danych osobowych, w tym ochronę przed niedozwolonym lub niezgodnym z prawem przetwarzaniem;
 - 6) dane osobowe nie mogą być przechowywane w nieokreślonym terminie („zasada ograniczenia przetwarzania”); dane osobowe mogą być przechowywane jedynie przez okres nie dłuższy, niż jest to niezbędne do realizacji celów, w których dane te są przetwarzane;
 - 7) zgodnie z zasadą integralności i poufności dane osobowe powinny być przetwarzane w sposób zapewniający ich bezpieczeństwo, w tym m.in.: ochronę przed niedozwolonym lub niezgodnym z prawem przetwarzaniem za pomocą odpowiednich środków technicznych lub organizacyjnych.

To na administratorze danych, który jest odpowiedzialny za przestrzeganie ww. zasad, ciąży wykazanie ich przestrzegania („zasad rozliczalności”).

Katalog podstaw przetwarzania danych osobowych określony jest w art. 6 RODO, gdzie oprócz podstawy przetwarzania w postaci zgody osoby, której dane dotyczą przetwarzanie możliwe jest również w przypadku:

- wykonania umowy lub podjęcia działań niezbędnych do wykonania umowy;
- wypełnienia obowiązku prawnego ciążącego na administratorze;
- ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą, lub innej osoby fizycznej;
- wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi;
- prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią, z wyjątkiem sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec tych interesów mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą.

Wymienione w art. 6 RODO przesłanki przetwarzania danych zgodnie z prawem mają charakter samoistny i niezależny, tzn. wystarczy zaistnienie jednej z nich, aby przetwarzanie było dopuszczalne, mają one charakter równoważny¹⁷.

¹⁷ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 160.

Zwróćmy uwagę, że przesłanki dopuszczalności przetwarzania danych osobowych określone w RODO zasadniczo nie różnią się od przesłanek znanych nam na gruncie ustawy o ochronie danych z 1997 r. Na podstawie z art. 23 ust. 1 tej ustawy przetwarzanie danych osobowych było możliwe, gdy zachodziła jedna z poniższych przesłanek:

- zgoda osoby, której dane dotyczą;
- zrealizowanie uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa;
- realizacja umowy lub podjęcia działań przed zawarciem umowy;
- wykonanie określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego;
- wypełnienie prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych.

Dla celów niniejszego artykułu analizy wymaga przesłanka zgodności przetwarzania z prawem określana mianem „realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora”. W ramach tej przesłanki ustawodawca w art. 23 ust. 4 ustawy o ochronie danych z 1997 r. doprecyzował, że za prawnie usprawiedliwiony cel uważa się w szczególności marketing bezpośredni własnych produktów lub usług administratora danych oraz dochodzenie roszczeń z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, przy czym w orzecznictwie przyjęto, że nie można przetwarzać danych osobowych w ramach tej przesłanki tylko w celu zabezpieczenia się przed ewentualnymi przyszłymi i niepewnymi roszczeniami¹⁸.

RODO rozszerzyło zakres stosowania tej przesłanki poprzez objęcie nią szerokiej gamy interesów gospodarczych i prawnych, w tym tych określonych w motywach 47–59 preambuły RODO, do których zaliczono marketing bezpośredni, zapobieganie oszustwom, zapewnienie bezpieczeństwa infrastruktury i sieci, czy też przesyłania danych pracowników i klientów w ramach grupy przedsiębiorstw¹⁹. Przesłanka „realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora” jest poniekąd przesłanką uzupełniającą wobec pozostałych i wyrazem uznania przez prawodawcę, że mogą zaistnieć przypadki, gdy administrator nie może powołać się na zgodę, przepis albo realizację umowy, a mimo to powinien mieć możliwość przetwarzania danych²⁰. Można jednak przyjąć, że uzasadniony interes to choćby pośrednio interes wynikający z przepisów prawa, które nie regulują przetwarzania danych, ale wskazują uprawnienie administratora, do realizacji którego konieczne jest przetwarzanie danych²¹.

¹⁸ I. Zgoliński, I. Zduński, *op. cit.*, s. 95. Zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1212/10, orzeczenia.nsa.gov.pl.

¹⁹ D. Lubasz, *op. cit.*, s. 29.

²⁰ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 173–177.

²¹ *Ibidem*.

Przesłanka „realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora” nie ma jednak charakteru bezwarunkowego i jest zależna od ważenia interesów administratora po jednej stronie oraz praw i wolności osoby, której dane dotyczą, po drugiej stronie²². Jeżeli za przeważające w wyniku ważenia interesów uznane zostaną prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, to administrator nie powinien opierać przetwarzania na przesłance „realizacji prawnie uzasadnionych interesów administratora”. W zakresie przetwarzania danych osobowych w oparciu o tę przesłankę prawodawca przyznał podmiotom danych dodatkowe uprawnienia, w celu zapewnienia im równowagi wobec pozycji administratora. Na podstawie art. 21 RODO podmiot danych jest uprawniony do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania odbywającego się na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO (uzasadniony interes administratora). Sprzeciw wobec takiego przetwarzania skutkuje tym, że administratorowi nie wolno już przetwarzać danych osobowych, chyba że wykaże on istnienie ważnych prawnie uzasadnionych podstaw do przetwarzania, nadrzędnych wobec interesów, praw i wolności osoby, której dane dotyczą, lub podstaw do ustalenia, dochodzenia lub obrony roszczeń.

W związku z powyższym, jeżeli dany administrator przetwarza dane osobowe, przetwarzanie to powinno być zgodne z prawem oraz z wymienionymi wyżej zasadami przetwarzania danych, w tym przetwarzanie powinno być zgodne z celami, do których realizacji dane zostały pozyskane oraz ograniczone do czasu realizacji tych celów. Obowiązkiem administratora jest też jasne poinformowanie osoby, której dane dotyczą, w sposób konkretny i dla niej zrozumiały o przetwarzaniu danych, w tym celach i okresie przetwarzania.

3. Przetwarzanie danych osobowych w przypadku braku zawarcia umowy – analiza przypadku

W celu przedstawienia oferty produktu finansowego instytucja finansowa pozyskuje dane osobowe od osoby fizycznej. Kategorie tych danych, jak już wcześniej wspomniano, to przede wszystkim dane identyfikacyjne, takie jak imię i nazwisko, dane dotyczące dokumentu tożsamości, nr PESEL, a także dane kontaktowe, adres zamieszkania, a w przypadku produktów kredytowych również dane dotyczące sytuacji finansowej, w tym zatrudnienia. Dane są w tym przypadku przetwarzane na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b RODO, tzn. w celu podjęcia działań niezbędnych do zawarcia umowy. Ponadto, jeżeli osoba, której dane dotyczą, wyrazi na etapie wnioskowania o produkt finansowy dobrowolną zgodę, dane osobowe są przetwarzane w celu realizacji tej zgody.

²² *Ibidem*.

W przypadku podstawy przetwarzania danych, jaką jest podjęcie działań niezbędnych do zawarcia umowy, dane osobowe będą przetwarzane do czasu zakończenia realizacji działań niezbędnych do zawarcia umowy (jeżeli umowa nie została zawarta). W przypadku wyrażenia zgody dane osobowe będą przetwarzane do czasu jej wycofania z zastrzeżeniem, że zgodnie z zasadą minimalizacji danych przetwarzane dane powinny być adekwatne do realizacji celu przetwarzania.

Niemniej jednak, czy mogą zaistnieć inne przypadki, w których mimo że nie doszło do zawarcia umowy oraz brak jest wyrażonych zgód, instytucja finansowa nadal przetwarza dane osobowe swojego niedoszłego klienta? Czy posiada ku temu podstawę prawną? Takie pytanie zostało postawione Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie, który rozpatrywał skargę na decyzję Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych²³.

W przedmiotowej sprawie niedoszły klient instytucji finansowej złożył do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych²⁴ skargę na odmowę usunięcia jego danych osobowych przetwarzanych przez instytucję finansową. Skarżący wnosił o nakazanie usunięcia jego danych osobowych pozyskanych w związku z wnioskiem o kredyt, oświadczając przy tym, że nie jest klientem instytucji finansowej. GIODO nakazał instytucji finansowej usunięcie danych osobowych niedoszłego klienta. W uzasadnieniu decyzji GIODO i wskazaniu stanu faktycznego wskazano, że skarżący wnioskował o kredyt i na tej podstawie pozyskano jego dane osobowe, jednak do zawarcia umowy z instytucją finansową nigdy nie doszło. Instytucja finansowa wskazywała, że dane osobowe skarżącego przetwarzane są w celach archiwalnych i dowodowych, powołując się na art. 74 pkt 8 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości²⁵, tj. na obowiązek przechowywania dowodów księgowych i sprawozdań przez okres 5 lat na oraz art. 23 ust. 1 pkt 5 w ustawy o ochronie danych z 1997 r., tj. na wypełnienie prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratora.

W zakresie wypełnienia prawnie usprawiedliwionego celu realizowanego przez administratora instytucja finansowa wskazywała, że taka podstawa wynika z realizacji obowiązku udzielenia odpowiedzi na ewentualne reklamacje oraz możliwości obrony przed ewentualnymi roszczeniami cywilnoprawnymi lub zarzutami karnymi związanymi z przetwarzaniem danych osobowych osób, które złożyły wniosek kredytowy, ale nie zawarły umowy. Instytucja finansowa wskazywała, że złożenie wniosku kredytowego wiąże się z jej obowiązkiem do zachowania tajemnicy bankowej wynikającym z art. 104

²³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 stycznia 2017 r., II SA/Wa 1574/16, orzeczenia.nsa.gov.pl.

²⁴ Dalej: GIODO.

²⁵ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 395).

ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe²⁶ oraz że dane wnioskodawcy są następnie udostępniane do Biura Informacji Kredytowej S.A. oraz biur informacji gospodarczej w celu przeprowadzania badania zdolności kredytowej. Należy zaznaczyć, że skarżący nie wyrażał zgód na przetwarzanie danych osobowych, w związku z czym brak było przesłanki przetwarzania danych w postaci zgody z art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie danych z 1997 r. Według GODO przetwarzanie przez instytucję finansową danych osobowych nie znajdowało uzasadnienia w przepisach prawa. GODO nie przyjął argumentów instytucji finansowej odnoszących się do przetwarzania danych osobowych na wypadek ewentualnych reklamacji czy też zabezpieczenia ewentualnych roszczeń. W ocenie GODO archiwizacja dokumentów, jak i innych danych pobranych przy dokonywanych czynnościach jedynie w celach dowodowych nie jest prawnie usprawiedliwioną działalnością instytucji finansowej i jest niezgodna z prawem. Ponadto w ocenie GODO przetwarzanie przez bank danych osobowych w prawnie usprawiedliwionym celu, jakim jest realizacja obowiązku udzielenia odpowiedzi na ewentualne reklamacje oraz możliwość obrony przed ewentualnymi roszczeniami cywilnoprawnymi lub zarzutami karnymi, jest przetwarzaniem „na zapas”. GODO stał na stanowisku, że instytucja finansowania nie jest w stanie wykazać, że przetwarzanie danych jest niezbędne dla realizacji jej zadań jako administratora danych.

Instytucja finansowa złożyła w związku z powyższą decyzją wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. We wniosku wskazała, że jest narażona na zarzut popełnienia przestępstw dotyczących nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych na etapie realizacji wniosku kredytowego, w związku z art. 49, 51 i 54 ustawy o ochronie danych z 1997 r. i powinna mieć możliwość zapewnienia sobie realizacji prawa do obrony, w tym udowodnienia podstawy pozyskania i przetwarzania danych. Ponadto instytucja finansowa podniosła, że nie jest możliwe przewidzenie daty zgłoszenia reklamacji, roszczenia, postawienia zarzutu czy też konieczności podjęcia obrony we wszczętym i toczącym się postępowaniu, w związku z czym nie może pozbawić się dowodów dotyczących relacji z wnioskodawcą. Dodatkowo dane wnioskodawcy w przypadku wniosku kredytowego w celu badania zdolności kredytowej są udostępniane do Biura Informacji Kredytowej oraz biur informacji gospodarczej.

Instytucja finansowa twierdziła, że powinna mieć możliwość udowodnienia, na jakiej podstawie przekazała dane osobowe na wypadek roszczeń z tytułu nieuprawnionego przetwarzania danych osobowych oraz udostępnienia tajemnicy bankowej, której instytucja finansowa jest zobowiązana dochować już na etapie negocjacji umowy zgodnie z art. 104 ust. 1 Prawa bankowego. Instytucja finansowa wskazywała, że często otrzy-

²⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2357), dalej: Prawo bankowe.

muje zapytania o przekazanie dowodu, na podstawie którego przekazała informacje do BIK. Dowodem takim jest wyłącznie wniosek kredytowy, na podstawie którego instytucja finansowa może wykazać, że była zobowiązana do zbadania zdolności kredytowej klienta (art. 70 Prawo bankowego, art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim²⁷), a wypełniając ten obowiązek oraz korzystając z uprawnień wynikającego z art. 105a ust. 1 Prawa bankowego udostępniła dane klienta do Biura Informacji Kredytowej oraz biur informacji gospodarczej²⁸.

GIODO utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, podtrzymując argumentację w niej zawartą. Podniósł także, że w momencie rozpatrywania wniosku o udzielenie kredytu instytucja finansowa działała w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych z 1997 r., tzn. działała w celu podjęcia działań przed zawarciem umowy.

W ocenie GIODO przytoczone wyżej art. 70 Prawa bankowego, art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim nie stanowią podstawy prawnej do dalszego przetwarzania takich danych, gdyż upoważniają instytucje finansowe do badania zdolności kredytowej osoby zgłaszającej chęć wzięcia kredytu, ale nie są podstawą prawną do dalszego przetwarzania danych osobowych, w związku z tym nie można też mówić o przetwarzaniu tych danych w celach archiwalnych. GIODO wskazał również, że dane nie mogą być przetwarzane przez czas nieokreślony, a czasowym wyznacznikiem powinno być osiągnięcie celu przetwarzania danych. GIODO za nietrafne uznał również odniesienie się do art. 49, 51, 54 ustawy o ochronie danych z 1997 r., gdyż instytucja finansowa nie posiada w tym przypadku podstawy przetwarzania danych osobowych, uznając dalsze przetwarzanie danych za niedopuszczalne.

Instytucja finansowa wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, powtarzając argumentację skierowaną we wniosku do GIODO. Dodatkowo instytucja finansowa podkreśliła, że rozpoczęła archiwizację wniosków kredytowych w przypadku braku zawarcia umowy ze względu na inne postępowanie prowadzone przez GIODO, w którym nie była w stanie przedstawić dowodu na zarzut bezprawnego przekazania danych do Biura Informacji Kredytowej. Ponadto instytucja finansowa podniosła, że przyjęto w niej, że przetwarzanie danych do celów archiwalnych, w tym zachowanie dokumentów mogących stanowić dowód w sprawie, może trwać przez okres zgodny z okresem przedawnienia roszczeń cywilnoprawnych określonym w art. 118 Ko-

²⁷ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 993).

²⁸ Ust. 4–4d art. 105 Prawa bankowego dotyczą funkcjonowania instytucji mających za zadanie gromadzenie, przetwarzania i udostępnianie informacji objętych tajemnicą bankową, tj. BIK S.A. oraz biur informacji gospodarczej działających na podstawie ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 681).

deksu cywilnego²⁹. Okres ten liczy się od ustania stosunku prawnego z klientem lub od dnia zakończenia obsługi wniosku kredytowego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny oddalił skargę, zasadniczo podtrzymując argumentację GIODO, zgodnie z którą w sytuacji, gdy w następstwie złożenia wniosku kredytowego nie dochodzi do zawarcia umowy, brak jest przesłanek ustawowych legalizujących dalsze przetwarzanie danych osobowych niedoszłego klienta.

4. Zasadność przetwarzania danych osobowych w przypadku braku zawarcia umowy

W odniesieniu do przytoczonego postępowania należy zaznaczyć, że tajemnica bankowa w zakresie przedmiotowym obejmuje też dane osobowe klientów banków, a przetwarzanie tych danych osobowych odbywa się według rygorystycznych zasad określonych w Prawie bankowym, w tym w zakresie zasad udostępniania podmiotom trzecim informacji, o których mowa w art. 104 Prawa bankowego³⁰.

Według A. Kawulskiego tajemnicą bankową są objęte wszystkie informacje powierzone bankowi przez klienta, także dla przygotowania czynności banków, jak wniosek kredytowy i jego uzasadnienie wraz z załączonymi dokumentami. Te informacje warunkują czynności banków, bo bez nich nie doszłoby do tych czynności, np. realizacji wniosku kredytowego, przy czym obowiązek zachowania tajemnicy bankowej, a zatem i przetwarzania danych osobowych nie jest ograniczony czasowo³¹. Ocena przez bank zdolności kredytowej stanowi jedno z jego podstawowych uprawnień w ramach właściwego zarządzania ryzykiem kredytowym i następuje na podstawie przedstawionych przez potencjalnego kredytobiorcę dokumentów i informacji, przy czym jest dokonywana również na podstawie raportów Biura Informacji Kredytowej i biur informacji gospodarczych³². W orzecznictwie przejawiała się tendencja do uwzględniania szerokiego zakresu danych, których banki mogą wymagać przy ocenie zdolności kredytowej, również w zakresie danych osobowych oraz w zakresie możliwości korzystania z zewnętrznych baz danych³³.

Kolejną kwestią w przedmiocie niniejszej analizy jest też wiedza samego klienta na temat dokonanej przez instytucję finansową oceny zdolności kredytowej. Do maja 2019 r. takie uprawnienie dawała klientom ustawa o kredycie konsumenckim, która w art. 10

²⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025).

³⁰ A. Kawulski, art. 104, [w:] A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2013.

³¹ *Ibidem*.

³² A. Kawulski art. 70, [w:] A. Kawulski, *Prawo bankowe...*

³³ *Ibidem*.

przewiduje obowiązek powiadomienia konsumenta, w przypadku gdy przyczyną odmowy udzielenia kredytu była negatywna weryfikacja w bazie danych. Od dnia 4 maja 2019 r. zaczął obowiązywać dodany w Prawie bankowym art. 70a³⁴. Przepis ten nakłada na banki i inne instytucje ustawowo upoważnione do udzielania kredytów obowiązek przekazania w formie pisemnej na wniosek klienta, w tym będącego osobą fizyczną, wyjaśnienia dotyczącego dokonanej przez siebie oceny zdolności kredytowej. Wyjaśnienie to ma obejmować informacje na temat czynników, w tym danych osobowych wnioskującego, które miały wpływ na dokonaną ocenę zdolności kredytowej. Zauważyć należy, że ani przepisy ustawy o kredycie konsumenckim, ani Prawo bankowe nie wprowadzają ograniczenia czasowego, w jakim klient może z takim wnioskiem wystąpić.

Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 13 ust. 1 lit. c i ust. 2 lit. a RODO administrator danych podczas ich pozyskiwania powinien przekazać osobie, której dane dotyczą, informacje odnośnie do celu i okresu przetwarzania danych osobowych. Jeżeli spojrzeć na realizację tego obowiązku przez instytucje finansowe, to tendencją na rynku bankowym jest podawanie w klauzulach informacyjnych zamieszczanych na stronach internetowych banków jednego z celów przetwarzania danych realizowanego na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO, jakim jest ustalenie, dochodzenie lub obrona roszczeń, w tym przetwarzania danych w celach archiwalnych, przy czym jako okres przetwarzania wskazywany jest okres niezbędny do realizacji tych celów określony przepisami prawa³⁵.

Instytucja finansowa w przedmiotowym sporze powoływała się przede wszystkim na przetwarzanie danych osobowych na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie danych z 1997 r., tj. na wypełnienie prawnie usprawiedliwionego celu realizowanego przez administratora. Zarówno jednak GODO, jak i Wojewódzki Sąd Administracyjny stali na stanowisku, że podstawą przetwarzania w przedmiotowym przypadku był art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych z 1997 r., tj. podjęcie działań przed zawarciem umowy, uznając przy tym dalsze przetwarzanie za bezprawne.

Z punktu widzenia samego przedsiębiorcy zarówno decyzja GODO, jak i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego może wydawać się nieusprawiedliwiona, tym bardziej, że zgodnie z art. 24 ust. 4 pkt 2 ustawy o ochronie danych z 1997 r. za prawnie uzasadniony cel realizowany przez administratora uznaje się w szczególności dochodzenie roszczeń z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej. Niemniej jednak stanowisko GODO było spójne z przytoczonym wcześniej i stosowanym orzecznictwem, zgod-

³⁴ Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), art. 46 pkt 4, (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 730).

³⁵ Zob. <https://www.pkobp.pl/rodo/>, <https://www.bnpparibas.pl/repozytorium/rodo> [dostęp 5.10.2019].

nie z którym nie można przetwarzać danych osobowych w ramach tej przesłanki tylko w celu zabezpieczenia się przed ewentualnymi przyszłymi i niepewnymi roszczeniami. Ani GIODO, ani Wojewódzki Sąd Administracyjny nie wskazali jednak, w jaki inny sposób instytucja finansowa mogłaby bronić się przed dochodzeniem ewentualnych roszczeń, jak tylko na podstawie dowodów w postaci dokumentów, tym bardziej, jeżeli dane te nie są wykorzystywane do realizacji żadnych innych celów.

Należy pamiętać, że dopuszczalność przetwarzania danych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO nie jest bezwarunkowa, a ograniczona ochroną podstawowych praw i wolności osób, których dane dotyczą. Zgodnie z motywem 47 preambuły RODO: „Aby stwierdzić istnienie prawnie uzasadnionego interesu, należałoby w każdym przypadku przeprowadzić dokładną ocenę, w tym ocenę tego, czy w czasie i w kontekście, w którym zbierane są dane osobowe, osoba, której dane dotyczą, ma rozsądne przesłanki, by spodziewać się, że może nastąpić przetwarzanie danych w tym celu”. Niemniej jednak warto też zwrócić uwagę na kwestię możliwego dalszego przetwarzania danych. W ustawie o ochronie danych osobowych z 1997 r. w art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawodawca przewidział możliwość dalszego przetwarzania danych osobowych, jeżeli nie narusza ono praw i wolności osoby, której dane dotyczą z zachowaniem przepisów art. 23 – przetwarzanie na podstawie przesłanki określonej w ustawie.

Wydaje się, że RODO szerzej reguluje kwestię dalszego przetwarzania danych. Zgodnie z art. 6 ust. 4 RODO administrator w celu ustalenia, czy przetwarzanie danych w innym celu jest zgodne z celem, w którym dane osobowe zostały pierwotnie zebrane, powinien brać pod uwagę:

- a) związki między celami, w których zebrano dane osobowe, a celami zamierzonego dalszego przetwarzania;
- b) kontekst, w którym zebrano dane osobowe;
- c) charakter danych osobowych;
- d) ewentualne konsekwencje zamierzonego dalszego przetwarzania dla osób, których dane dotyczą;
- e) istnienie odpowiednich zabezpieczeń;

co jest zgodne z motywem 50 preambuły RODO, gdzie przetwarzanie danych osobowych do celów innych niż cele, w których dane te zostały pierwotnie zebrane, jest możliwe, gdy jest zgodne z celami, w których dane osobowe zostały pierwotnie zebrane. Nie jest wtedy wymagana odrębna podstawa prawna przetwarzania danych osobowych. Ponadto podstawą prawną dalszego przetwarzania może być podstawa prawna przewidziana prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego.

Należy zaznaczyć, że art. 6 ust. 4 RODO ma zastosowanie w przypadku przetwarzania danych w celu realizacji uzasadnionych interesów administratora oraz że cel dal-

szego przetwarzania danych nie musi być taki sam jak cel ich gromadzenia; istotne jest, aby cele te były ze sobą zgodne³⁶. Wydaje się, że istnieje związek przyczynowo-skutkowy między celami, w których w analizowanym przypadku zebrano dane osobowe, a celami zamierzonego dalszego przetwarzania oraz nie zmienia się kontekst, w którym zebrano dane osobowe – dane przetwarzane są w celu archiwalnym w związku z realizacją procesu obsługi wniosku. Przetwarzanie nie niesie dla podmiotu danych ewentualnych negatywnych konsekwencji zamierzonego dalszego przetwarzania danych, jeżeli nie są one przetwarzane w innych celach.

Z punktu widzenia przedsiębiorcy kwestia archiwizacji, w tym w celu ustalenia, dochodzenia i obrony roszczeń w przypadku analizowanym w niniejszym artykule nie jest kwestią związaną wyłącznie z zawarciem umowy. Zauważmy, że w sytuacji gdy nie doszło do zawarcia umowy, zwłaszcza tak jak w omawianym wyżej przypadku umowy kredytowej, osoba, której dane dotyczą, w nieokreślonym czasie może żądać np. uzasadnienia oceny zdolności kredytowej na podstawie art. 70a Prawa bankowego. W przypadku braku archiwizacji dokumentacji i danych dotyczących wniosku instytucja finansowa nie byłaby w stanie udzielić odpowiedzi, co mogłoby ograniczyć dostęp potencjalnego klienta do informacji odnośnie do podjętej względem niego decyzji. Ponadto samo RODO przewiduje przypadek, w którym archiwizacja wniosku, a więc i danych w nim zawartych wydaje się być konieczna, mianowicie w celu realizacji prawa określonego w art. 22 RODO wzmocnionego art. 105a ust. 1a-1c Prawa bankowego, tj. prawa do niepodlegania zautomatyzowanej decyzji, w tym profilowania, które możemy rozumieć jako prawo do zapobiegania negatywnym konsekwencjom mogącym wynikać z takiego rodzaju przetwarzania danych.

Artykuł 22 RODO stanowi rozwinięcie instytucji prawnej ustanowionej już w dyrektywie 95/46/WE, która w art. 15 ust. 1 wskazywała, że osoba fizyczna ma prawo nie być objęta decyzją wywołującą skutki prawne, które jej dotyczą lub mają na nią istotny wpływ, opartą wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, co zostało ujęte w polskim porządku prawnym w art. 26a ustawy o ochronie danych osobowych z 1997 r.³⁷ W RODO zakres regulacji został rozszerzony. Prawo to nie ma charakteru bezwzględniego, gdyż prawodawca w art. 22 ust. 2 RODO dopuszcza możliwość podejmowania zautomatyzowanych decyzji, gdy: jest to niezbędne do zawarcia lub wykonania umowy, przetwarzanie jest dozwolone przepisami prawa albo osoba, której dane dotyczą, wyraziła na to zgodę, przy czym każda z tych przesłanek występuje tutaj niezależnie. Prawo do niepodlegania zautomatyzowanej decyzji, w tym profilowania nie obejmuje wszystkich przypadków profilowania, które zgodnie z art. 4 pkt 4 RODO oznacza „dowolną

³⁶ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 182–183.

³⁷ D. Lubasz, *op. cit.*, s. 59.

formę zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się”. Pojęcie profilowania nie obejmuje przetwarzania, które jest wykonywane tradycyjnie bez wykorzystania zautomatyzowanych procesów³⁸.

Zakres art. 22 RODO obejmuje takie formy profilowania, których elementem jest podjęcie wobec podmiotu danych, w sposób zautomatyzowany decyzji wywołującej wobec podmiotu danych skutki prawne lub w istotnie na nią wpływające. W artykule 22 RODO szeroko ukształtowano też uprawnienia podmiotu danych. Artykuł 22 ust. 3 RODO nakłada na administratora podejmującego decyzje w oparciu o zautomatyzowane przetwarzanie na podstawie umowy lub zgody obowiązek wdrożenia właściwych środków ochrony praw, wolności i prawnie uzasadnionych interesów osoby, której dane dotyczą, a co najmniej prawa do uzyskania interwencji ludzkiej ze strony administratora, do wyrażenia własnego stanowiska i do zakwestionowania tej decyzji. Zgodnie z art. 105 a ust. 1a Prawa bankowego banki i inne instytucje finansowe upoważnione do udzielania kredytów mogą w celu oceny zdolności kredytowej i analizy ryzyka kredytowego podejmować decyzje, opierając się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu.

5. Wnioski

Przedmiotowa analiza dotyczy postępowania w indywidualnej sprawie przeciwko przedsiębiorcy. Każde ewentualne podobne postępowanie będzie rozstrzygane indywidualnie przez sądy, niemniej jednak obecnie w związku z obowiązkami ciążącymi na instytucji finansowej na podstawie przytoczonych wyżej art. 70a oraz 105a ust. 1a-1c Prawa bankowego i art. 22 RODO archiwizacja danych, w tym danych osobowych zawartych we wniosku kredytowym nie wydaje się być nieuzasadniona, chociaż dyskusyjny może być okres, w jakim dane należy przetwarzać dla możliwości realizacji ww. obowiązków. Nie jest on określony w ww. przepisach prawa, natomiast ich realizacja następuje na wniosek osoby fizycznej, która może, ale nie musi go złożyć (jest to jej uprawnienie, a nie obowiązek). W takim przypadku podstawą prawną przetwarzania danych w celach archiwizacyjnych i dowodowych poza uzasadnionym interesem administratora może być również wypełnienie obowiązku prawnego ciążącego na administratorze. Dla tej przesłanki przetwarzania danych osobowych określonej

³⁸ P. Fajgielski, *op. cit.*, s. 117.

w art. 6 ust. 1 lit c RODO wystarczające jest, że z przepisu prawa wynika obowiązek, do którego realizacji konieczne jest przetwarzanie danych, nawet jeżeli przepis ten nie mówi o tym wprost³⁹.

W sytuacji przetwarzania danych na podstawie uzasadnionego interesu administratora konieczne jest dokonanie oceny, czy interes administratora jest nadrzędny wobec praw i wolności osoby fizycznej, aczkolwiek ostateczna ocena w tym zakresie, tak jak w analizowanym przypadku, zależy od organu nadzorczego (obecnie Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych) oraz orzecznictwa sądów. Nadal to po stronie instytucji finansowej leżeć będzie obowiązek wykazania, że dane osobowe przetwarzane są zgodnie z zasadami określonymi w art. 5 RODO.

Bibliografia

Akty prawa europejskiego

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016 r., poz. 1).

Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. L 281/31 ze zm. z 23.11.1995 r.).

Akty prawa polskiego

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025).

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 395).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 922).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2357).

Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 681).

Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 993).

Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 730).

³⁹ *Ibidem*, s. 168.

Orzeczenia sądów

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 stycznia 2017 r., II SA/Wa 1574/16, orzeczenia.nsa.gov.pl.

Wyrok NSA w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1212/10, orzeczenia.nsa.gov.pl.

Monografie

Bielak-Jomaa E., Lubasz D. (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.

Błażewski M., Behr J., *Środki prawne ochrony danych osobowych*, Wrocław 2018, http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/93918/Srodki_prawne_ochrony_danych_osobowych.pdf [dostęp 5.10.2019].

Drozd A., *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, LexisNexis, Warszawa 2007.

Fajgielski P., *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.

Kawulski A., *Prawo bankowe. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2013.

Krasuski A., *Ochrona danych osobowych na podstawie RODO*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.

Lubasz D., *RODO. Zmiany w zakresie ochrony danych osobowych. Porównanie przepisów. Praktyczne uwagi*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.

Zgoliński I., Zduński I., *Praktyczny komentarz do ustawy o ochronie danych osobowych*, Wydawnictwo Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy, Bydgoszcz 2013.

Lidia Zacharko
Uniwersytet Śląski
Instytut Nauk Prawnych
ORCID: 0000-0002-3799-5502

Kilka refleksji na temat działalności prawodawczej organów jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wsparcia socjalnego uczniów i studentów

A few reflections on the legislative activity of a given local government units in the field of social support of pupils and students

Streszczenie

Akty prawa miejscowego stanowią istotną część porządku prawnego i muszą mieć określoną formę, treść i zostać opublikowane. Analiza stanowionego prawa na stopniu lokalnym wskazuje jednak na szereg nieprawidłowości, w tym wydania przepisów z naruszeniem upoważnienia ustawowego, wprowadzania do aktów kierownictwa wewnętrznego norm powszechnie obowiązujących, braku ich publikacji, niespójności rozwiązań prawnych, powielania treści aktów ustawowych czy ich niejasności.

Słowa kluczowe

akty prawa miejscowego, rozstrzygnięcia nadzorcze, jednostki samorządu terytorialnego

Abstract

Act of local law as part of the legal order and must have a certain form, content and publication. However the analysis of the law at local level indicates a number of irregularities, including the issuing of provisions in breach of the statutory mandate, the introduction internal management acts of the universally applicable standards, the lack of publication inconsistencies of legal solutions, duplication of the content of statutory acts or their ambiguities.

Keywords

acts of local law, supervisory disappearance, local government units

1. Tytułem wstępu

W literaturze przedmiotu od dłuższego czasu prowadzony jest dyskurs naukowy na temat stanu prawodawstwa, w tym niedoskonałości stanowionego prawa administracyj-

nego, tj. problem jego niestabilności, braku przejrzystości, niespójności unormowań, wadliwej techniki legislacyjnej czy inflacji prawa¹.

Jak pisze M. Zdyb, zjawisko inflacji, dysfunkcyjności i innych elementów wpływających ujemnie na funkcjonowanie prawa administracyjnego implikuje m.in. brak systemowego ujmowania prawa, nadmiar podstawowych pojęć i instytucji, chaos pojęciowy, nadmiar prawa powielaczowego czy inne niedostatki w postaci różnego rodzaju luk i braków w prawie, fetyszyzacji sztucznych wartości i fikcyjności rozwiązań prawnych, nieprzestrzeganie zasady *lex retro non agit*, nieprecyzyjne formułowanie przepisów przejściowych czy nadmierne krótkiego *vacatio legis*, na przykład dotyczy to rozwiązań prawnych w zakresie prawa pomocy społecznej, prawa podatkowego czy prawa ustrojowego².

Powyżej wskazane nieprawidłowości nie tylko dotyczą stanowienia aktów rangi ustawowej czy rozporządzeń, ale także aktów prawa miejscowego, które stanowią część obowiązującego porządku prawnego. Organy samorządu terytorialnego stanowią akty prawa miejscowego niezgodnie z Konstytucją czy uchwalają przepisy z przekroczeniem upoważnień zawartych w ustawie³, stan ten pogłębia niejednorodność orzecznictwa sądów administracyjnych.

Zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 i art. 94 Konstytucji RP akty prawa miejscowego ustanawiane przez organy samorządu terytorialnego i terenowe organy administracji rządowej na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie są źródłami prawa Rzeczypospolitej Polskiej powszechnie obowiązującymi na obszarze działania organów, które je ustanowiły. Trzeba mieć na względzie fakt, iż akty prawa miejscowego jako źródło prawa powszechnie obowiązujące charakteryzują się tym, że mogą regulować postępowanie lub zachowanie wszystkich kategorii adresatów, a więc obywateli,

¹ S. Gebethner, *Organizacja i przebieg prac legislacyjnych w ministerstwach – załącznik do Raportu Rady Legislacyjnej*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 1 (53), s. 72 i n.; L. Zacharko, *Instrumenty lepszego stanowienia prawa administracyjnego – implikacje dla jego stosowania (kilka uwag dyskusyjnych)*, [w:] D.R. Kijowski, J. Radwanowicz-Wanczewska, M. Wincenciak (red.), *Kryzys prawa administracyjnego?*, t. IV. *Wykładnia i stosowanie prawa administracyjnego*, Lex a Wolters Kluwer, SEAP, Warszawa 2012, s. 161-162; L. Zacharko, *Problemy legislacji samorządowej w zakresie pomocy społecznej i wsparcia socjalnego (wybrane zagadnienia)*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 799-806.

² M. Zdyb, *Dylematy ładu prawnego w kontekście inflacji i niektórych innych niedoskonałości prawa administracyjnego*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne. Dziś i jutro*, Warszawa 2018, s. 47 i n.

³ K. Milart-Szostak, *Przestrzeganie prawa przez administrację lokalną w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 12, s. 50 i n.; na przykład uchwał regulujących kwestie opłat za przejazdy komunikacją miejską, zasad przyznawania lokali z zasobów komunalnych czy stanowienia przepisów porządkowych. Te nieprawidłowości potwierdza też statystyka wydawanych rozstrzygnięć nadzorczych, np. Wojewody Śląskiego w latach 2015–2019. I tak w 2015 r. wydano 107 rozstrzygnięć nadzorczych, w 2016 r. – 348, w 2017 r. – 409, w 2018 r. – 457 zob. www.bip.katowice.uw.gov.pl/wojewoda/rozstrzygnięcia_nadzorcze.htm [dostęp 25.08.2019].

organów państwowych i samorządowych oraz wszelkich instytucji i organizacji publicznych oraz prywatnych⁴.

Mając na uwadze regulację konstytucyjną, należy wskazać następujące cechy aktów prawa miejscowego:

- są źródłami prawa powszechnie obowiązującego;
- mają charakter podstawowy;
- musi istnieć wyraźna podstawa ustawowa do jego wydania (upoważnienie generalne lub szczególne);
- warunkiem ich wejścia w życie jest publikacja;
- stanowienie ich podlega kontroli sprawowanej przez organy nadzoru i sądy administracyjne⁵.

Należy stwierdzić, iż w regulacji konstytucyjnej brak jest wskazania katalogu aktów prawa miejscowego. Konstytucja RP posługuje się zbiorczym określeniem „akty prawa miejscowego” bez indywidualizacji nazw lub przyjęcia jednej nazwy szczególnej dla oznaczenia wyłącznie aktów prawa miejscowego⁶.

Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, samo nazwanie jakiegoś aktu wojewody rozporządzeniem, organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego uchwałą, nie wystarcza do przyjęcia, że mamy do czynienia z aktem prawa miejscowego⁷.

Zdaniem J. Świątkiewicza ustawa musi wyraźnie wskazywać, kto i w jakim zakresie ma kompetencję normodawczą do wydania danej kategorii aktu prawa miejscowego⁸.

W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2002 r., sygn. akt P 6/02⁹ stwierdza się, że jeżeli akty prawa miejscowego mieszczą się w ramach ustaw, to ten fakt jest podstawą do stwierdzenia ich legalności.

W dalszej części rozważań przedmiotem analizy zostaną objęte akty prawa miejscowego stanowione przez organy samorządu terytorialnego w zakresie pomocy społecznej i wsparcia socjalnego, tj. przyznawania pomocy uczniom i studentom.

⁴ E. Ochendowski, *Prawotwórcza funkcja gminy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 2, s. 27 i n., a także szerzej nt. D. Dąbek, *Prawo miejscowe w konstytucyjnym systemie źródeł prawa*, [w:] A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005; B. Dolnicki, *Akty prawa miejscowego samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 5.

⁵ B. Dolnicki, *Akty prawa...*, s. 8 i n.; a także D. Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu terytorialnego*, Bydgoszcz – Kraków 2003, s. 33 i n.

⁶ S. Wronkowska, *System źródeł prawa w nowej Konstytucji RP*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2000, nr 38, s. 84.

⁷ D. Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu...*, s. 32 i n.

⁸ J. Świątkiewicz, *Prawo miejscowe pod rządem Konstytucji z 1997 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1, s. 84 i n.

⁹ OTK-A 2002 r., Nr 7, poz. 92.

2. Stypendia jako pomoc materialna dla uczniów i studentów

Zgodnie z art. 90d ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty¹⁰ stypendium szkolne może otrzymać uczeń znajdujący się w trudnej sytuacji materialnej, wynikającej z niskich dochodów na osobę w rodzinie, w szczególności gdy w rodzinie tej występuje bezrobocie, niepełnosprawność, ciężka lub długotrwała choroba, wielodzietność, brak umiejętności wypełniania funkcji opiekuńczo-wychowawczej, alkoholizm lub narkomania, a także gdy rodzina jest niepełna lub wystąpiło zdarzenie losowe.

Działając na podstawie art. 90f ustawy o systemie oświaty, rada uchwała regulamin udzielania pomocy materialnej o charakterze socjalnym dla uczniów zamieszkałych na terenie gminy, kierując się celami pomocy materialnej o charakterze socjalnym, w którym określa w szczególności:

- sposób ustalania wysokości stypendium szkolnego w zależności od sytuacji materialnej uczniów i ich rodzin oraz innych okoliczności, o których mowa w art. 90d ust. 1;
- formy, w jakich udziela się stypendium szkolnego w zależności od potrzeb uczniów zamieszkałych na terenie gminy;
- tryb i sposób udzielania stypendium szkolnego;
- tryb i sposób udzielania zasiłku szkolnego w zależności od zdarzenia losowego.

Uchwała w sprawie regulaminu udzielania pomocy materialnej o charakterze socjalnym jest aktem prawa miejscowego.

Treść art. 90f ustawy o systemie oświaty wskazuje na to, iż regulamin winien uwzględniać wszystkie kwestie wymienione w cytowanym artykule, zaś brak jednego z elementów skutkuje brakiem realizacji upoważnienia ustawowego i ma istotny wpływ na ocenę legalności podjętego aktu.

Uchwalając akt prawa miejscowego w oparciu o normę ustawową, organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego musi ściśle uwzględniać wytyczne zawarte w upoważnieniu, a normy kompetencyjne powinny być interpretowane w sposób ścisły, literalny¹¹. Zatem nie jest dopuszczalne na podstawie art. 90f pkt 1 ustawy o systemie oświaty określenie sposobu ustalania stypendium szkolnego czy jego wysokości w zależności od sytuacji materialnej uczniów i ich rodzin. Właściwa realizacja kompetencji rady gminy powinna wskazywać organowi wykonawczemu jedynie sposób ustalania wysokości stypendium w oparciu o kryterium sytuacji materialnej ucznia, ale również

¹⁰ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1481.

¹¹ Wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000, nr 5, poz. 141. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, należy stosować zasady przyjęte w polskim porządku prawnym takie jak: zakaz domniemania kompetencji prawodawczych, zakaz wykładni rozszerzającej kompetencje prawodawcze oraz zasadę głoszącą, że wyznaczenie jakiemuś organowi określonych zadań nie jest równoznaczne z udzieleniem mu kompetencji do ustanawiania aktów normatywnych służących realizowaniu tych zadań.

w sytuacji, kiedy występują inne okoliczności wymienione w tym przepisie, w szczególności takie jak bezrobocie, niepełnosprawność, ciężka lub długotrwała choroba, wielodzietność *etc.* Szttywne określenie wysokości stypendium uniemożliwia uwzględnienie przy określeniu indywidualnej wysokości stypendium okoliczności, o których mowa w art. 90d ust. 1 ustawy¹².

Rada Miejska w Będzinie uchwałą z dnia 30 maja 2019 r. nr XI/61/2019 w sprawie zmiany uchwały nr XXX VIII/388/2013 dokonała przyjęcia Regulaminu stypendium Miasta Będzina dla najzdolniejszych uczniów i studentów z rażącym naruszeniem prawa, określono bowiem nieprawidłowo zakres podmiotowy uchwały niezgodnie z treścią art. 90t ust. 4 cyt. ustawy. Rada Miejska wbrew regulacji ustawowej uzależniła przyznanie stypendium od posiadania statusu mieszkańca gminy¹³.

Jako kolejny przykład nieprawidłowości należy wskazać uchwałę Rady Gminy Rudnik z dnia 30 maja 2019 r. nr VII/49/2019 w sprawie zmiany uchwały nr XVI/106/2016 Rady Gminy Rudnik z dnia 30 maja 2016 r. dot. przyjęcia „Lokalnego programu wspierania edukacji uzdolnionych uczniów szkół gminy Rudnik”. Należy zgodzić się z tezami rozstrzygnięcia nadzorczego Wojewody Śląskiego, gdzie wskazuje się, iż Rada Gminy Rudnik nie przyjęła lokalnego programu, ale określiła w uchwale szczegółowe warunki udzielania pomocy materialnej uczniom i zakres wspierania uzdolnionych dzieci. Zatem organ stanowiący gminy wprowadził do aktu kierownictwa wewnętrznego przepisy o charakterze powszechnie obowiązującym¹⁴.

Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd za D. Dąbek, iż akty prawa miejscowego są przepisami wykonawczymi w tym znaczeniu, że wypełniają normatywnymi treściami „luz” pozostawione regulacji ustawowej, między innymi po to, by można było uwzględnić specyfikę terenową. Akty te są wydawane w celu szczegółowej realizacji określonych unormowań materialno-prawnych, przyjętych w ustawach upoważniających, a ich zakres jest każdorazowo określony w tych ustawach poprzez wyznaczenie przedmiotu regulacji, jej warunków oraz organu uprawnionego¹⁵.

Podobne nieprawidłowości można wskazać w zakresie stanowionego prawa dotyczące pomocy materialnej dla studentów na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym. Stosownie do treści art. 173a ust.1 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym¹⁶ pomoc materialna dla studentów mogła być

¹² Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z dnia 16 kwietnia 2013 r. Nk-N-4131.116.10.2013.BSZ2, lex [dostęp 5.02.2019]; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z dnia 29 listopada 2012 r. Nk-N-4131.771.2012.JKB, lex [dostęp 5.02.2019].

¹³ Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Śląskiego z dnia 5 lipca 2019 r. nr NP.II 4131.1.432.2019, www.bip.katowice.uw.gov.pl/wojewoda/rozstrzygnięcia_nadzorcze.htm [dostęp 25.08.2019].

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ D. Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu...*, s. 63 i n.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1842.

przyznawana przez jednostki samorządu terytorialnego. Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określa w uchwale:

- 1) rodzaj pomocy materialnej;
- 2) sposób i terminy ubiegania się o pomoc materialną;
- 3) sposób wyłaniania studentów, którym będzie przyznawana pomoc materialna;
- 4) maksymalną wysokość pomocy materialnej, o którą może ubiegać się student.

Art. 173a został dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 202, poz. 1553), zmieniającej niniejszą ustawę z dniem 16 grudnia 2009 r. Wówczas przepisy, na przykład uchwały Nr XLI/529/01 Rady Miejskiej w Chorzowie z dnia 21 czerwca 2001 r.¹⁷, w zakresie, w jakim dotyczyły studentów, utraciły moc obowiązującą, zostały bowiem wydane na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 14a ustawy o samorządzie gminnym¹⁸.

Pomimo wejścia w życie wyżej wymienionych zmian wiele rozstrzygnięć decyzyjnych było wydanych w oparciu o uchwałę podjętą przed wejściem w życie zmian w przepisach prawa materialnego. Zatem decyzje były wydawane bez podstawy prawnej, gdyż nastąpiło wygaśnięcie mocy obowiązującej aktu prawa miejscowego¹⁹.

Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż do podstawowych przesłanek implikujących wygaśnięcie mocy obowiązującej aktu prawa miejscowego należy zaliczyć:

- upływ czasu, na jaki akt został wydany;
- zmiana w podziale terytorialnym;
- przemianę zdarzenia, będącego podstawą wydania normy;
- wydanie późniejszego aktu w tym samym przedmiocie;
- uchylenie podstawy prawnej, zawierającej upoważnienie do wydania aktu²⁰.

Przepis art. 18 ust. 2 pkt 14a ustawy o samorządzie gminnym ma charakter przepisu kompetencyjnego i przesądza o tym, że jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej niż ustawa o samorządzie gminnym, to przekazane gminie zadania w zakresie udzielania stypendium realizuje w drodze podejmowanych uchwał rada gminy, określając zasady ich udzielania (wyrok NSA z dnia 29 maja 2009 r., sygn. akt I OSK 178/09²¹).

Wyraźnym naruszeniem upoważnienia ustawowego są uchwały Rady Miasta w Piekarach Śląskich z dnia 25 października 2012 r. Nr XX II 326/12, z dnia 25 października 2012 r. Nr XX II 325/12 oraz z dnia 25 października 2012 r. Nr XX II 324/12 w sprawie rozpatrzenia odwołania od decyzji o nieprzyznaniu stypendium. Podstawą prawną wyżej wymienionych uchwał jest art. 18 ust. 2 pkt 14a ustawy o samorządzie

¹⁷ www.bip.chorzow.eu/index.php?=-134804581617795237 [dostęp 5.02.2019].

¹⁸ Zmiana wprowadzona ustawą z dnia 11 kwietnia 2001 r., Dz. U. Nr 45, poz. 497.

¹⁹ Uchwała Nr XLI/529/01 Rady Miejskiej w Chorzowie z dnia 21 czerwca 2001 r.

²⁰ D. Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu* ..., s. 393 i n.

²¹ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

gminnym oraz § 2 pkt 2 i § 5 pkt 4 i 5 uchwały Rady Miasta z dnia 8 lutego 2007 r. Nr V/39/07. Tymczasem uchwała Rady Miasta w Piekarach Śląskich z dnia 8 lutego 2007 r. Nr V/39/07 nie mogła być podstawą prawną do udzielania stypendiów dla uczniów i studentów, jak również podejmowania na jej podstawie uchwał w sprawie rozpatrywania odwołań od decyzji, nie została bowiem ogłoszona w wojewódzkim dzienniku urzędowym, pomimo że zawierała normy o charakterze zarówno powszechnym, generalnym, jak i abstrakcyjnym²².

Postępowanie w sprawie udzielenia stypendium jest postępowaniem administracyjnym, do którego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego²³. Zauważyć należy, że organem właściwym do rozpatrywania odwołań jest Samorządowe Kolegium Odwoławcze. Rada miasta nie jest organem wyższego stopnia i nie była uprawniona do ich rozpatrywania²⁴.

Jak pisze J. Świątkiewicz, największą trudnością w działalności organów administracji publicznej jest brak precyzji regulacji prawnych form działania organów bądź niewłaściwe jej zastosowanie. Kwestia zastosowania formy to także sprawa zakresu ochrony praw obywatelskich i innych podmiotów²⁵.

Istotną sprawą dotyczącą procesu prawotwórczego jest publikacja aktów prawa miejscowego. Stosownie do art. 88 Konstytucji RP warunkiem wejścia w życie aktów prawa miejscowego jest ich ogłoszenie. Ogłoszenie stanowiących przez organy samorządu terytorialnego aktów następuje na zasadach określonych ustawą z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych²⁶. Urzędowa publikacja aktu prawa miejscowego realizuje zasadę jawności prawa i przejrzystości porządku prawnego, ma również gwarantować ich adresatom możliwość zaznajomienia z ich treścią. Jak podkreśla W. Gromski, publikacja aktu prawa miejscowego w dzienniku urzędowym jest „kwalifikowaną formą publikacji, tzn. oficjalnym, urzędowym podaniem treści aktu normatywnego do wiadomości publicznej i zarazem koniecznym warunkiem obowiązywania norm prawnych zawartych w akcie”²⁷. Trybunał Konstytucyjny w swoich wyrokach wie-

²² L. Zacharko, *Problemy legislacji samorządowej...*, s. 802-803.

²³ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2096 ze zm.

²⁴ Rozstrzygnięcia nadzorcze Wojewody Śląskiego z dnia 5 grudnia 2012 r. Nr NP.II.4131.1.602.2012, z dnia 5 grudnia 2012 r. Nr NP.II.4131.1.602.2012 oraz z dnia 5 grudnia 2012 r. Nr NP.II.4131.1.594.2012 www.bip.piekary.pl/?c=714 [dostęp 4.02.2019].

²⁵ J. Świątkiewicz, *Problemy legislacyjne prawa administracyjnego w świetle działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Legislacja Administracyjna” 1993, nr 4, s. 61.

²⁶ T.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1461.

²⁷ W. Gromski, *Ogłoszenie aktu normatywnego*, [w:] A. Preisner (red.), *Słownik wiedzy o Sejmie*, Warszawa 2001, s. 108.

lokrotnie podkreślał, iż czynność ogłaszania aktu normatywnego jest społecznie doniosła²⁸, posiada podstawowe znaczenie w demokratycznym państwie prawa.

W odniesieniu do aktów prawa miejscowego zasady ich publikowania są niejednolite. Wyjątek stanowią przepisy o charakterze porządkowym, gdzie przewidziano dodatkową ich publikację w drodze obwieszczeń, a także w sposób zwyczajowo przyjęty na danym terenie lub w środkach masowego przekazu²⁹. W literaturze przedmiotu prowadzony jest dyskurs co do zgodności powyższego rozwiązania z Konstytucją³⁰.

Przechodząc go głównego nurtu rozważań, należy podkreślić, iż regulaminy w sprawie pomocy materialnej zarówno uczniom, jak i studentom są przepisami prawa miejscowego i wymagają publikacji. Nieogłoszenie wyżej wymienionego aktu bądź wadliwość tego ogłoszenia powoduje, że uchwała nie wchodzi w życie.

Zdaniem S. Wronkowskiej nieogłoszony akt prawa miejscowego nie może stać się elementem systemu, a zatem nie może wejść w życie. Norma nieogłoszona jest normą niewiążącą, dlatego z jej przekroczeniem nie można wiązać żadnych konsekwencji prawnych³¹.

Zakończenie

Mając na uwadze znaczną aktywność prawodawczą jednostek samorządu terytorialnego, należy stwierdzić, iż akty podejmowane przez ich organy muszą posiadać określoną treść, formę prawną i zostać opublikowane. Model publikacji aktów prawa miejscowego jest jedną z fundamentalnych zasad tworzenia prawa. Istotne jest przy tym przestrzeganie zasad techniki prawodawczej³².

W praktyce stanowienia uchwał dotyczących udzielania pomocy o charakterze socjalnym można zaobserwować różne nieprawidłowości, zwłaszcza dotyczące kwestii proceduralnych³³.

²⁸ Orzeczenie TK z dnia 1 czerwca 1993 r., P 2/92, OTK 1993, nr 2, poz. 20, czy orzeczenie TK z dnia 24 maja 1994 r., K 1/94, OTK 1994, nr 1, poz. 10.

²⁹ Art. 14 ust. 2 i 3 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych.

³⁰ M. Szewczyk, *Prawo miejscowe w świetle przepisów nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Legislacyjny” 1997, nr 4, s. 17 i n.; D. Dąbek, *Prawo miejscowe samorządu...*, s. 307; K. Podgórski, Cz. Martysz, *Samorząd powiatowy – praktyczny komentarz*, Katowice – Zielona Góra 1998, s. 137.

³¹ S. Wronkowska, *Ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 5, s. 11.

³² Szerzej nt. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993; J. Kunert, *Zasady techniki prawodawczej w procesie stanowienia prawa miejscowego*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 1-2.

³³ M. Lewandowicz-Machnikowska, *Regulacja prawna socjalnego wsparcia dla osób o niskich dochodach*, *Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, nr 33, Wrocław 2013, s. 208. Jak podkreśla Autorka „o licznych nieprawidłowościach świadczą m.in. raporty Najwyższej Izby Kontroli”.

Bibliografia

- Dąbek D., *Prawo miejscowe samorządu terytorialnego*, Bydgoszcz – Kraków 2003.
- Dąbek D., *Prawo miejscowe w konstytucyjnym systemie źródeł prawa*, [w:] A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005.
- Dolnicki B., *Akty prawa miejscowego samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 2004, nr 5.
- Gebethner S., *Propozycje doskonalenia procesu programowania (planowania) prac legislacyjnych w rządzie i Sejmie*, [w:] *Tworzenie prawa w Polsce – ocena i preferowane kierunki zmian. Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 1.
- Gromski W., *Ogłoszenie aktu normatywnego*, [w:] A. Preisner (red.), *Słownik wiedzy o Sejmie*, Warszawa 2001.
- Kunert J., *Zasady techniki prawodawczej w procesie stanowienia prawa miejscowego*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 1-2.
- Lewandowicz-Machnikowska M., *Regulacja prawna socjalnego wsparcia dla osób o niskich dochodach*, Prace Naukowe Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, nr 33, Wrocław 2013.
- Milart-Szostak K., *Przestrzeganie prawa przez administrację lokalną w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 12.
- Ochendowski E., *Prawotwórcza funkcja gminy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1991, nr 2.
- Podgórski K., Martysz Cz., *Samorząd powiatowy – praktyczny komentarz*, Katowice – Zielona Góra 1998.
- Szewczyk M., *Prawo miejscowe w świetle przepisów nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Legislacyjny” 1997, nr 4.
- Świątkiewicz J., *Prawo miejscowe pod rządem Konstytucji z 1997 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 2000, nr 1.
- Świątkiewicz J., *Problemy legislacyjne prawa administracyjnego w świetle działalności Naczelnego Sądu Administracyjnego*, „Legislacja administracyjna” 1993, nr 4.
- Wronkowska S., *System źródeł prawa w nowej Konstytucji RP*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich” 2000, nr 38.
- Wronkowska S., *Ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 5.
- Wronkowska S., Zieliński M., *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993.
- Zacharko L., *Instrumenty lepszego stanowienia prawa administracyjnego – implikacje dla jego stosowania (kilka uwag dyskusyjnych)*, [w:] D.R. Kijowski, J. Radwanowicz-Wanczewska, M. Wincenciak (red.), *Kryzys prawa administracyjnego*, t. IV. *Wykładnia i stosowania prawa administracyjnego*, Lex a Wolters Kluwer, SEAP, Warszawa 2012.
- Zacharko L., *Problemy legislacji samorządowej w zakresie pomocy społecznej i wsparcia socjalnego (wybrane zagadnienia)*, [w:] B. Dolnicki (red.), *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Zdyb M., *Dylematy ładu prawnego w kontekście inflacji i niektórych innych niedoskonałości prawa administracyjnego*, [w:] J. Jagielski, M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne. Dziś i jutro*, Warszawa 2018.

Zagadnienia prawa prywatnego

Rafał Blicharz¹*Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska*
Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego
ORCID 0000-0002-3826-519X

Succession management of a natural person's enterprise in Poland. Outline of the regulation

Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej w Polsce. Zarys regulacji

Abstract

The subject of the article is a newly established in the Polish legal system institution of the succession management board of a natural person's enterprise. The article presents individual components of this institution, starting from the appointment of a succession manager, the legal and business requirements imposed on him, through his legal relationships with heirs entitled to inherit the enterprise after the deceased entrepreneur and the legal relationships that occur between the succession manager and business partners, consumers and employees of the existing enterprise, to the issues related to the legal and administrative consequences of the succession of the enterprise. The article ends with comments devoted to a specific situation in which the enterprise is run as a part of a civil partnership of partners who are natural persons. Issues related to the loss of authorization to perform the function of a manager and the expiry of the succession board together with the evaluation of the functioning of the regulations close the structure of the article.

Keywords

enterprise, entrepreneur, inheritance, management, natural person, succession

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest nowo utworzona w polskim systemie prawnym instytucja zarządu spadkowego przedsiębiorstwa osoby fizycznej. W artykule przedstawiono poszczególne elementy składowe tej instytucji, począwszy od powołania zarządcy spadku, nałożone na niego wymogi prawne i ekonomiczne, poprzez stosunki prawne ze spadkobiercami uprawnionymi do dziedziczenia przedsiębiorstwa po zmarłym przedsiębiorcy oraz stosunki prawne zachodzące pomiędzy zarządcą spadku a partnerami biznesowymi, konsumentami i pracownikami istniejącego przedsiębiorstwa, aż po kwestie związane z prawnymi i administracyjnymi skutkami sukcesji przedsiębiorstwa. Artykuł, choć nie rozwija zagadnienia, to jednak wskazuje na szczególną sytuację przedsiębiorstwa prowadzonego w ramach spółki. Kwestie związane z utratą uprawnień do pełnienia funkcji zarządcy i wygaśnięciem zarządu spadkowego wraz z oceną funkcjonowania przepisów zamykają strukturę artykułu. Artykuł ma charakter opisowy i jego głównym celem jest przedstawienie czytelnikom obcojęzycznym przedmiotowej konstrukcji prawnej.

¹ Dr hab. Rafał Blicharz is a professor of the Silesia University in Katowice, Poland; chairman of the Department of the Public Business Law at the Institute of Law.

Słowa kluczowe

przedsiębiorstwo, przedsiębiorca, sukcesja, dziedzictwo, dziedziczenia, osoba fizyczna

Running a business by a natural person may not only be a source of revenue, but may also provide a particular emotion. Often economic activity, business activity is a form of human self-realization. This happens especially when the performed activity is at the same time his passion, or otherwise, passion is realized through the performed business activity. Undoubtedly, running an individual business gives a specific professional freedom, which usually is not experienced by people working on the basis of a contract of employment. It is not about this normatively defined freedom, the limits of which are determined primarily by the norms of public law, but by the internal freedom of man. Responsibility is inseparably combined with freedom. Responsibility is considered in legal, moral and ethical terms². Responsibility for oneself, one's work, often also other people. This is one of the reasons why not everyone is predisposed to run a business. Further, responsibility immanently imposes obligations. Time and work, which the entrepreneur devotes to the business activity, tighten his relationship with the enterprise. A strong emotional relationship between the entrepreneur and the activity or enterprise may also be shared by members of the entrepreneur's family, not only when the enterprise is of a family nature. Consequently, from the point of view of the close relatives of the entrepreneur, his enterprise acquires a special status. Of course, it is determined first and foremost by the material situation of the family and the profitability of the enterprise. However, the possible emotional relation with the achievements of the entrepreneur's life should not be underestimated. This relationship may take on a special character, especially after the death of the entrepreneur. In such a situation, it is a special legacy of the deceased.

Until 2018, the legal status of a natural person's enterprise after death was not clearly regulated. The legislation in force at the time did not, in principle, provide for the possibility of continuing economic activity after the deceased. The case became significantly more complicated if the business activity conducted was regulated. A natural person conducting business activity, wishing to ensure the smooth functioning of the company after his death, should have taken certain previous steps to this end. She/h could, for example, transform the enterprise into a commercial company, contribute it as an in-kind contribution to another enterprise, or make a donation or sale of the enterprise³. This state was significantly modified by the Act of 24 August 2018 on the succession

² See the judgment of the Polish Constitutional Tribunal of 26 June 2019, ref. no. K 16/17, in the so-called case of the printer and the position of the Sejm in this case (letter of 22 March 2018).

³ See: R. Blicharz, *Successive Management Board of the company inherited*, Warsaw 2019, p. 7 et seq.; M. Pazdan, *Successive administrator and executor of the will*, [in:] Dańko-Roesler A. (ed.), Leśniak M. (ed.),

management of a natural person's enterprise⁴, introducing an additional, optional and temporal solution. The Act regulates the rules of temporary management of an enterprise after the death of an entrepreneur who, on his own behalf, carried out economic activity on the basis of an entry in the Central Register and Information on Economic Activity⁵ and continuation of economic activity carried out with the use of this enterprise. The basic aim of the Act is therefore to regulate the possibility of continuing business activity after the death of the entrepreneur by persons indicated in the Act for a specified period of time⁶. This very important issue directly affects the legal situation not only of the heirs and legatees of the deceased entrepreneur, but also, possibly, his employees, contractors with whom he cooperated, as well as consumers who used services / purchased products / entrepreneurs. We should positively assess the legislator's perception of the need to regulate these issues both in the context of the functioning of the enterprise itself and the protection of the market.

The solutions introduced by the Act are optional. The persons indicated in the law who are entitled to the enterprise after the death of the entrepreneur may or may not use the institution of the succession management of the enterprise of the natural person. This means that after the death of the entrepreneur the enterprise is subject to the general principles of succession, however, if the persons indicated in the law wish to manage it on the basis of the law, then it is also subject to the regime of the law on succession management of the enterprise of a natural person. This is of key importance for both current and long-term operations of the enterprise. It should be emphasized that although the succession board regulated by the Act is not permanent in nature, i.e. it is established only for a specified period of time (until the succession board expires), the solutions adopted in the Act refer to key aspects of conducting business activity allowing it to continue even if it has been conducted so far on the basis of an administrative decision or an entry in a specific register of regulated activity (regulated activity).

The central point of the act is the enterprise remaining after the death of the entrepreneur. The Act calls it an inherited enterprise and, as a rule, by not granting it the status

Skory M. (ed.), Sołtys B. (ed.), *Ius Est Ars Boni et Aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018, p. 885.

⁴ The Act of 24 August 2018, Journal of Laws. 2018.1629, hereinafter referred to as the Act.

⁵ The Act of 6 March 2018 on Central Records and Information on Business Activity and Information Point for Entrepreneurs, Journal of Laws 2018.647, hereinafter referred to as the CEIDG Act.

⁶ These persons are listed in Article 14 of the Act. They include: the spouse of the entrepreneur who is entitled to share in the company in the inheritance, the statutory heir of the entrepreneur, or the testamentary heir of the entrepreneur or the debt collection legatee who, according to the will announced, is entitled to share in the company in the inheritance. Only in the margin of these arguments, it is worth noting that the legislator probably misused conjunctions when indicating the above mentioned persons, resulting in doubts as to the determination of the circle of persons authorized to perform specific so-called behavioural actions after the death of the entrepreneur. Ultimately, entitled persons become the so-called owners of an inherited enterprise (Article 3 of the Act).

of a legal entity⁷, stipulates that it includes intangible and tangible assets intended for business activity by the entrepreneur, constituting the property of the entrepreneur at the time of his death⁸. It also includes intangible assets intended for business activity, acquired by a succession manager or on the basis of conservative activities (referred to in Article 13 of the Act), in the period from the moment of entrepreneur's death until the date of expiration of the succession management board or expiration of the right to appoint a succession manager. Such an inherited regulation of the enterprise deviates slightly from the regulation of the enterprise in the light of the civil code⁹. The difference comes down to the fact that there is no need for an organised link between a group of components forming the enterprise in the inheritance. The definition of an inherited enterprise is of key importance in the Act, determining its application in specific circumstances. Depending on the adopted approach to the enterprise – subjective or functional – the act may (or may not) be applied¹⁰. The rule is that entrepreneurs conducting business activity use property, components necessary for its execution. These components constitute an organized set of intangible and tangible elements, i.e. an enterprise in the material sense¹¹. A problem arises when a given entrepreneur runs a business and does not have an enterprise in the material sense¹². In the absence of the enterprise in the material sense, it is possible to increase the inability to apply the institution of succession management, because there is no enterprise inherited. The situation may be rescued by the adoption of the view that the Act on succession management of an enterprise of a natural person, in so far as it defines the enterprise in the inheritance, also refers to the functional significance of the enterprise. In such a situation, however, serious doubts may arise as to the legitimacy of establishing a succession board.

⁷ See e.g. Article 14n §1(3) of the Act of 29 August 1997, OJ. 2018,800 as amended, tax ordinance. For more details see also R. Blicharz, *Succession Board ...*, p. 65 et seq.

⁸ The subject of the Act is only such enterprise of the entrepreneur who has registered with CEIDG. Therefore, it is not possible to take over the succession management of a company which was run outside the CEIDG register. This applies, among others, to the so-called unregistered activity referred to in Article 5 of the Act of 6 March 2018 on the entrepreneurial rights (Journal of Laws 2019.1292).

⁹ Act of 23 April 1964 on the Civil Code, Journal of Laws 2019.1145.

¹⁰ I'm omitting subjective, for obvious reasons.

¹¹ See E. Gniewek [in:] E. Gniewek (ed.), P. Machnikowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017, p. 117 et seq.; M. Habdas, *Przedsiębiorstwo jako przedmiot stosunków prawnorzeczowych*, Katowice 2007, p. 63 et seq.; M. Litwińska, *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie handlowym i cywilnym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu (II)*, "Przegląd Prawa Handlowego" 1993, No 2.

¹² Compare justification of resolutions. SN of 17 March 1993, III CZP 30/93, OSN 1993, No. 9, item 154; orz. SA in Warsaw of 16 October 1993, I ACr 678/93, OG 1993, No 4, item 83. See also: M. Habdas, *Przedsiębiorstwo ...*, p. 48; M. Litwińska, *Pojęcie przedsiębiorstwa ...*, pp. 8-9; E. Gniewek [in:] E. Gniewek (ed.), P. Machnikowski (ed.), *Kodeks cywilny ...*, p. 91; M. Pazdan [in:] K. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny...*, Volume I, Warszawa 2004, p. 133; M. Szydło, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, "Przegląd Sądowy" 2002, No. 7-8; R. Blicharz, *Succession Board ...*, p. 45 et seq.

In addition to the regulation of the enterprise in the succession, the Act regulates the rules for the appointment of a succession manager, general principles for the performance of this management board and the conduct of the enterprise in the succession, relations between the owners of the enterprise in the succession and the succession manager, significantly modifies the legal consequences of the death of the entrepreneur in the event that he ran a regulated business activity, also applies to the situation in which the entrepreneur was a partner in a civil partnership. The institution of succession management of an inherited enterprise, introduced by the Act, forced the introduction of many changes in the legal and financial consequences of the death of an entrepreneur. As it has been already mentioned above, the succession board is temporal in nature, therefore the Act also regulates the prerequisites for the cessation of the succession board.

The succession administrator may be appointed by the entrepreneur himself or after his death by persons indicated in the Act (in the light of Article 12 of the Act, they are the spouse of the entrepreneur who is entitled to participate in the enterprise in the inheritance, or the statutory heir of the entrepreneur who accepted the inheritance, or the testamentary heir of the entrepreneur who accepted the inheritance, or the legatee of the debt collection who accepted the debt collection legacy, if according to the announced will they are entitled to participate in the enterprise in the inheritance¹³). The law calls these persons the owners of the enterprise in the inheritance (or a share in it)¹⁴. The nomenclature of the Act in this respect differs from the hitherto accepted understanding of the term „owner”, as well as the very phrase „owner of the enterprise in the inheritance” seems unfortunate. The process of appointing a succession manager consists of two stages. The first is the appointment of a succession manager, the second is its appointment. According to Article 6 of the Act, this process requires the appointment of a succession manager, then the consent of the person appointed as the succession manager to perform this function and finally make an entry to the Central Records and Information on the Business Activity of the succession manager¹⁵.

¹³ Only by the way, it is worth noting the change in the existing regulation of the Civil Code with regard to the subject of the debt collection clause. According to the literal interpretation of Article 981¹ § 2 point 3 of the Civil Code, only an enterprise within the meaning of Article 55¹ of the Civil Code may be the subject of a debt collection provision. However, the Act provides expressly for the possibility of establishing the subject of a debt collection clause also as a subject of a shareholding in an enterprise, which until now has been considered inadmissible. Cf. E. Kremer, *The institution of a debt collection clause and spouses* [in:] M. Pecyna (ed.), J. Pisuliński (ed.), M. Podrecka (ed.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013; P. Książak, *Zapis windykacyjny*, Warsaw 2012; S. Wójcik, F. Zoll, *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, volume 10, B. Kordasiewicz (ed.), Warszawa 2013; L. Kaltenbek, W. Żurek, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2012.

¹⁴ These persons also include a potential inherited purchaser of the enterprise – Article 3 of the Act. See more in detail: R. Blicharz, *Succession Board ...*, s. 11–12.

¹⁵ Look at the wider picture: P. Bajer, *Successive management of a company of a natural person. Questions and answers. Templates of letters. Law*, Warszawa 2019, p. 50 et seq.; R. Blicharz, *Successive Board...*, p. 13 et seq.

A succession manager is a person who runs an enterprise inherited after the death of the entrepreneur. It is worth noting the circumstances in which the person performing this function performs the duties entrusted to him/her. After the death of the entrepreneur, the family usually does not concentrate on running the enterprise, but experiences the death of the closest person. In these circumstances, a person acting as a succession manager should enjoy special trust of the entrepreneur and his family. Therefore, the Act does not impose any specific restrictions on the person of the succession manager, introducing only minimum safeguards in this respect. Thus, according to the Act, a succession administrator may be only a natural person having full capacity to perform legal acts, against whom a ban on conducting business activity, referred to in Article 373 paragraph 1 of the Bankruptcy Act¹⁶, or a penal measure or a protective measure in the form of a ban on conducting specific business activity, covering business activity performed by an entrepreneur or business activity within the scope of asset management (Article 8 of the Act), has not been legally ruled against. It should be noted here that if the entrepreneur's activity was a regulated activity, the prerequisite for its continuation after his death may be that the manager obtains a succession administrative decision confirming the possibility of its continuation. The Act provides that such a decision may be issued after the conditions required to obtain a regulatory decision have been fulfilled (Article 38(2) of the Act). Therefore, it is reasonable to appoint as successor manager a person who meets or can meet the requirements of the law in this respect.

After the death of the entrepreneur, if no succession manager has been appointed by him, until the establishment of the succession management board of the enterprise are managed by persons authorized to perform conservative actions, indicated in Article 14 of the Act¹⁷. The succession administrator takes over the obligations related to running an inherited business only from the moment of establishing the board, i.e. if it was appointed by the entrepreneur – from the moment of his death, and if it was appointed after his death, from the moment of making an entry in the CEiDG. From the moment of taking over the management of an inherited enterprise, the owners of the enterprise and the succession manager establish a legal relationship regulated by the Act. To some extent, it may also be shaped by a contract, but only within the scope of disposable provisions. This agreement may be concluded with the succession manager by the entrepreneur himself. Since it concerns the enterprise and is not closely connected with the entrepreneur, the property rights and obligations arising from it will, upon the entrepreneur's death, be transferred on the basis of Article 922 of the Civil Code to the heirs inheriting

¹⁶ Act of 28 February 2003, Journal of Laws. 2019.498.

¹⁷ See footnote 5. Once the decision to declare an acquisition of succession has become final, to register an act of succession certification or to issue a European Certificate of Succession, these transactions may be carried out only by the business owner of the succession.

the right to the enterprise or to the debt collection legatees. If the entrepreneur has not concluded such an agreement with the successor manager, the persons authorised to appoint him may do so after the death of the entrepreneur. The agreement to administer the succession is an unnamed, consensual, cautious and mutually binding agreement and may be for a fee. It is structurally similar to a managerial agreement¹⁸.

The succession manager acts in his own name and on behalf of the owners of the inherited company. This solution corresponds to the construction of an indirect substitute (e.g. bankruptcy trustee, commissioner)¹⁹. The structure of a succession administrator has, however, a certain specificity. As a rule, it is assumed that an indirect deputy performs a legal act on his/her own behalf and the effects of this act directly concern his/her property sphere. Since an indirect deputy acts on behalf of another person, he or she is obliged to settle accounts with the replaced person on whose behalf he or she acted. On the other hand, the effects of actions taken by a succession manager in the course of managing an inherited enterprise are directly related to the assets belonging to that enterprise. The liabilities incurred by the succession manager and rights acquired by him within the framework of running the enterprise inherited by virtue of the Act are included in the assets of the enterprise in the inheritance. Therefore, it is not necessary to perform separate legal actions, which should transfer these liabilities (rights) to the property mass, which is created by the inherited company in order to settle with its owners²⁰.

Running an inherited enterprise is connected with the necessity to take legal actions, including in particular making decisions. A succession administrator is empowered to independently perform ordinary management actions in matters arising from the running of the business inheritance without the need to consult the owners of the business inheritance. The succession manager's performance of activities exceeding the scope of ordinary management requires the consent of all the owners of the enterprise in the succession, and in the absence of such consent – the permission of the court (Article 22 par. 2 of the Act). In a special way, the Act protects persons who have no legal capacity to perform acts in law, or whose capacity is limited. On its basis, the guardianship court restricts the succession management of such a person's property, if it is necessary to ensure the proper management of its property. This limitation consists in indicating which activities in the scope of succession management with the assets of such a person cannot be performed without the permission of the court, or subjects the succession manager to other restrictions to which the guardian is subject (Article 23 of the

¹⁸ See J. Jacyszyn (ed.), *Spółki handlowe. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2010, p. 242 et seq.

¹⁹ See Article 160 of the Act of 28 February 2003, Bankruptcy Law, OJ C 302, 31.12.2003. 2019.498. See more details: R. Adamus, *Przedsiębiorstwo upadłego w upadłości likwidacyjnej*, Warszawa 2011, p. 67 et seq.; M. Hejbudzki, [in:] K. Deputat et al., *Ustrój prawny przedsiębiorców*, Olsztyn 2006, p. 74.

²⁰ For more information see R. Blicharz, *Succession Board...*, p. 37 et seq.

Act)²¹. The succession administrator may sue and be sued in matters arising from the conduct of the business inheritance. He/she also has the right and obligation to participate in administrative, tax and court-administrative proceedings in such cases. In proceedings in such cases, the succession administrator acts in its own name, on behalf of the owner of the inherited enterprise. Therefore, the succession administrator holds the position of a party in the formal sense of these proceedings, while the owners of the inherited enterprise are parties in the material sense²². It seems that if a specific administrative, tax or court-administrative proceeding was initiated while the entrepreneur was still alive and the succession administrator was appointed upon his death (i.e. in the case of the appointment of the succession administrator by the entrepreneur), he or she smoothly takes over the place of the existing entrepreneur in the proceeding. In the case of a public administration body conducting proceedings under the Code of Administrative Procedure²³, there are no grounds for suspending the proceedings (Article 97 §1 point 1 of the Code of Administrative Procedure)²⁴. In the case of tax proceedings, the death of a party is the basis for mandatory suspension of proceedings (Article 201 §1 point 1 of the Tax Ordinance)²⁵. However, the Act on succession management of a natural person's enterprise has amended Article 205a of the Tax Ordinance, according to which the tax authority undertakes ex officio suspended proceedings when the reason for suspension ceases to exist, including, inter alia, after determining the succession manager in matters covered by the succession management board²⁶.

An important component of any enterprise is the legal relationship in which the entrepreneur remains. At the moment of his death, in accordance with the inheritance law, part of the rights and obligations arising from the succession enters into the inheritance. The arrangements in this respect do not take place either immediately or automatically when the inheritance is opened. From the perspective of the company and the people involved (consumers, contractors, employees), this poses a serious risk. This creates a state

²¹ See e.g. Articles 109, 165, 166 of the Act of 25 February 1964, Family and Guardianship Code, OJ C 304, 23.12.1964. 2017.682 as amended, hereafter referred to as *krio*.

²² For a broad description of a party to administrative proceedings, see: Hauser R. (ed.), Wierzbowski M. (ed.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2018, p. 225 et seq., together with the literature and case-law cited there.

²³ Act of 14 June 1960, Code of Administrative Procedure, Journal of Laws. 2018.2096, hereinafter referred to as "the Code of Administrative Procedure", hereafter referred to as *kpa*.

²⁴ Article 97 §1 point 1 of the Code of Administrative Procedure refers to Article 30 §5 of the Code of Administrative Procedure, where it refers to persons administering the estate of the estate. It seems that within the framework of persons administering the estate, there is also a succession administrator. Cf. R. Hauser (ed.), M. Wierzbowski (ed.), *Kodeks postępowania administracyjnego...*, p. 378 et seq. and 710 et seq.

²⁵ Act of 29 August 1997, Journal of Laws. 2019.900.

²⁶ For more information see: A. Mariański (ed.), *Planowanie sukcesyjne. Prawne i podatkowe aspekty zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej*, Wolters Kluwer Polska 2019; R. Blicharz, *Succession Board...*, p. 64 et seq.

of uncertainty as to the further fate of the legal relationship established during the life of the entrepreneur. Bearing it in mind, the legislator has introduced the right of deterrence (Article 30 par. 2 of the Act). It consists in the possibility of withholding the performance of obligations by each of the parties to the contract²⁷. It is created at the moment of the entrepreneur's death and lasts until the establishment of a succession board²⁸. In addition, the run of deadlines for the performance of contract and deadlines for the performance of other obligations or rights under the contract does not begin, and is suspended in the period from the date of death of the entrepreneur to the date of establishment of the succession board, and if the succession board has not been established – until the date of expiry of the right to appoint a successor manager (Article 30 par. 3 of the Act). The Act devotes a separate place to the regulation of employment contracts. In view of the need to ensure possible continuity of employment relationships, the Act on succession management of a natural person's enterprise amended the Labour Code²⁹ by supplementing its provisions with situations related to the establishment of succession management³⁰.

Legal enforcement of the institution of succession management to the Polish legal system forced the modification of the regulation of running a regulated business activity after the death of the entrepreneur. Bearing the above in mind, the Act on succession management of a natural person's enterprise collectively calls concessions, permits, licences and permits issued to an entrepreneur in the form of an administrative decision, which are related to the business activity performed by the entrepreneur, decisions related to the enterprise (Article 36 of the Act). The Act adopts a rule according to which, in the event of the death of an entrepreneur, decisions related to the enterprise expire. However, due to the purpose of the Act, which is to extend the functioning of the enterprise after the death of the entrepreneur, the Act introduced a special prolongation period for the validity of decisions related to the enterprise, which is 3 months, counted from the date of establishment of the succession board, and if it was not established, this period is 6 months from the date of the death of the entrepreneur. During the pro-

²⁷ However, the other party to the contract concluded by the trader may not withhold performance if the person referred to in Article 14 gives a consideration in return. In this case, the other party's performance period starts from the day on which the service is offered. With respect to this legal construction, the relevant remarks made in the doctrine and case-law on the basis of Article 488 §2 of the Civil Code, Article 490 §1 of the Civil Code and Article 496 of the Civil Code remain valid.

²⁸ However, the right of deterrence does not solve the problem in the case of the appointment of a successor manager by an entrepreneur. The appointment of a succession manager takes place in this situation at the same time, i.e. at the moment of the death of the entrepreneur. In these circumstances, the right of retention will not arise at all. Similarly, if the succession manager has been appointed by the entrepreneur, the run of deadlines for performance of the service and deadlines for the performance of other obligations or rights under the contract will not be stopped or suspended. This is a significant shortcoming of the Act. For more details see R. Blicharz, *Succession Board ...*, p. 69 et seq.

²⁹ Act of 26 June 1974, Journal of Laws 2019.1040.

³⁰ Look at the wider picture: M. Zbucka, *Skutki prawne śmierci pracodawcy*, LCI 2018.

longation period, the succession administrator may request the competent authority to issue a decision under which the existing decision related to the enterprise may continue to be in force, i.e. it will not expire³¹. Such a decision was called a decision confirming the possibility of executing a decision related to the enterprise (Article 38 of the Act). A decision confirming the possibility to execute a decision related to the enterprise does not, however, solve the problem of the possibility for the owner of the enterprise to continue the business activity inherited when the succession board ceases. In order to prevent the expiration of the business decision after the succession board ceases, the owner of the inherited business should request the transfer of the decision from the competent authority. The request should be made within 6 months from the date of death of the entrepreneur if no successor administrator has been appointed or if the board of directors has expired. Since it is possible for a succession administrator to simultaneously apply for a decision confirming the enforceability of a decision relating to an undertaking and for the inherited owner of the undertaking to transfer that decision to it, the legislator makes both procedures mutually dependent, giving higher priority to the procedure initiated on the request of the succession administrator. In the case of concurrence of such proceedings³², the body conducting them is obliged to suspend ex officio the proceedings instituted at the request of the owner of the enterprise in the succession (Article 37 paragraph 2 of the Act)³³. In this way, a collision of exercising rights and obligations resulting from a decision related to the enterprise is prevented, which, if it were not for this regulation, would be available to both the succession manager and the owner of the enterprise inherited (or a partner in a civil partnership in which the deceased entrepreneur was a partner). After the expiration of the succession board, suspended proceedings on the motion of the owner of the enterprise in the inheritance are undertaken ex officio. The possibility of transferring an administrative decision to a third party should be considered as an exception to the rule. The rule is that an administrative decision is stable, which, in combination with the double concreteness of the decision – as regards the person and the case – means that it is not possible

³¹ It is worth noting that the prorogation periods specified in Article 37(1) of the Act may be extended if the entitled applicant submits an appropriate application and the period of 3 or 6 months expires respectively before a decision terminating the proceedings is issued. In such a situation, the decision related to the enterprise does not expire despite the lapse of the indicated deadline. However, if a decision related to the enterprise was issued for a definite period of time (e.g. a concession for security services for persons and property), and its expiry date falls within the prolongation period, the decision expires on the date on which it was issued. For more details see R. Blicharz, *Succession Board ...*, p. 77 et seq.

³² This is only possible under Art. 42 of the Act if the first application is filed by the owner of the enterprise inherited.

³³ Furthermore, in order to avoid prolonging the uncertainty as to the person entitled to exercise the rights and obligations arising from the decision relating to the undertaking, the suspension decision is not open to challenge.

to change the administrative decision³⁴. However, the principle of the durability of an administrative decision is not absolute. An example of exception to this principle is the essence of the succession board structure combined with the need to enable the continuation of business activity by the legal successors of the entrepreneur, even after the termination of the succession board³⁵.

The regulation of the act is supplemented by provisions concerning legal consequences of the death of a civil partnership partner, which take into account the specificity of conducting business activity in this legal form. The loss of the authorization to perform the function of a manager and the expiry of the succession board close the construction of the succession board normalized by the law. Relatively few provisions refer to issues related to liability related to both the appointment of a succession manager and the performance of the management board. It concerns the liability towards the succession manager, the owners of the company inherited and third parties in various configurations. In this respect, it is essential to refer to the relevant provisions of the Civil Code.

The law on the succession management of a natural person's enterprise allows for a smooth takeover of the management of the enterprise after the death of the entrepreneur. In this respect, it provides a constructive solution to the existing difficulties faced by the employees of the entrepreneur, his contractors, consumers and the closest relatives at the time of the inheritance's opening in the context of the functioning of the company. Like most legal institutions, by solving one problem, the Act generates or contributes to the creation of others. However, the importance of its regulation allows for a positive assessment of the solutions adopted in it. It should be stressed that the Act introduces only a temporary solution. Ultimately, the owners of an inherited enterprise must decide on the possible continuation of business activity based on the inherited enterprise after the succession board expires.

Currently in Poland about 3 million natural persons run enterprises in the form of so-called self-employment. Taking into account the fact that about 70% of enterprises run by natural persons after the death of the entrepreneur cease their activity³⁶, it seems that the Act gives future owners of enterprises inheritance a real legal instrument allowing to change the current trend in this area.

³⁴ See J. Malanowski J. [in:] R. Hauser (ed.), M. Wierzbowski (ed.), *Kodeks postępowania ...*, p. 1166 et seq. together with the literature and case law referred to therein.

³⁵ For more information see R. Blicharz, *Succession Board ...*, p. 85 et seq.

³⁶ See the Explanatory Memorandum to the Bill, Sejm Paper No. 2293, p. 4.

Bibliography

- Adamus R., *Przedsiębiorstwo upadłego w upadłości likwidacyjnej*, Warszawa 2011.
- Bajer P., *Successive management of a company of a natural person. Questions and answers. Templates of letters*. Law, Warszawa 2019.
- Blicharz R., *Successive Management Board of the company inherited*, Warsaw 2019.
- Cf. Kremer E., *Instytucja zapisu windykacyjnego a małżonkowie*, [in:] Pecyna M. (ed.), Pisuliński J. (ed.), Podrecka M. (ed.), *Rozprawy prawa cywilnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013.
- Gniewek E., [in:] Gniewek E. (ed.), Machnikowski P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Hauser R. (ed.), Wierzbowski M. (ed.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Habdas M., *Przedsiębiorstwo jako przedmiot stosunków prawnorzeczowych*, Katowice 2007.
- Hejbudzki M. [in:] Deputat K. et al., *Ustrój prawny przedsiębiorców*, Olsztyn 2006.
- Kaltenbek L., Żurek W., *Prawo spadkowe*, Warszawa 2012.
- Jacyszyn J. (ed.), *Spółki handlowe. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2010.
- Księżak P., *Zapis windykacyjny*, Warsaw 2012.
- Litwińska M., *Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie handlowym i cywilnym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu (II)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1993, No 2.
- Mariański A. (ed.), *Planowanie sukcesyjne. Prawne i podatkowe aspekty zarządu sukcesyjnego przedsiębiorstwem osoby fizycznej*, Wolters Kluwer Polska 2019.
- Pazdan M., [In:] Pietrzykowski K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Volume I, Warszawa 2004.
- Pazdan M., *Successive administrator and executor of the will*, [In:] Dańko-Roesler A. (ed.), Leśniak M. (ed.), Skory M. (ed.), Sołtys B. (ed.), *Ius Est Ars Boni et Aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wrocław 2018.
- Szydło M., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim*, „Przegląd Sądowy” 2002, No. 7–8.
- Wójcik S., Zoll F. [in], *System prawa prywatnego. Prawo spadkowe*, volume 10, Kordasiewicz B. (ed.), Warszawa 2013.
- Zbucka M., *Skutki prawne śmierci pracodawcy*, LCI 2018.

Miroslaw Dela

*Wroclawska Wyzsza Szkola Informatyki Stosowanej*ORCID [0000-0002-2078-1049](https://orcid.org/0000-0002-2078-1049)

Zmiana planu spłaty wierzycieli w konsumenckim postępowaniu upadłościowym

Change in the creditor repayment plan in consumer bankruptcy proceedings

Streszczenie

Plan spłaty wierzycieli ustala się w oparciu o dane dotyczące dochodów i wydatków dłużnika w przeszłości, a także na podstawie prognoz jego przyszłej sytuacji finansowej. Dane historyczne, stanowiące podstawę analizy, nie zawsze są wiarygodne, a przyjmowane przez sąd upadłościowy założenia często okazują się nadmiernie optymistyczne. Wykonanie tak sporządzonego planu spłaty okazuje się niemożliwe. Również w trakcie realizacji planu spłaty zdolność płatnicza upadłego może ulec pogorszeniu na skutek niekorzystnych zdarzeń losowych. Wówczas istnieje konieczność korekty ustalonych pierwotnie obowiązków, adekwatnie do nowej sytuacji ekonomicznej, w której znalazł się upadły. Zmiana planu spłaty odbywa się z reguły na niekorzyść wierzycieli, pomniejszając wysokość należnych im spłat. Autor nie pomija jednak sytuacji odwrotnej, w której kondycja finansowa upadłego ulega poprawie, a plan spłaty należy skorygować na korzyść wierzycieli, zwiększając ich zaspokojenia.

Słowa kluczowe

upadłość konsumencka, plan spłaty wierzycieli, zmiana planu spłaty, interes wierzyciela

Abstract

Creditor repayment plan is determined based on the debtor's income and expenditures in the past, as well as on the basis of forecasts of the debtor's future financial situation. Historical data, which constitute the basis for the analysis are not always reliable, and assumptions adopted by the bankruptcy court often turn out to be overly optimistic. The execution of the repayment plan drawn up in this way turns out to be impossible. Also during the execution of the repayment plan, the payment capacity of the bankrupt may deteriorate as a result of unfavorable fortuitous events. Then, there is a need to correct the originally established obligations, adequately to the new economic situation in which the debtor has found himself. The change of the repayment plan is usually done to the disadvantage of the creditors, reducing the amount of repayment. The author does not however ignore the reverse situation, in which the financial condition of the bankrupt is improved, and the repayment plan should be adjusted in favor of the creditors, increasing the amount of their satisfaction.

Keywords

consumer bankruptcy, repayment plan, change of repayment plan, creditor's interest

1. Zmiana planu spłaty wierzycieli – uwagi ogólne

Prawomocne postanowienie ustalające plan spłaty wierzycieli w wielu przypadkach wieńczy postępowanie upadłościowe prowadzone wobec osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej, regulowane przepisami części trzeciej tytułu V ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (dalej pr. up.)¹. Ustalanie planu spłaty jest procesem złożonym, wymagającym od sądu upadłościowego umiejętności zgromadzenia i wnikliwego przeanalizowania danych historycznych oraz stworzenia prognoz na przyszłość², a więc antycypowania zdarzeń wolitywnych i losowych. Przyjmuje się przy tym, że upadły będzie działał w dobrej wierze, w sposób rzetelny i uczciwy. Założenie to okazuje się nierzadko nazbyt optymistyczne. W trakcie wykonywania planu spłaty mogą ujawnić się również rozmaite okoliczności zewnętrzne, niezależne od upadłego, wskutek których może dojść do zmiany jego zdolności płatniczej *in plus* bądź części *in minus*. Wówczas warunki ustalone w treści planu spłaty mogą stać się dla niego nadmiernie uciążliwe bądź niewykonalne. Sytuacja, w której upadły nie może wywiązać się z obowiązków określonych w planie spłaty wierzycieli, nie należy wcale do rzadkości. Istnieje wówczas konieczność ustalenia zakresu zaspokojenia wierzycieli na nowo, adekwatnie do aktualnej sytuacji ekonomicznej, w której znalazł się upadły.

2. Zmiana planu spłaty na korzyść upadłego (na niekorzyść wierzycieli)

Procedura zmiany planu spłaty wierzycieli na podstawie art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up. inicjowana jest wyłącznie wnioskiem upadłego. Wniosku o dokonanie zmiany nie może natomiast złożyć wierzyciel. Nie leży to zresztą w jego interesie. Wydanie postanowienia w przedmiocie zmiany planu spłaty poprzedza wysłuchanie wierzycieli objętych planem spłaty. Sąd nie jest jednak związany stanowiskiem przedstawionym przez wysłuchanego wierzyciela. Niejednokrotnie zdarza się, że żaden z wierzycieli nie zabiera głosu, co nie tamuje biegu postępowania³. Postanowienie w przedmiocie zmiany planu spłaty (zmieniające bądź odmawiające zmiany) zapada z reguły na posiedzeniu niejawnym (art. 214 pr. up.).

Zgodnie z treścią art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up. w razie braku możliwości wywiązania się przez upadłego z obowiązków nałożonych nań w planie spłaty wierzycieli, możliwa jest fakultatywna zmiana treści planu spłaty. Sąd może w takiej sytuacji przedłużyć termin

¹ T.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344 z późn. zm. Zob. art. 491¹⁴ ust. 3 pr. up.

² P. Filipiak, [w:] P. Filipiak (red.), A. Hycaj, Ł. Lipowicz, *Upadłość konsumencka po dużej nowelizacji. Komentarz*, Poznań 2015, s. 42 i 269.

³ Zob. R. Adamus, B. Groele (red.) et al., *Upadłość konsumencka. Komentarz do nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego*, Warszawa 2015, s. 295.

spłaty wiarygodności na dalszy okres, nieprzekraczający jednak osiemnastu miesięcy. Lapidarne brzmienie cytowanego przepisu daje szerokie pole do jego interpretacji. Przyjmuje się, że zmiana planu spłaty możliwa jest zarówno wtedy, gdy problemy upadłego są przemijające, jak i wówczas, gdy mają charakter trwałe⁴. Należy jednak mieć na uwadze, że trwałe trudności, wynikające z okoliczności niezależnych od upadłego (egzogenicznych) mogą skutkować uchyleciem (a nie zmianą) planu spłaty z umorzeniem niewykonanych dotąd zobowiązań (art. 491¹⁹ ust. 2 pr. up.), zaś trudności wynikające z okoliczności zależnych od upadłego (endogenicznych) powinny skutkować (bez względu na czas trwania przeszkody) uchyleciem planu spłaty bez umorzenia zobowiązań (art. 491²⁰ ust. 1–3 pr. up.)⁵. Wnioskowanie *a contrario* w stosunku do obu cytowanych wyżej przepisów prowadzi zatem do konstatacji, iż zmiana planu spłaty na korzyść upadłego, co do zasady, może mieć miejsce w sytuacji wystąpienia przejściowych i niezależnych od niego problemów płatniczych. Wydaje się jednak, że w procesie wykładni przepisów art. 491¹⁹ ust. 1 i 2 pr. up. uwzględnić należałoby *de lege ferenda* nie tylko element czasowy (trwałość lub przemijalność) i winę upadłego⁶, ale także trzeci faktor – skalę trudności, jakie napotkał on przy spełnianiu świadczenia. Częściowa, niezależna (niezawiniona⁷) niemożność wykonywania planu spłaty, chwilowa bądź trwała, uzasadniać powinna zmniejszenie obciążenia nałożonego na upadłego w okresie występowania trudności. Niemożność niezależna, całkowita, lecz przemijająca, zasługiwać może na karencję w spłacie, zaś tylko niezależna, całkowita i zarazem trwała powinna skutkować uchyleciem planu spłaty i umorzeniem pozostałych niespłaconych zobowiązań. Być może takie rozumowanie wierniej odzwierciedlałoby intencję ustawodawcy. Wykładnia, zgodnie z którą każda trwała i niezależna (całkowita i częściowa) przeszkoda ma skutkować uchyleciem (a nie zmianą) planu spłaty, połączonym z umorzeniem pozostałych zobowiązań, wiąże się ze skrajnie niekorzystnymi dla wierzycieli konsekwencjami ekonomicznymi.

Za przeszkodę przemijającą uznać można tylko taką, której skutki uniemożliwiające realizację planu spłaty zanikną przed upływem przedłużonego okresu. Przeszkody trwające dłużej, a więc wykraczające poza maksymalny (wydłużony) czas trwania planu

⁴ Druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2265, s. 24 oraz P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1138. Za takim rozumowaniem przemawia usunięcie zwrotu „z powodu przemijającej przeszkody”, który uprzednio (do 30.12.2014 r.) znajdował się w treści art. 491¹⁰ ust. 1 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (pr. up. i n.).

⁵ „Uchylenie planu spłaty” i „zmiana planu spłaty” to dwie różne instytucje prawa upadłościowego, które rodzą odmienne skutki w sytuacji upadłego i jego wierzycieli, dlatego wymagają wyraźnego rozróżnienia. Używanie terminu „zmiana” na określenie obu tych procedur jest przejawem dezynwoltury pojęciowej, mogącej wprowadzać w błąd.

⁶ Dla potrzeb prowadzonych rozważań okoliczności niezależne od upadłego można utożsamiać z okolicznościami niezawinionymi, pomocniczo używając w tym celu terminologii właściwej prawu karnemu.

⁷ Jak wyżej.

spląty, należy uznać za trwałe, a wówczas *de lege lata* wniosek upadłego o zmianę planu spląty (złożony na podstawie art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up.) powinien zostać oddalony⁸. Wątpliwe, by sąd mógł uznać, iż jest to wniosek o uchylenie planu spląty z oddłużeniem i procedować w oparciu o korzystniejszy dla upadłego przepis art. 491¹⁹ ust. 2 pr. up. Wiązałoby się to z orzekaniem ponad żądanie (zob. art. 321 § 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, dalej – k.p.c.⁹).

Próba stworzenia zamkniętego katalogu przemijających przeszkód, uzasadniających zmianę planu spląty jest z góry skazana na niepowodzenie. Rzeczywistość dostarcza nieskończonej liczby scenariuszy. Można jedynie ogólnikowo wskazać przykłady, takie jak: przemijające pogorszenie stanu zdrowia, które ogranicza możliwości zarabkowania upadłego, czasowy wzrost koniecznych wydatków na utrzymanie jego samego i pozostających na jego utrzymaniu członków rodziny.

Gwoli rzetelności trzeba jeszcze raz odnieść się do przyczyn zaistniałej przeszkody. Instytucja uchylenia planu spląty z jednoczesnym umorzeniem pozostałych zobowiązań (art. 491¹⁹ ust. 2 pr. up.) znajduje zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy upadły powoła się na okoliczności od niego niezależne (niezawinione). Wymogu takiego nie zawiera *expressis verbis* omawiany wyżej przepis art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up. Nie oznacza to jednak wcale, że zmiany planu spląty na korzyść upadłego można dokonać w sytuacji, gdy niemożność świadczenia wynika z winy upadłego. W razie stwierdzenia winy po stronie upadłego ustawodawca, co do zasady, nakazuje uchylenie planu spląty bez umorzenia zobowiązań (art. 491²⁰ ust. 1–3 pr. up.). Stąd uprawniony wydaje się wniosek, że korzystna dla upadłego zmiana planu spląty może dokonać się w dwóch sytuacjach: 1) w razie wystąpienia okoliczności niezawinionych, gdy jednak nie zostały spełnione przesłanki pozytywne uchylenia planu spląty z umorzeniem zobowiązań, określone w art. 491¹⁹ ust. 2 pr. up. (tj. brak trwałości przeszkody) oraz 2) gdy wprawdzie można przypisać upadłemu winę, lecz ziszczyły się przesłanki negatywne uchylenia planu spląty bez umorzenia zobowiązań, określone w art. 491²⁰ ust. 1 pr. up. (tj. gdy uchybienie obowiązkowi było nieznaczne lub dalsze wykonywanie planu spląty uzasadnione jest względami słuszności albo względami humanitarnymi).

Z wydłużeniem okresu spląty, o którym mowa w art. art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up., nieuchronnie wiąże się obniżenie wysokości spląt (*quasi-rat*) dokonywanych okresowo przez upadłego i dzielonych pomiędzy poszczególnych wierzycieli. Jest to konsekwencja „ulgi” przyznanej upadłemu, który bez swojej winy popadł w stan uniemożliwiający mu wykonywanie spląt o pierwotnie określonej wartości. Wysokość poszczególnych

⁸ Podobnie A.J. Witosz, *Plan spląty wierzycieli w upadłości konsumenckiej*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 10, Legalis.

⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 z późn. zm.

płatności nie może być jednak ustalana przez sąd w sposób zupełnie dowolny¹⁰. Wydaje się, że konieczne jest zastosowanie prostego działania matematycznego (iloraz ogólnej sumy niespłaconego zadłużenia i sumarycznej liczby okresów rozliczeniowych), jak poniżej:

$$R = \frac{S}{T1 + T2}$$

gdzie:

R – pomniejszona spłata w danym okresie rozliczeniowym (np. rata miesięczna),

S – ogólna wysokość pozostałego do spłaty zobowiązania,

T1 – liczba okresów rozliczeniowych (z reguły miesięcy), które pozostały do końca realizacji planu spłaty wierzycieli przed wydaniem postanowienia o jego zmianie,

T2 – liczba okresów rozliczeniowych (z reguły miesięcy), o które przedłużono czas realizacji planu spłaty wierzycieli (gdzie $T2 \leq 18$ miesięcy).

Obniżenie wysokości poszczególnych płatności obciążających upadłego, będące wynikiem rozłożenia płatności na większą liczbę rat, nie stanowi z punktu widzenia wierzycieli istotnego zagrożenia. Należność wynikająca z planu spłaty zostanie, co prawda, rozłożona w dłuższym czasie, lecz zasili majątek wierzycieli w pełnej ustalonej pierwotnie wysokości ($S=const$).

Dopuszczalne jest wielokrotne zmienianie planu spłaty, ale łączny okres jego realizacji jest ustawowo ograniczony i bez względu na to, ilu zmian dokonano, nie może trwać dłużej niż maksymalny czas przewidziany w przepisach¹¹. Nowelizacją obowiązującą od dnia 31.12.2014 r.¹² został on skrócony z 84 miesięcy (60+24 miesięcy)¹³ do 54 miesięcy (36+18 miesięcy). Skrócenie maksymalnego czasu realizacji planu spłaty pozornie może wydawać się korzystne dla wierzycieli, bo pozwala na szybsze zaspokojenie ich roszczeń. Praktyka pokazuje jednak, że niejednokrotnie upadły nie jest w stanie spłacić całego zobowiązania określonego w planie spłaty nawet w ciągu maksymalnie wydłużonego okresu jego realizacji. Z treści art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up. nie wynika wprost, czy wydłużenie okresu spłat przy pozostawieniu ogólnej wysokości zobowiązania na

¹⁰ Przede wszystkim ekonomiczne skutki zmiany planu spłaty nie mogą być zrównane z uchyleniem tego planu. Nie jest więc możliwe nałożenie na upadłego obowiązku zapłaty raty w wysokości symbolicznej złotówki. R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2016, koment. do art. 491¹⁹ pr. up., Legalis; R. Adamus, B. Groele (red.) et al., *Upadłość...*, s. 296; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, koment. do art. 491¹⁹ pr. up., Legalis.

¹¹ R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009, s. 92 i 95.

¹² Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1306), obowiązuje od 31.12.2014 r.

¹³ Zob. obowiązujący do 30.12.2014 r. art. 491⁷ ust. 1 pr. up. i n. oraz art. 491¹⁰ ust. 1 pr. up. i n. dodane przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1572).

tym samym poziomie jest jedyną możliwą formą ingerencji sądu w treść planu spłaty, czy też ma ono charakter wyłącznie przykładowy. Ustawa nie wskazuje innych możliwych kierunków ani granic zmiany planu spłaty wierzycieli. W literaturze podnosi się, że katalog zmian ma charakter otwarty¹⁴ (*numerus apertus*). Spotykany jest również pogląd, że kwestia ta została pozostawiona uznaniu sędziowskiemu¹⁵. W istocie pojęcie zmiany ma bardzo szeroką denotację, a mnogość realiów, z jakimi może spotkać się sąd upadłościowy, nakazuje uczynienie procedury możliwie jak najbardziej elastyczną. Przed wspomnianą wyżej nowelizacją z 2014 r. regulujący wówczas tę materię art. 491¹⁰ ust. 1 pr. up. i n.¹⁶ przewidywał możliwość zmiany planu spłaty wierzycieli jedynie poprzez przedłużenie terminu spłaty o maksymalnie dwa lata, ewentualnie zmianę wysokości poszczególnych płatności. W literaturze wskazywano wtedy, że zmiana w planie spłat może obejmować tylko termin spłaty oraz wysokość raty, lecz nigdy zmniejszenie długu¹⁷. Obecnie nie wyklucza się już zmiany planu w ten sposób, że sąd obniżyłby ogólną kwotę spłaty¹⁸, zwiększając tym samym wysokość wierzytelności umorzonych kosztem zmniejszenia stopnia zaspokojenia wierzycieli.

W ogólnym ujęciu desygnatami używanego w doktrynie pojęcia „zmiany planu spłaty na korzyść upadłego” mogłoby być nie tylko omówione wyżej wydłużenie czasu spłaty z jednoczesnym zmniejszeniem wysokości poszczególnych rat, ale też skrócenie realizacji planu spłaty z ratami w dotychczasowej bądź obniżonej wysokości, prowadzące do zmniejszenia ogólnej sumy pieniężnej przypadającej do spłaty. Taka *interpretatio extensiva* wydaje się jednak niezgodna z węższym celem regulacji, którym zdaje się być przyznanie upadłemu jedynie doraźnej ulgi (obniżenie wysokości rat) za sprawą rozłożenia w dłuższym czasie spłaty świadczenia jednorazowego o niezmiennej wysokości ($S=const$). By rozwiązać wszelkie pojawiające się wątpliwości, wskazane jest doprecyzowanie omawianego przepisu, zwłaszcza poprzez jednoznaczne określenie, czy działanie w nim wymienione ma charakter egzemplifikacji, czy stanowi jedyny sposób modyfikacji ustalonego uprzednio planu spłaty.

Jak już wcześniej wspomniano, w razie całkowitej, ale chwilowej niemożności dokonania spłaty, w pełni zasadne wydaje się udzielenie upadłemu karencji w spłacie (np. jednej bądź kilku kolejnych rat). W takiej sytuacji w doktrynie dopuszcza się waloryzację wysokości odroczonej świadczeń pieniężnych, uwzględniającą opóźnienie w ich wypła-

¹⁴ P. Zimmerman, *op. cit.*, s. 1138; P. Filipiak, *op. cit.*, s. 272–273 oraz druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2265, s. 24.

¹⁵ R. Adamus, B. Groele (red.) *et al.*, *Upadłość...*, s. 295.

¹⁶ Pr. up. i n. – „Prawo upadłościowe i naprawcze” – skrót od nazwy ustawy, która obowiązywała do dnia 31.12.2015 r.

¹⁷ R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość...*, s. 92.

¹⁸ P. Filipiak, *op. cit.*, s. 43 i 273; A. Hrycaj *et al.*, *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*, t. 6, Warszawa 2016, s. 1293; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, koment. do art. 491¹⁹ pr. up.

cie wierzycielom¹⁹, co w efekcie oznaczałoby nie tylko konieczność zapłaty tych rat w późniejszym terminie w pełnej wysokości, ale także wypłacenie wierzycielom odsetek za zwłokę. Waloryzacja musiałaby jednak wynikać wprost z treści orzeczenia sądu. Obciążanie upadłego odsetkami w sytuacji, gdy napotkał on przeszkodę w realizacji pierwotnego planu spłaty, wydaje się trudne do pogodzenia z celem omawianej regulacji, która ma przede wszystkim służyć udzieleniu upadłemu ulgi w spłacie zaległości. Ponadto, dla zachowania spójności, pogląd o dopuszczalności naliczania odsetek musiałby dotyczyć każdej zmiany planu spłaty, wiążącej się z opóźnieniem zaspokojenia wierzycieli. Tymczasem roszczenie o odsetki nie wydaje się możliwe w przypadku wydłużenia przez sąd okresu realizacji planu spłaty, mimo iż wierzyciele – podobnie jak przy karencji – ponoszą wówczas stratę z tytułu otrzymania swoich należności w odleglejszej perspektywie czasowej.

Sąd może przeprowadzić postępowanie dowodowe na okoliczność istnienia przeszkody, jej przemijalności lub trwałości oraz wpływu na realizację planu spłaty, a także w celu ustalenia możliwości zmiany jego treści. Przepisy nie limitują środków dowodowych, należy zatem opowiedzieć się za stosowaniem ich szerokiego kanonu²⁰ (m.in. wystąpienie do administracji skarbowej o udostępnienie informacji podatkowych, przesłuchanie świadków, w tym pracodawcy, osób bliskich pozostających na utrzymaniu upadłego lub jego sąsiadów, a nawet powołanie biegłego *etc.*). Stosownie do art. 491¹⁵ ust. 4 pr. up. przy ustalaniu planu spłaty sąd nie jest związany stanowiskiem upadłego co do jego treści. Powstaje pytanie, czy *per analogiam* dotyczy to również zmiany planu spłaty, w wyniku której plan ten może *de facto* przybrać treść całkowicie odmienną od dotychczasowej. Taka interpretacja nie pozwalałaby zastosować znanego procedurze cywilnej zakazu orzekania ponad żądanie. Nie wydaje się jednak, by sąd, dokonując złączenia treści nałożonych na upadłego obowiązków, mógł przyznać mu ulgę dalej idącą niż ta, o którą się on ubiega. Dość wspomnieć o zasadniczej różnicy dzielącej obie procedury, wynikającej z faktu, że ustalenie planu spłaty wierzycieli odbywa się *ex officio*, zaś jego zmiana w trybie art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up. może być przeprowadzona wyłącznie na wniosek upadłego.

Zmiana planu spłaty poprzez zredukowanie uprzednio nałożonych na upadłego ciężarów nie stoi na przeszkodzie późniejszemu ich zwiększeniu w drodze kolejnej zmiany planu spłaty, jeżeli sytuacja upadłego powróci do stanu przed dokonanej zmiany.

Na postanowienie sądu w przedmiocie zmiany planu spłaty na korzyść upadłego przysługuje zażalenie, a na postanowienie sądu drugiej instancji – skarga kasacyjna

¹⁹ Zob. podobnie A.J. Witosz, *Plan spłaty...*

²⁰ Podobnie za szerokim kanonem dowodowym R. Adamus, *koment. do art. 491¹⁹ pr. up...*; R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość...*, s. 92 oraz M. Kuźnik, *Zmiana planu spłaty wierzycieli w upadłości konsumenckiej*, [w:] B. Gnła, K. Michałowska (red.), *Współczesne wyzwania prawa konsumenckiego*, Warszawa 2016, s. 253 i n., Legalis.

(art. 491¹⁹ ust. 1 *in fine* pr. up.). Jako że autorem wniosku o dokonanie zmiany treści planu może być wyłącznie upadły, to on w razie nieuwzględnienia zawartych we wniosku żądań może skorzystać ze zwyczajnego i nadzwyczajnego środka zaskarżenia (por. niedopuszczalność wniesienia skargi kasacyjnej w art. 491¹⁹ ust. 3 *in fine* pr. up. w zw. z art. 223 ust. 1 pr. up.).

3. Zmiana planu spłaty na korzyść wierzycieli (na niekorzyść upadłego)

Powyżej omówiono modyfikację planu spłaty na niekorzyść wierzycieli, dokonywaną w razie pogorszenia sytuacji finansowej upadłego. Nie można jednak *a priori* wykluczyć sytuacji odwrotnej. Wskutek sprzyjających okoliczności sytuacja ekonomiczna upadłego może również się polepszyć. Ustawodawca przewidział taką ewentualność i dopuścił możliwość jedno- lub wielokrotnej²¹ zmiany planu spłaty wierzycieli na ich korzyść. Stosownie do treści art. 491¹⁹ ust. 3 pr. up. w razie istotnej poprawy sytuacji majątkowej upadłego w okresie wykonywania planu spłaty, każdy z wierzycieli, a od 31.12.2014 r.²² także upadły, może wystąpić z wnioskiem o zmianę planu spłaty wierzycieli. Wydanie orzeczenia w tym przedmiocie poprzedzone jest wysłuchaniem upadłego i wierzycieli objętych planem spłaty, które nie ma jednak dla sądu charakteru wiążącego²³. Dla zastosowania omawianego przepisu konieczne jest zatem łączne spełnienie kilku przesłanek, co zdarza się nad wyraz rzadko. Poprawa sytuacji, stanowiąca podstawę dokonania zmiany, musi zaistnieć po ustaleniu planu spłaty, a ponadto musi mieć charakter rzeczywisty (np. wpływ środków na rachunek bankowy upadłego), a nie potencjalny (np. podniesienie kwalifikacji upadłego, które może, ale nie musi przełożyć się na wzrost jego zarobków, ponieważ w ostatnich latach obserwuje się coraz słabszą korelację liniową dodatnią pomiędzy obiema tymi zmiennymi)²⁴. Zmiany zaszłe w sytuacji majątkowej upadłego muszą być ponadto „istotne”. Na marginesie nadmienić trzeba, że takiego samego przymiotnika próżno szukać pośród przesłanek zmiany planu spłaty na korzyść upadłego (art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up.), co świadczy o uprzywilejowaniu upadłego względem wierzyciela znajdującego się w analogicznej sytuacji²⁵. Zdefiniowanie „istotności” zmiany może nie być łatwe²⁶. Należy jednak przychylić się do poglądu, że niece-

²¹ R. Adamus, B. Groele (red.) *et al.*, *Upadłość...*, s. 298.

²² Data wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1306).

²³ Tak samo M. Kuźnik, *op. cit.*

²⁴ Por. R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość...*, s. 89. Mowa o współczynniku korelacji Pearsona.

²⁵ *Ibidem*, s. 93.

²⁶ Podobnie *ibidem*, s. 93 oraz S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, koment. do art. 491¹⁹ pr. up.

lowe będzie modyfikowanie planu spłaty, jeśli poprawa faktycznie nastąpiła, ale nie jest ona na tyle radykalna, by podzielona pomiędzy wierzycieli nadwyżka miała dla nich odczuwalne znaczenie ekonomiczne²⁷.

Jeżeli plan spłaty wierzycieli uwzględnia podział na kategorie zaspokojenia (art. 342 ust. 1 pr. up.), wierzyciel wnioskujący o zmianę planu spłaty, a należący do dalszej („gorszej”) kategorii, może w ogóle nie stać się beneficjentem własnego wniosku²⁸. Swoim działaniem doprowadzi jedynie do polepszenia sytuacji wierzycieli zakwalifikowanych do wyższych („lepszych”) kategorii. W obecnym stanie prawnym brakuje mechanizmu, gwarantującego przeprowadzenie operacji zmiany planu spłaty z korzyścią dla wszystkich kategorii wierzycieli, poprzez przysporzenie dywidendy upadłościowej proporcjonalnie każdemu z nich.

Poważne wątpliwości dotyczą także przyznania upadłemu uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem o zmianę planu na korzyść wierzycieli. Jeśli w wyniku pozytywnego splotu okoliczności upadły dysponuje dodatkowymi środkami, których posiadania wcześniej nie przewidywał, to żaden przepis nie zabrania mu dokonywania spłat z wyprzedzeniem terminów określonych w planie spłaty, bądź w wysokości wyższej, niż określona w tymże planie. Wprawdzie plan spłaty nie zastrzega terminu na korzyść upadłego, zaś przepis art. 457 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej k.c.)²⁹ odnosi się do czynności prawnej, a nie orzeczenia sądu, to jednak trudno uznać za niedopuszczalne samodzielne podwyższenie wysokości rat płaconych przez upadłego bądź zwiększenie ich częstotliwości. Nie wydaje się, by konieczna była w takim przypadku uprzednia bądź następcza zgoda sądu. Gdyby jednak suma wszystkich spłat dokonanych w podwyższonej wysokości przekroczyła ogólną wysokość zobowiązania określonego w planie spłaty, wierzyciele otrzymaliby świadczenie nienależne (art. 410 § 2 k.c.) i byłiby zobowiązani do jego zwrotu na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.). Wydaje się jednak, że wykonywanie planu spłaty wierzycieli z wyprzedzeniem ustalonych terminów, bez oficjalnej zmiany treści tego planu, nie może automatycznie spowodować przyspieszenia wydania postanowienia o stwierdzeniu wykonania planu spłaty i umorzeniu niewykonanych w jego toku zobowiązań (art. 491²¹ ust. 1 pr. up.), ponieważ sąd związany jest terminem *ad quam*, wskazanym w postanowieniu o ustaleniu bądź zmianie planu spłaty wierzycieli (np. art. 491¹⁵ ust. 1 pr. up.). Tymczasem upadłemu może zależeć na szybszym uzyskaniu wspomnianego orzecz-

²⁷ Podobnie R. Adamus, B. Groele (red.) *et al.*, *Upadłość...*, s. 298. Wzrost wysokości spłat przypadających poszczególnym wierzycielom może być niezauważalny, zwłaszcza jeśli dodatkowy dochód upadłego trzeba podzielić pomiędzy znaczną liczbę wierzycieli.

²⁸ A.J. Witosz, *Plan spłaty...*

²⁹ T.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm. Trudno w ogóle uznać, by w przypadku planu spłaty zastosowanie miały ogólne zasady stosowania *beneficium temporis* (*privilegium temporis*).

nia³⁰ i wykreśleniu z Rejestru Dłużników Niewypłacalnych (od 1.12.2020 r. z Krajowego Rejestru Zadłużonych)³¹, by następnie móc bez przeszkód zaciągać kolejne zobowiązania. Uzyskanie takiego efektu wymaga od upadłego formalnego zainicjowania procedury poprzez złożenie wniosku o zmianę planu spłaty na korzyść wierzycieli. W literaturze wyrażany jest także pogląd, że złożenie wniosku przez upadłego może stanowić działanie pozorne, podejmowane po to, by uprzedzić ewentualny wniosek wierzyciela, a przez to ograniczyć zakres niekorzystnych dla upadłego zmian³². Wydaje się jednak, że zmiana planu spłaty na wniosek upadłego nie stanowi przeszkody do wszczęcia kolejnego postępowania w przedmiocie zmiany treści planu spłaty na późniejszy wniosek wierzyciela i uwzględnienia dalej idących żądań zawartych w tym wniosku. Możliwość rozpoznania późniejszego wniosku wierzyciela nie niweczy krótki interwał czasowy pomiędzy zakończeniem jednego a wszczęciem kolejnego postępowania. Z kolei wpływ wniosku wierzyciela przed zakończeniem postępowania zainicjowanego wnioskiem upadłego pozwala na rozpoznanie obu tych wniosków łącznie.

Przed nowelizacją z 2014 r. jedynym możliwym sposobem zmiany planu spłaty na korzyść wierzycieli było podwyższenie przypadających im kwot (zob. art. 491¹⁰ ust. 2 pr. up. i n.). W aktualnym brzmieniu ustawa nie egzemplifikuje sposobów zmiany planu spłaty, pozostawiając tę kwestię do uznania sądu. Bez wątplenia jednak zmiana nadal polegać może na podwyższeniu wysokości spłat w stosunku do tych, które pierwotnie przewidywał plan spłaty, co przy niezmienionym terminie realizacji planu prowadzi do korzystnej dla wierzycieli zmiany proporcji pomiędzy zadłużeniem spłacanym a umarzanym³³. Skoro można zmniejszyć ogólną sumę zaspokojenia wierzycieli w razie pogorszenia sytuacji upadłego, to w sytuacji odwrotnej zwiększenie tej sumy nie może być uznane za wykraczające poza dopuszczalne granice zmiany treści planu³⁴. Co więcej, nie jest zgodne z elementarnym poczuciem sprawiedliwości, by pozostałe niespłacone zobowiązania miały zostać umorzone zgodnie z treścią planu spłaty (art. 491¹⁵ ust. 1 *in fine* pr. up.), jeśli w toku realizacji tego planu sytuacja ekonomiczna upadłego uległa poprawie na tyle, że może on wykonać w całości wszystkie swoje zobowiązania, bez uszczerbku dla zaspokojenia sobie i rodzinie godnej egzystencji. Zatem w ramach zmiany planu spłaty na korzyść wierzycieli sąd powinien mieć możliwość modyfikacji obowiązków upadłego nie tylko poprzez częściowe zmniejszenie stopnia redukcji długu, ale również

³⁰ Podobnie P. Filipiak, *op. cit.*, s. 280.

³¹ Art. 59 ust. 2a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 986 z późn. zm.). Zob. także art. 11 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2018 r. o Krajowym Rejestrze Zadłużonych (Dz. U. z 2019 r. poz. 55).

³² A. Hrycaj *et al.*, *op. cit.*, s. 1293.

³³ A.J. Witosz, *Plan spłaty...*

³⁴ Za możliwością zmiany ogólnej sumy spłat przyznanych wierzycielom zarówno *in minus*, jak i *in plus* zob. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, koment. do art. 491¹⁹ pr. up.

poprzez całkowite odstąpienie od redukcji. Taka decyzja sądu zaprzepaściłaby wprawdzie realizację oddłużeniowego celu upadłości konsumenckiej, ale doprowadziłaby za to do pełnej realizacji celu windykacyjnego³⁵. Byłaby w pełni zgodna zarówno z zasadami współżycia społecznego, jak i fundamentalną dla prawa obligacyjnego zasadą *pacta sunt servanda*.

Możliwa jest także zmiana planu poprzez skrócenie okresu spłaty³⁶ bez zwiększania wysokości ogólnej sumy zobowiązania, ale jedynie wówczas, gdy poprawa sytuacji dłużnika pozwoli na spłacenie całego zadłużenia ustalonego w planie spłaty w czasie krótszym, niż wcześniej zakładano³⁷. Zmiana taka skutkuje zwiększeniem wysokości poszczególnych rat i szybszym zaspokojeniem wierzycieli. Wysokość zmienionej raty powinna być wówczas ustalana według wzoru:

$$R = \frac{S}{T1 - T2}$$

gdzie:

R – zwiększona spłata w danym okresie rozliczeniowym (np. rata miesięczna),

S – ogólna wysokość pozostałego do spłaty zobowiązania,

T1 – liczba okresów rozliczeniowych (z reguły miesięcy), które pozostały do końca realizacji planu spłaty wierzycieli przed wydaniem postanowienia o jego zmianie,

T2 – liczba okresów rozliczeniowych (z reguły miesięcy), o które skrócono czas realizacji planu spłaty wierzycieli.

W doktrynie z reguły pomija się możliwość kombinacji obu wymienionych wyżej sposobów, tj. zwiększenia ogólnej sumy zobowiązania podlegającego spłacie z jednoczesnym skróceniem czasu realizacji planu spłaty, co mogłoby rażąco podnieść wysokość raty. Nie wskazuje się również na możliwość wydłużenia planu spłaty przy zachowaniu dotychczasowej wysokości raty, co w ogólnym rozrachunku prowadziłoby do zwiększenia sumy spłaconego zobowiązania. Pomija się również możliwość wydłużenia planu spłaty przy zwiększonej racie. Nie wydaje się, by którekolwiek z tych rozwiązań wykraczało poza granice interpretacji omawianego przepisu. Wszak ustawodawca pozostawia sądowi pełną swobodę w wyborze metody zmiany planu spłaty na korzyść wierzycieli. Desygnatami pojęcia „zmiana” planu spłaty są: skrócenie albo przedłużenie jego ram czasowych, zmniejszenie lub zwiększenie obciążenia płatnego cyklicznie (raty), a także zwwyżka bądź spadek ogólnej sumy pozostającego do spłaty zobowiązania. Dopuszczalne wydają się wszelkie warianty działań, które mogą skutkować odniesie-

³⁵ W doktrynie dopuszcza się w skrajnym przypadku możliwość zmiany planu spłaty w ten sposób, że doszłoby do pełnego zaspokojenia wszystkich wierzycieli, zob. P. Filipiak, *op. cit.*, s. 282.

³⁶ *Ibidem*, s. 282 oraz M. Kuźnik, *op. cit.*

³⁷ A.J. Witosz, *Plan spłaty...*

niem przez wierzycieli wymiernych korzyści ekonomicznych, zgodnie z dyrektywą celowościową omawianej regulacji.

Ponownie wspomnieć należy, że ustalając treść planu spłaty, sąd nie jest związany stanowiskiem upadłego (art. 491¹⁵ ust. 4 pr. up.). Jako że procedura ustalania planu spłaty i jego zmiany wykazują wiele podobieństw, to stosując *argumentum a simili* można byłoby rozważać brak związania sądu jako zasadę obowiązującą również w odniesieniu do procedury zmiany planu spłaty na korzyść wierzycieli. W takiej sytuacji upadły, składając stosowny wniosek o zmianę planu, nie miałby pewności co do wyniku zainicjowanego przezeń postępowania. Mogłoby ono doprowadzić albo do zmiany zgodnej z intencją wnioskodawcy (np. przyspieszyć realizację planu spłaty przy zachowaniu wcześniej określonej ogólnej sumy zobowiązania pozostałego do spłaty), albo spowodować dalej idące niekorzystne dla niego skutki ekonomiczne (np. zmniejszenie stopnia redukcji umorzonego zobowiązania i tym samym zwiększenie sumy zobowiązania pozostającego do spłaty). W obliczu takiej niepewności trudno byłoby oczekiwać, by upadły *motu proprio* wnosił o zmianę planu spłaty na korzyść wierzycieli. Nie wydaje się również, by sąd mógł orzec ponad żądanie wierzyciela bądź wierzycieli wnioskujących o zmianę planu spłaty i przyznać im dodatkowe korzyści, niewyartykułowane w treści wniosku.

Nie każda jednak poprawa sytuacji majątkowej upadłego może skutkować zmianą planu spłaty na korzyść wierzycieli. Ustawodawca wprowadził istotne ograniczenie. Zmiana nie jest możliwa, jeśli poprawa wynika wyłącznie ze zwiększenia wynagrodzenia za pracę lub dochodów uzyskiwanych z osobiście wykonywanej przez upadłego działalności zarobkowej. Oznacza to, że nawet jeśli uposażenie upadłego znacząco wzrosło lub uzyskał on dodatkowe źródło dochodu (np. podjął rentowną działalność gospodarczą³⁸), okoliczność ta nie może być argumentem za korzystną dla wierzycieli zmianą treści planu spłaty³⁹. *Ratio legis* takiego rozwiązania należy upatrywać w tym, że zmiana planu spłaty (np. poprzez podniesienie wysokości okresowych spłat) mogłaby zniechęcać upadłego do podejmowania dodatkowej aktywności zarobkowej i zwiększania dochodu⁴⁰. Upadły upatrywałby w niej pewnego rodzaju „sankcję” w postaci zwiększenia obowiązków finansowych określonych w planie spłaty⁴¹. Tymczasem od prawa należy oczekiwać, że będzie stymulowało aktywizację zawodową, a nie tłumilo ją⁴². Argument ten nie jest jednak w pełni przekonujący, ponieważ przyjęcie koncepcji tzw. za-

³⁸ Za możliwością podjęcia działalności w okresie realizacji planu spłaty także S. Gurgul, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 11, s. 598.

³⁹ Nie jest jasne, czy dotyczy to tylko płacy zasadniczej, czy także jej pochodnych (premie, nagrody). Za szerokim rozumieniem ograniczeń A.J. Witosz, *Plan spłaty...*, a także M. Kuźnik, *op. cit.*

⁴⁰ Podobnie S. Gurgul, *Postępowanie...*, s. 598.

⁴¹ P. Filipiak, *op. cit.*, s. 43 i 281.

⁴² R. Adamus, *koment. do art. 491¹⁹ pr. up...*; R. Adamus, B. Groele (red.) *et al.*, *Upadłość...*, s. 298.

służonego nowego startu (ang. *earned fresh start*) uzasadnia oczekiwanie, że upadły będzie przyczyniał się w jak najwyższym stopniu do zaspokojenia wierzycieli upadłościowych⁴³, a temu sprzyja przecież zwiększanie dochodów i ich przeznaczenie na spłatę zadłużenia. Tymczasem ustawodawca daje upadłemu gwarancję, że osiągnięte przez niego dodatkowe korzyści nie zostaną skonsumowane przez wierzycieli. Wydaje się to szczególnie niesprawiedliwe w przypadku istotnego wzrostu dochodów dłużnika. Nie ma dostatecznego powodu, aby dłużnik, którego dochody uległy zwielokrotnieniu, nadal spłacał takie same kwoty, jakie pierwotnie ustalono. W takiej sytuacji sąd powinien *de lege ferenda* dysponować możliwością zwiększenia wysokości spłat adekwatnie do zmienionej sytuacji finansowej upadłego⁴⁴. Ustawodawca powinien wprowadzić rozwiązanie pozwalające podwyższyć wysokość spłat o określony ułamek wartości zwiększonego dochodu (np. o 25–50%), aby jego część posłużyła zaspokojeniu wierzycieli, a reszta (np. 50–75%) pozostała do dyspozycji upadłego. Takie rozwiązanie nie zniechęcałoby upadłego do większego zaangażowania w działalność zarobkową, a zarazem wierzycielom zagwarantowałoby należny udział w wypracowanej przez upadłego nadwyżce dochodów. Co więcej, wspomniane ograniczenie wynikające z art. 491¹⁹ ust. 3 pr. up. powinno dotyczyć wyłącznie sytuacji, w której to wierzyciel wnosi o zmianę planu spłaty, nie zaś wtedy, gdy z wnioskiem występuje sam upadły. Nie można zaakceptować sytuacji, w której upadły chce płacić wyższe raty, lecz przepis mu tego zabrania. Ustawodawca bezzasadnie ingeruje w tym przypadku w sferę uprawnień upadłego i nie pozwala mu wykonywać ich w sposób autonomiczny. Nie ma zaś żadnych przeszkód, by podwyższyć spłaty, gdy istotna poprawa sytuacji finansowej upadłego nastąpiła na skutek okoliczności niezależnych od jego aktywności zawodowej (np. otrzymanie spadku, darowizny⁴⁵, wygrana w grach losowych, udana egzekucja należności przysługujących upadłemu od jego dłużników).

Jeżeli kolejność zaspokajania wierzytelności jest zróżnicowana (zasada pierwszeństwa, art. 342 ust. 1 pr. up.), to część wierzycieli uzyskuje zaspokojenie wcześniej od pozostałych. Gdyby po zaspokojeniu wierzycieli uprzywilejowanych doszło do poprawy sytuacji finansowej upadłego i zmianie na korzyść wierzycieli uległby plan spłaty, wierzyciele uprzednio zaspokojeni nie mogliby być beneficjentami tej zmiany. Skorzystaliby z niej jedynie ci, którzy z racji zakwalifikowania ich do dalszej kategorii nie uzyskali jeszcze zaspokojenia. Wyłączenie prawa do partycypowania w korzystnej dla wierzycieli zmianie planu spłaty stanowi cenę, jaką wierzyciele traktowani preferencyjnie

⁴³ Podobnie S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, koment. do art. 491¹⁴ pr. up.

⁴⁴ W doktrynie wyrażany jest pogląd, że w wyjątkowych przypadkach wnioski wierzyciela należy uwzględnić, nawet jeśli poprawa była wynikiem osobistych starań upadłego. R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość...*, s. 93.

⁴⁵ P. Zimmerman, *op. cit.*, s. 1139.

placą za przywilej bycia zaspokojonymi w pierwszej kolejności⁴⁶. Wierzyciele zaspokojeni sumą ustaloną w pierwotnej treści planu spłaty utracili już przynależny im uprzednio status wierzyciela⁴⁷. Nie jest zatem możliwe, aby podmiot nie będący już wierzycielem mógł domagać się zaspokojenia w ramach zmienionego planu spłaty. Wątpliwym argumentem przeciwko takiej interpretacji jest fakt, iż postanowienie stwierdzające (deklaratoryjne) umorzenie zobowiązań niewykonanych w toku realizacji planu spłaty zapada dopiero po wykonaniu przez upadłego obowiązków określonych w tymże planie (art. 491²¹ ust. 1 pr. up.), a więc zasadniczo po uiszczeniu ostatniej raty.

Na marginesie wspomnieć należy, że ustawodawca dopuścił możliwość zmiany planu spłaty także na rzecz tych wierzycieli, których wierzytelności powstałe przed ustaleniem planu spłaty zostały prawomocnie stwierdzone dopiero po jego ustaleniu (art. 491¹⁹ ust. 4 pr. up.). W grupie tej znajdują się wierzyciele, którzy nie zostali ujęci w planie spłaty wskutek braku zgłoszenia wierzytelności bądź odmowy uznania zgłoszonych wierzytelności na liście wierzytelności⁴⁸.

Należy zwrócić uwagę na niedopuszczalność wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia od postanowienia sądu drugiej instancji w przedmiocie zmiany planu spłaty na korzyść wierzycieli (art. 491¹⁹ ust. 3 pr. up. w zw. z art. 223 ust. 1 pr. up.). To znacząca różnica w porównaniu z procedurą zmiany planu spłaty na korzyść upadłego (por. art. 491¹⁹ ust. 1 *in fine* pr. up. dopuszczający skargę kasacyjną, z której może korzystać upadły). Rozwiązanie to godzi w interes wierzycieli, ponieważ oni zazwyczaj wnioskują o zmianę treści planu spłaty w omawianym trybie i mogą być zainteresowani zaskarżeniem niekorzystnego dla nich orzeczenia.

4. Podsumowanie

Nie jest wielką przesadą stwierdzenie, że zmiana planu spłaty wierzycieli stanowi *sui generis* „tryb nadzwyczajny”, w którym wydawane jest orzeczenie reformatoryjne wobec prawomocnego postanowienia sądu upadłościowego. Uprawnienie do dokonywania zmian w tym trybie ustawodawca przyznał sądowi pierwszej instancji, co czyni z niego środek jeszcze bardziej osobliwy⁴⁹, wzorowany na art. 359 § 1 k.p.c. Instytucja zmiany planu wierzycieli ewokuje także porównanie do znanej z prawa restrukturyzacyjnego zmiany układu (art. 173 ust. 1 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne⁵⁰), a nawet do znanej z prawa obligacyjnego klauzuli *rebus sic stantibus*

⁴⁶ R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość...*, s. 94.

⁴⁷ M. Kuźnik, *op. cit.*; zob. jednak zacytowany tam odmienny pogląd F. Zedlera.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ To samo dotyczy zresztą uchylecia planu spłaty w trybie art. 491¹⁹ ust. 2 pr. up. oraz 491²⁰ ust. 1 pr. up.

⁵⁰ T.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 243, 326.

(art. 357¹ k.c.)⁵¹. Dodać jednak trzeba, że w przeciwieństwie do wspomnianej klauzuli, zmiany planu spłaty (art. 491¹⁹ ust. 1 i 3 pr. up.) nie uzależniono od wystąpienia „nadzwyczajnej” zmiany stosunków⁵². Co więcej, instytucję zmiany planu spłaty oparto na kryteriach podlegających dość swobodnej ocenie sądu. Brak ostro zarysowanych wytycznych co do sposobu dokonywania zmian w treści planu nakazuje opowiedzieć się za możliwie jak najszerszą ingerencją sądu. Z jednej strony zwiększa to elastyczność omawianej regulacji, z drugiej zaś może wywoływać liczne wątpliwości i spory, którym prawodawca mógłby zapobiec, wprowadzając bardziej precyzyjne, klarowne zapisy ustawowe. Zmienność treści planu spłaty wywołuje u uczestników postępowania niepewność co do ostatecznego wyniku postępowania upadłościowego, trwającą przez cały okres realizacji planu spłaty, a więc nawet kilka lat. Zauważalne jest również zróżnicowanie uprawnień uczestników postępowania znajdujących się w porównywalnych sytuacjach (z wyraźnym uprzywilejowaniem upadłego), podczas gdy przepis art. 491¹⁹ ust. 3 pr. up. powinien być lustrzanym odbiciem przepisu art. 491¹⁹ ust. 1 pr. up.

Bibliografia

Źródła prawa

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1360 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 986 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344 z późn. zm.).

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2008 r. Nr 234, poz. 1572).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1306).

Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 243, 326).

Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o Krajowym Rejestrze Zadłużonych (Dz. U. z 2019 r., poz. 55).

Literatura

Adamus R., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2016 (wersja elektroniczna, Legalis).

Adamus R., Groele B. (red.) et al., *Upadłość konsumencka. Komentarz do nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego*, Warszawa 2015.

Adamus R., Witosz A.J., Witosz A., *Upadłość konsumencka. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009.

⁵¹ Podobnie S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, koment. do art. 491¹⁹ pr. up.

⁵² R. Adamus, *koment. do art. 491¹⁹ pr. up...*; R. Adamus, B. Groele (red.) et al., *Upadłość...*, s. 294.

Druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2265.

Filipiak P. (red.), Hycaj A., Lipowicz Ł., *Upadłość konsumencka po dużej nowelizacji. Komentarz*, Poznań 2015.

Gnela B., Michałowska K. (red.), *Współczesne wyzwania prawa konsumenckiego*, Warszawa 2016.

Gurgul S., *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 11.

Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016 (wersja elektroniczna, Legalis).

Hrycaj A., Jakubecki A., Witosz A. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. System Prawa Handlowego*, t. 6, Warszawa 2016.

Witosz A.J., *Plan spłaty wierzycieli w upadłości konsumenckiej*, „Monitor Prawniczy” 2010, nr 10.

Zimmerman P., *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2015.

ISSN 2450-3932