

CZASOPISMO PRAWNICZE WYŻSZEJ SZKOŁY ZARZĄDZANIA I PRAWA IM. HELENY CHODKOWSKIEJ W WARSZAWIE

PAŃSTWO PRAWNE

Nr 1(2) czerwiec 2012 roku

Rok wyd. II

Cena 27,30 zł (w tym 5% VAT)

ISSN 2083-4330



Redaktor naczelny: *Waldemar J. Wołpiuk*

Sekretarz redakcji: *Joanna Paszkowska*

Komitety Redakcyjne:

prof. dr hab. Jan Barcz

prof. dr hab. Andrzej Bierć

prof. dr hab. Jerzy Kuciński

dr hab. prof. WSZiP Jolanta Jakubowska-Hara

prof. dr hab. Stanisław Gebethner

Wszystkie artykuły zamieszczane w czasopiśmie są recenzowane.

All articles published in the periodical are subject to reviews.

Projekt okładki: *Jan Straszewski*

© by Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa

im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie

ISSN 2083-4330

Adres wydawcy i redakcji:

Al. Jerozolimskie 200

02-486 Warszawa

Tel. 022 539 19 44

e-mail: wydawnictwo@chodkowska.edu.pl

Opracowanie redakcyjne: *Joanna Paszkowska*

Tłumaczenie i weryfikacja tekstów anglojęzycznych: *Marcin Lech*

Skład i łamanie: *Jan Straszewski*

Druk: Fabryka Druku Sp. z o.o., ul. Staniewicka 18, 03-310 Warszawa,
www.fabrykadruku.pl

SPIS TREŚCI

Artykuły

Jerzy Oniszczyk, Demokracja jako ustrój złożony z mniejszości. Środowisko prawników jako mniejszość – cechy (wartości) charakteryzujące prawnika	7
Summary	44
Jerzy Kuciński, Państwo w programach wyborczych parlamentarnych partii politycznych	45
Summary	69
Przemysław Czernicki, Uwagi w sprawie zasadności reformy instytucji kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością	70
Summary	81

Jarosław Sozański, Prawotwórcza rola parlamentów narodowych w Unii Europejskiej po traktacie lizbońskim	82
Summary	113
Justyna Żylińska, Autonomia biegłego związana z przeprowadzeniem ekspertyzy	115
Summary	130
Robert Siwik, Umowny zakaz cesji de lege ferenda	131
Summary	138
Wojciech Dyląg, Demokracja lokalna – referendum lokalne w Polsce	140
Summary	149
Marcin Zieliński, Odpowiedzialność cywilna pośredników internetowych za przekazywane informacje (na tle art. 422 Kodeksu cywilnego)	150
Summary	162
Łukasz A. Bentkowski, Dowód spreczny z prawem w postępowaniu administracyjnym ..	163
Summary	172

Wspomnienie

Przemysław Czernicki, In memoriam Jan Szachułowicz (1928–2010)	173
---	-----

Recenzje

Wojciech Sokolewicz, <i>Wokół Konstytucji. Pisma wybrane</i> (rec. W.J. Wołpiuk)	179
Joachim Osiński (red.), <i>Administracja publiczna na progu XXI wieku</i> (rec. J. Kuciński)	183
Wojciech Sokolewicz, <i>Prasa i Konstytucja</i> (rec. I.C. Kamiński)	189
Andrzej W. Wiśniewski, <i>Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów</i> (rec. Ł. Speer)	193

Sprawozdania

Mirosław Sitarz, <i>Międzynarodowa konferencja naukowa „Il Codice delle Chiesa Orientali” Rzym 8–9 października 2010 roku</i>	197
Robert Siwik, <i>Nowy Kodeks cywilny oraz czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów w Toruniu 24–25 czerwca 2011 roku</i>	200
Łukasz Speer, Agata Wojciechowska, <i>Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Międzynarodowa konferencja naukowa, Warszawa, Sejm RP, 18–19 kwietnia 2011 roku.</i>	203
Anna Pudło, Aleksandra Socha, <i>Rewizja traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony: problemy teoretyczne i praktyczne. Konferencja w Warszawie 22 maja 2012 roku</i>	207

CONTENTS

Articles

Jerzy Oniszczyk, The democracy as a structure consisting of minorities. The environment of lawyers as minority - features (values) characterizing lawyer	7
Summary	44
Jerzy Kuciński, The state in electoral programs of political parties	45
Summary	69
Przemysław Czernicki, Remarks on the legitimacy of the reform of share capital in a limited liability company	70
Summary	81

Jarosław Sozański, Law-making role of the national parliaments in the European Union after the Lisbon Treaty	82
Summary	113
Justyna Żylińska, Autonomy of an expert witness in preparing opinion.	115
Summary	130
Robert Siwik, Non-assignment clauses de lege ferenda	131
Summary	138
Wojciech Dyląg, Local democracy – local referendum in Poland	140
Summary	149
Marcin Zieliński, Civil liability of Internet Service Providers for the broadcasted information (against Art. 422 of Civil Code)	150
Summary	162
Łukasz A. Bentkowski, Illegal evidence in administrative proceedings	163
Summary	172

In memoriam

Przemysław Czernicki, In memoriam Jan Szachulowicz (1928–2010)	173
---	-----

Reviews

Wojciech Sokolewicz, <i>About Constitution. Selected papers</i> (reviewed by W.J. Wołpiuk) . . .	179
Joachim Osiński (ed.), <i>Public administration in the 21st century</i> (reviewed by J. Kuciński)	183
Wojciech Sokolewicz, <i>Press and Constitution</i> (reviewed by I.C. Kamiński)	189
Andrzej W. Wiśniewski, <i>International commercial arbitration in Poland. Legal status of arbitration and arbitrators</i> (reviewed by Ł. Speer)	193

Reports

Mirosław Sitarz, <i>International conference „Il Codice delle Chiesa Orientali” Rome 8-9 October 2010.</i>	197
Robert Siwik, <i>New civil code and delicts in Polish law and comparative law. 4th Nationwide Civil Lawyers Convention in Toruń 24-25 June 2011</i>	200
Łukasz Speer, Agata Wojciechowska, <i>Effectiveness of European system of human right protection. International conference, Warsaw, Sejm, 18-19 April 2011</i>	203
Anna Pudło, Aleksandra Socha, <i>Revision of treaties constituting the European Union after the Lisbon Treaty: theoretical and practical issues. Conference in Warsaw 22 May 2012.</i>	207

JERZY ONISZCZUK*

Demokracja jako ustrój złożony z mniejszości. Środowisko prawników jako mniejszość – cechy (wartości) charakteryzujące prawnika¹

1. Uwagi ogólne

Przedmiotem niniejszych rozważań jest miejsce środowiska prawników, uważanego za pewną mniejszość, w realizacji demokracji. Tradycyjnie i najczęściej demokracja traktowana jest jako: 1) specyficznie wykonywana władza określonej większości w państwie, oraz 2) jako ustrój polityczny, w którym panują wolności polityczne i pluralizm światopoglądowy. Nadto tradycyjnie uważa się, że wpływ na wykonywanie władzy mają różne grupy polityczne (np. partie polityczne), społeczno-zawodowe (np. stowarzyszenia i związki zawodowe), wyznaniowe (np. Kościoły, stowarzyszenia religijne), gospodarcze (np. środowisko wielkich korporacji, lobbyści), profesjonalne (np. środowiska lekarskie, prawnicze, nauczycielskie), artystyczne, etniczne i wiele innych. Te wyróżnione ze względu na różne cechy mniejszości obywateli, co należy wyraźnie podkreślić, nie są mniejszościami logicznie rozdzielonymi. Oznacza to także, że niektóre osoby przynależą do różnych środowisk czy organizacji społecznych, a więc mieszczą się w wielu różnych grupach społecznego wpływu na władzę. Łatwo zatem zauważyć, że prawnik może być zarówno członkiem korporacji zawodowej (np. adwokackiej), jak i stowarzyszenia (np. prawników), partii politycznej, ruchu związkowego czy religijnego.

* Prof. dr hab., Szkoła Główna Handlowa.

¹ Referat przygotowany na konferencję w Tarnowie, 25–26 listopada 2010 r. pt. *Mniejszości w ustroju demokratycznym*. Organizator: Towarzystwo Kuźnica i prof. dr hab. M. Szyszkowska.

W niniejszym opracowaniu chodzi nie o sformalizowaną grupę udziału czy wpływu na władzę, ale o miejsce w demokracji prawników jako pewnej całości, stanowiącej określoną mniejszość, o której spójności przesądza czynnik formalny, tj. rodzaj wykształcenia, a jeszcze bardziej wykonywany zawód prawniczy.

Przede wszystkim wyjaśnienia wymaga pojęcie środowiska prawników i mniejszościowego charakteru tego środowiska. Jakie elementy umożliwiają pogląd o mniejszości prawników? Kluczowym terminem dla niniejszych rozważań jest „prawnik”, jako osoba związana z prawem, a które to ujęcie miałoby konstytuować mniejszość. Kwestią jest, jak środowisko to się aktywizuje, poznaje byt, jakim jest prawo, i co z nim czyni. Tytuł rozważań wymaga też zastanowienia się nad wartościami ważnymi dla tego środowiska, mającymi znaczenie dla jego tożsamości. Powyższe uwagi są pewną łączną całością i pobrzmiewa w nich inspiracja filozoficznym podejściem, w którym wyróżnia się problemy ontologiczne (a więc poglądy, rozważania dotyczące bytu, istnienia świata, człowieka), która to ontologia determinuje podejście epistemologiczne (jak człowiek poznaje), łącznie zaś ontologia i gneseologia determinują aksjologię, a więc, jakie są wartości związane z istotą bytu (w naszym przypadku prawa i prawników) i jakie są wartości związane z poznawaniem. Podążając tą drogą, można odnotować, że w zależności od podejścia do prawa, a mianowicie, czy jest ludziom dane np. przez Boga czy w inny zewnętrzny wobec ludzi sposób zdeterminowane (podejście prawnonaturalne), czy też jest wytworzone przez samych ludzi stosownie do ich dobrej woli i kultury (pozytywizm) albo interesów szczególnie silnych (realizm), to zrozumiałe jest, że inaczej będzie postrzegany prawnik. W pierwszym przypadku, w skrajnym ujęciu może być nawet traktowany jak powiernik normatywnej decyzji boskiej, kapłan, który pośredniczy w dostarczeniu norm Najwyższego. Natomiast uproszczony pozytywizm opisze prawnika-sędziego jako „mechaniczne usta ustawy” będącej wolą władzy państwowej, a realistyczne podejścia pokażą prawnika jako strażnika prawa zdeterminowanego przez egoistyczne interesy dominującego biznesu czy rządzących, wpływowe kręgi religijne, partyjne czy zjawiska ekonomiczne bądź socjobiologiczne. Inaczej będzie zatem poznawane czy odkrywane prawo za pośrednictwem prawnika-kapłana, inaczej prawnika trzymającego się ściśle tekstu (np. egzegeza), a jeszcze inaczej, gdy wytwarza się ono w praktyce sporów i w warunkach przewagi silniejszego. Wreszcie nieco inne będą wartości prawa wynikającego z decyzji Boga czy natury (zdeterminowane, odkrywane) i cechujące postawę prawnika-kapłana od wartości prawa zależnego od zmiennej woli człowieka (parlamentu) albo od sił egoistycznych rynków finansowo-gospodarczych czy innych zjawisk determinujących normę prawniczego rozstrzygania. Wówczas wartości prawników będą tylko wartościami tekstu prawnego albo będą dopasowywały się do fortuny zmiennego życia społecznego, albo wreszcie będą wyrazem przekonania o pewnym poziomie autonomicznych wartości prawa, których prawnik jest zaufanym i pewnym strażnikiem. Europejska

nowsza tradycja w swoim założeniu próbuje łączyć podejście do prawa będącego decyzją ludzi (wolą prawodawcy) z pewną stałą wizją prawa (zawartego głównie w tekstach), które cechuje się określonym minimum wartości wewnętrznych i zewnętrznych (autonomia prawa), i prawnikami, którzy służą prawu w warunkach rozumienia humanistycznych wartości dobrego prawa.

2. Rządy większości i mniejszość jako tradycyjne założenie demokracji – realne znaczenie mniejszości

2.1. Rozumienie demokracji jako systemu rządów wielu (większości)

Niniejsze uwagi, chociażby w bardzo ograniczonym zakresie, ale muszą zasygnalizować rozumienie demokracji jako zespołu właściwości, które mają cechować współczesną demokrację. Można odnotować, że na pojawienie się, trwałość czy ograniczenia demokracji, kwalifikowanej najogólniej jako system rządów wielu w państwie, tak jak każdego ustroju, wpływają różne okoliczności.

Przede wszystkim można przypomnieć sięgającą XIX wieku tradycję państwa prawnego uwzględniającą wątek demokracji. Odnotowywano wówczas (Robert von Mohl) dwie zasady leżące u podstaw ludowładztwa. Pierwsza z nich uznawała, że każda samodzielna i zdolna do wydawania ocen jednostka ma prawo do samodzielnego prowadzenia swoich interesów; z tego założenia wypływało prawo obywateli do prowadzenia spraw państwa. Stanowisko to wyklucza władzę jednostek. Natomiast druga zasada przyjęła, że „zawsze mniejszość musi ulegać uchwale większości co do wspólnych praw i interesów”. Oznaczało to więc zasadę współdziałania większej liczby osób. Kwestią jest uzasadnienie panowania większości. Za zrozumiałe przyjmowano stanowisko, gdy zasada decydowania przez większość zostałaby przyjęta w następstwie powszechnej zgody. Natomiast w innej sytuacji stawiano kwestię, że niezrozumiałe jest, dlaczego jednostka musi zrezygnować „ze swoich przekonań o celu życia i najlepszym sposobie osiągnięcia tegoż jedynie z powodu, iż inni ludzie inaczej o tym sądzą”. Wyrażano wówczas myśl, że jedynym dosyć szczególnym uzasadnieniem wspomnianej zasady jest powód praktyczny. Mianowicie temu, aby nie doszło do rozpadu państwa, może zapobiec przyjęcie jednej zasady, nawet w sytuacji, gdyby pojawiły się zróżnicowane stanowiska. Natomiast ochrona mniejszości również powinna być gwarantowana przez możliwość legalnego przekonywania do swoich poglądów, aby uzyskać większość, przez istnienie zabezpieczeń i mechanizmów chroniących mniejszość przed samowolą większości w różnych obszarach. Znaczenie mają tu zatem prawa obywatelskie. Wśród tych, które są szczególnie ważne w ludowładztwie, wyróżniano prawa: wypowiedzania myśli, zgromadzeń, dobrowolnego stowarzyszania, swobodę organizacji gmin (samorządu), którą uzna-

wano za konsekwencję realizowania idei demokracji. W demokracji reprezentacyjnej zaś pojawiło się jeszcze realizowanie zasady demokracji za pośrednictwem posłów, a także zasada podziału władzy jako służąca gwarantowaniu praw i wolności jednostek. Zasadnicze znaczenie w demokracji przedstawicielskiej przypisano regulacji dotyczącej wybierania reprezentantów – posłów do zgromadzenia przedstawicieli (parlamentu), który zastępował zgromadzenie ludowe (demokracja bezpośrednia). Jeżeli chodzi o kwestię uczestniczenia w wyborach, tj. czy wynika ono z mandatu czy też jest prawem, rozstrzygnięto ją, wychodząc z założenia, że pojęcie ludowładztwa zakłada udział obywateli w kierowaniu sprawami państwa. Dlatego też uczestnictwo w wybieraniu posłów określono jako prawo². Nadto zasada równości prawnej uniemożliwiała wyróżnianie wyborców ze względu na jakiekolwiek cechy³.

Na problem większościowego decydowania w demokracji zwrócił uwagę np. Czesław Znamierowski. W jego ujęciu konsensualne czy też inne ustalanie celów i sposobów działania w rezultacie zwłaszcza debaty publicznej wymaga podjęcia decyzji, co następuje w głosowaniu. Wówczas ujawnia się stanowisko zgromadzenia oraz każdego głosującego. W przypadku jednomyślności pojawia się interpretacja, że decydujący byli zgodni co do treści rozstrzygnięcia. Ten zbiór (decyzja wspólna) nawet tożsamy co do treści decyzji indywidualnych nie zmienia swojego charakteru i nie pojawia się jako „magiczna wola powszechna czy wola ogółu”, gdyż przeżycia cechuje indywidualność. Natomiast z braku tożsamości w tym zakresie dochodzi do większościowego rozstrzygnięcia. Tak czy inaczej decyzja wspólna zamyka jednostce możliwość swobodnego zmieniania stanowiska, albowiem w swojej decyzji przekazała też wszystkim współdecydującym jako całości kompetencję do zmiany ustanowionej reguły⁴. W każdym razie ogólna zgoda na normę większościowego decydowania, które uwzględnia kompromis lub przecina konflikt, oznacza, że stanowisko przyjęte przez większość „mocą normy wyboru, staje się decyzją wiążącą wszystkich, którzy poddali się tej normie”. Wspomniane poddanie normie wyboru oznacza, że wszyscy zawarli „ugodę kompromisową, bo wszyscy wzięli na siebie równe ryzyko, że nie stanie się to, czego każdy [...] pragnie”. Zatem, gdy w rezultacie głosowania pojawiła się „większość i jej zwycięska decyzja”, to mniejszość na podstawie „normy wyboru poddaje się decyzji, która rzeczowo nie tylko nie jest jej decyzją, lecz jej przeciwieństwem, która jednak w myśl normy wyboru staje się też

² W sferze tej dominował pogląd, że w demokracji każdy obywatel ma przyrodzone prawo do uczestniczenia w rządzie. Jeżeli to uczestniczenie nie może być wprost wykonywane i ma być przekazane, to tylko na podstawie przysługującego obywatelowi prawa wyborczego. Wobec tego wypowiadano pogląd, że przeciwne zasadzie demokracji byłoby, aby w tym reprezentacyjnym ludowładztwie reprezentowane mogły być też np. własność, inteligencja, poszczególne korporacje. Uznawano, że zasadniczym kryterium jest konieczność jednolitości, a więc w jednym rodzaju (gatunku) państwa nie można połączyć cech bardzo różnych rodzajów państw.

³ R. von Mohl, *Encyklopedia umiejętności politycznych*, Liber, Warszawa 2003, s. 286–288, 292–293.

⁴ C. Znamierowski, *Szkola prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1999, s. 33.

jej decyzją: wszak i mniejszość zgodziła się, że to, co przyjmie większość, będzie obowiązywało tak, jak gdyby to była jednomyślna decyzja całego głosującego zespołu". Głosowanie, które rozstrzyga o wynikach debaty w sprawach zbiorowych, odbywa się w warunkach konwencji (fikcji), że wszyscy kierują się troską o dobro wspólne, a zazwyczaj kwestię stanowią sposoby zmierzania do celu. Spór o metody realizacji dążeń, za którymi stoją konkurencyjne projekty i interesy, nie oznacza, że strony ujawnią prawdziwe argumenty, natomiast będą przedstawiać argumenty niewystarczająco konkluzywne, co będą wydobywali przeciwnicy. Na podstawie głosowania po niekonkluzyjnej debacie pojawia się wątpliwość, czy większościowe rozstrzygnięcie ma rzeczywiście za sobą mocniejsze argumenty. Wątpliwości dotyczące reguły majoryzacji, traktowanej jako zasada niejednomyślnego głosowania, nie dostarczają jednak argumentów na rzecz dyrektywy minoryzacji. W ocenie Znamierowskiego „liczbowy wynik głosowania jest miarą mocy, z jaką uchwalona norma obowiązuje w danej grupie. Pokazuje on, jak wysokie jest prawdopodobieństwo, że przekroczenie normy spotka się z sankcją rozsianą: jest jednocześnie czynnikiem, który wpływa na to, czy norma stanie się sugestywna dla przeciwników". Odpowiednio do poziomu większości głosującej obowiązywanie normy będzie mniej lub bardziej trwałe. Rezultat głosowania odczytywany jest też „jako miara odpowiedzialności członków grupy za to, co się w niej stanie przez to, że będzie w niej obowiązywała norma uchwalona”⁵.

2.2. Mniejszość w demokracji

Współcześnie powszechnie w demokracjach dowodzi się względności zasady rządów większości (majoryzacji). Znaczenie dla osłabienia poglądu o absolutnym charakterze demokracji jako rządów większości miały ustalenia związane z wolnościami i prawami człowieka, z rozwojem świadomości dotyczącej tzw. problemu obszarów wrażliwych na większościowe rozstrzyganie, z myślą, że w demokracji każdy może znaleźć się w mniejszości, i wreszcie, że w demokracji tylko procedura wyborów jest pewna, a nie wynik.

Wobec powyższych uwag kwestią jest pojmowanie „mniejszości”. Według słownikowego objaśnienia „mniejszość” to: „mniejsza ilość czegoś, mniejsza liczba kogoś, czegoś; mniejsza część, grupa w porównaniu z inną częścią czy grupą”. Inne rozumienie zwraca uwagę na cechę różnicującą i stosownie do niego „mniejszość” to „grupa ludzi danego państwa różniąca się od większości jego obywateli przynależnością narodową, rasową, wyznaniową, mówiąca innym językiem itp.”; mówi się o mniejszości narodowej czy wyznaniowej⁶.

⁵ *Ibidem*, s. 38, 41–42.

⁶ *Słownik języka polskiego*, M. Szymczak (red.), Wyd. PWN, Warszawa 1979, t. 2, s. 195.

Rozwijając powyższą treść, można powiedzieć, że w społecznościach między grupami występują różnicowania, ale niektóre z nich powstają w oparciu o takie cechy, które powodują, że w świadomości większości społeczeństwa grupy wyróżnione według tych cech są traktowane jako odmienne. Wśród takich wyróżników odmienności wymienia się zwłaszcza narodowość, język, wyznanie religijne, kulturę. W Europie do XVIII wieku głównym wyróżnikiem mniejszości była religia, od XIX wieku zaś wraz z rozwojem świadomości narodowej szczególnego znaczenia nabrały różnicowania narodowe, etniczne, na co m.in. miały wpływ przesunięcia granic państwowych. Wspomniane różne cechy wywoływały i niejednokrotnie nadal wywołują działania dyskryminacyjne pochodzące od tzw. większości społecznych, a także państw. Należy dodać, że zachodzą także sytuacje, gdy mniejszości kierują państwami i prowadzą politykę dyskryminującą większość. Jest to jednak inna sytuacja od tej, która występuje w demokratycznych państwach prawnych, gdzie władza wyłaniana jest w wolnych wyborach.

Nie budzi wątpliwości, że istnieją pewne potrzeby każdej mniejszości narodowej i etnicznej, tj. bez względu na jej rozmiar, związane z utrzymaniem własnej tożsamości. Uważa się, że w warunkach demokratycznego państwa prawnego oznacza to obowiązki państwa o charakterze negatywnym (powstrzymywanie się od niekorzystnych działań) oraz pozytywnym (wyrażają się we wspieraniu działań służących zachowaniu tożsamości wspomnianych mniejszości i wzbogacaniu kultur). Taki program działania władz publicznych powinien zmierzać do podtrzymywania poczucia tożsamości mniejszości. Oznacza to więc konieczność ukształtowania stosownych krajowych gwarancji ochrony praw mniejszości. Oczekuje się, że będą one miały zarówno charakter instrumentów prawnych, jak i finansowo-administracyjnych. Ich realność nie powinna pozostawać tylko na poziomie uchwalenia stosownych dokumentów, ale powinny one być efektywnie stosowane. Ważne jest, aby działania zwłaszcza administracji centralnej uwzględniały fakt, iż mniejszości pozostają (zamieszkują) zarówno w pewnych skupiskach, jak i żyją w rozproszeniu na terenie całego kraju.

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. podjęła kwestię praw mniejszości narodowych i etnicznych, obowiązuje w tym zakresie także kilka ustaw. Znaczenie dla określenia praw mniejszości mają również wielostronne i dwustronne umowy międzynarodowe, których stroną jest Polska, a obecnie także regulacje Unii Europejskiej. Unormowania te z jednej strony określają zakres przedmiotowy praw mniejszości narodowych oraz służące ich ochronie środki prawne, z drugiej zaś ustalają różne odpowiadające tym prawom obowiązki organów publicznych⁷. Konstytucyjne oraz

⁷ Podstawowa norma konstytucyjna dotycząca omawianych praw zawarta jest w art. 35, znajdującym się rozdziale II zatytułowanym: „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, w części pt. Zasady ogólne (wstępnie należy zasygnalizować, że ujęte w tej części zasady mają

ustawowe regulacje wolności i praw mniejszości oraz mechanizmy służące ich ochronie ukształtowane zostały z uwzględnieniem dwóch aspektów. Pierwszy wyraża punkt widzenia uniwersalnej ochrony wolności i praw jednostki, której dodatkową cechą jest to, że należy do mniejszości, drugi wychodzi z założenia o istnieniu swoistych potrzeb grupowych, jakie mają mniejszości, aby zachować tożsamość narodową.

2.3. Demokracja jako ustrój kompromisów wobec założenia, że w demokracji każdy może być mniejszością

Wśród szczególnie ważnych mitów kreujących demokrację występuje koncepcja umowy społecznej. Konstrukcja tego porozumienia zakłada istnienie demokracji, pod warunkiem że będzie ona spełniała liczne wymagania. Zwłaszcza będzie tolerancyjna w stosunku do każdego; każdy bowiem może być w mniejszości. Decyzyje

charakter szczególny i określane są jako zasady katalogu wolności i praw jednostki). Wspomniany art. 35 stanowi, że: „Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowania obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury” (ust. 1), a także stwierdza, że: „Mniejszości narodowe i etniczne mają prawo do tworzenia własnych instytucji edukacyjnych, kulturalnych i instytucji służących ochronie tożsamości religijnej oraz do uczestnictwa w rozstrzyganiu spraw dotyczących ich tożsamości kulturowej” (ust. 2). Z kolei mająca charakter programowy Konwencja ramowa (1995 r.) traktuje mniejszość narodową jako grupę ludzi, która ma tożsamość etniczną, kulturową i religijną, a która różni się od narodowości podstawowej. Konwencja ta wskazuje też na pewne obowiązki pozytywne i negatywne państwa, a zwłaszcza niedopuszczalność realizacji polityki przymusowej asymilacji i obowiązek ochrony mniejszości przed takimi przedsięwzięciami. Pewna wskazówka zawarta jest też w art. 3 przewidującym prawo jednostki należącej do mniejszości do swobodnego (niearbitralnego) decydowaniu o traktowaniu jej jako przynależnej bądź nie do mniejszości. Podobnie i prawo unijne nie definiuje mniejszości narodowych, zresztą nie wskazuje ono też bardziej szczegółowo katalogów praw mniejszości. Z braku dostatecznych określeń prawnych niezbędne staje się zwrócenie uwagi na słownikowe rozumienie mniejszości. Zgodnie z nim mniejszość może oznaczać mniejszą grupę w porównaniu do innej bądź jej część. Mniejszością jest „grupa ludności danego państwa różniąca się od większości jego obywateli przynależnością narodową, rasową, wyznaniową, mówiąca innym językiem itp.” (Może więc istnieć mniejszość narodowa czy wyznaniowa). Jeżeli chodzi z kolei np. o termin „naród”, to rozumiany jest on jako „trwała wspólnota ludzi utworzona historycznie, powstała na gruncie wspólnoty losów historycznych, kultury, języka, terytorium i życia ekonomicznego przejawiająca się w świadomości narodowej jej członków” (*Słownik języka polskiego, op.cit.*, t. 2, s. 195 i 284). W każdym razie także zawarte w słownikach wyjaśnienia nie ułatwiają precyzyjnego określenia omawianych pojęć ani kryteriów decydowania o przynależności do mniejszości. Należy dodać, że poglądy pojawiające się podczas tworzenia Konstytucji RP wskazywały na potrzebę objęcia ochroną możliwie szerokiego kręgu podmiotów, co wyraziło się m.in. przyznaniem ochrony nie tylko mniejszościom narodowym, lecz także grupom etnicznym. Termin „etniczny” tłumaczony jest jako „związany z przynależnością do jakiegoś narodu, z jego kulturą; właściwy danemu narodowi; narodowy”. Zob. *Słownik języka polskiego, op.cit.*, t. 1, s. 558. W tym obszarze rozwiązania nawiązały do prawnomiedzynarodowych koncepcji i regulacji.

w demokracji, gdzie każdy może być mniejszością, muszą obejść absolutność rozstrzygnięć. Obecność sensownego bycia po różnej stronie sprawy wymaga porozumienia, kompromisu. Nie tylko tolerowania np. cudzych poglądów, ale liczenia się z nimi i uwzględniania ich w decyzjach. Zrozumiałe jest, że nie wszystkie sprawy można uzgodnić i załatwić kompromisowo. Taki mechanizm nie działa w sprawach wartości zwłaszcza o charakterze wyznaniowym. W demokracji jest to obszar wzajemnej tolerancji i szanowania, ale porozumienie zwykle jest tu wykluczone. Stąd te problemy, których nie można rozstrzygnąć w drodze umowy publicznej i które nie nadają się do debaty publicznej. Zwykle dowodzi się, że przekonywanie w sprawach wiary nie jest sprawą rozstrzygnięć większościowych. Zatem ten obszar spraw o tyle podlega demokracji, o ile ta gwarantuje swobodę każdej wizji, i to na zasadzie równości. Opowiadanie się rządu za religiami wyznawanymi przez miliony oznaczać może dyskryminację religii o niewielkiej liczbie wyznawców.

2.4. Rządy mniejszości w demokracji

Bardzo często się dowodzi, że rządy większości zostały współcześnie podważone przez fakt rządów niektórych mniejszości. Tak dowodzą np. przedstawiciele neorepublikanizmu. Również zachowania rządów w okresie kryzysu 2007 r. pod dyktando rynków finansowych, które nie kierują się regułami demokratycznych wolności (a w tym równością), wyraźnie miały dowodzić wewnętrznych i zewnętrznych w stosunku do demokracji wpływów mniejszości.

Współcześnie interesujące uwagi o „opuszczaniu” przez władzę obywatelskiej większości formułował neorepublikanizm np. w interpretacji Michaela Sandela, który według Michaela Walzera w swoim widzeniu polityki kieruje uwagę na rozumienie m.in. pojęć: „cnoty obywatelskie, wartość partycypacji, poczucie, że polityka jest najwyższym powołaniem człowieka”⁸. Wspomniany republikański komunitaryzm zwraca uwagę na upadek idei samorządu i erozję tradycyjnych wspólnot społecznych, od rodziny począwszy, jako zagrażające istnieniu demokracji. Zanikająca aktywność obywateli w sprawach publicznych i dynamika rozwoju współczesnej cywilizacji powodują, że władza przechodzi w ręce profesjonalnych polityków i grup doradców. Komunitaryzm, przypisując odpowiedzialność za ten stan rzeczy zwłaszcza liberalnej idei polegania na sobie, nie zgadza się z koncepcją wolności negatywnej – uznaje, że jest ona apologią indywidualizmu i egoizmu. Twierdzi natomiast, że ludzie mają potrzebę bycia z innymi. Jeżeli chodzi o stosunek do mniejszości, to przyjmuje, iż wola większości nie może prowadzić do nieskrępowanej działalności instytucji demokratycznych, a więc zasada większości nie może stanowić dyskryminacji mniejszości. Podejście komunitarystyczne zwraca uwagę na realizo-

⁸ M. Walzer, *Dlaczego liberalizm wymaga korekty*, w: *Idee z pierwszej ręki*, Warszawa 2008, s. 103.

wanie wolności w ramach wspólnoty. Oczekujący świadczeń ze strony wspólnoty mają też obowiązki wobec niej, wynikające z faktu przynależności do wspólnoty (obowiązki solidarności). Istnieją też prawa solidarności, np. socjalne. Uważa się, że wspólnota ma prawo oczekiwać, aby jej członkowie respektowali wartości niezbędne dla istnienia wspólnoty. Szczególne znaczenie ma sposób realizacji koncepcji komunitaryzmu. W przypadku bowiem, gdy są to środki przymusu, to filozofia może ta przybrać postać doktryny totalitarnej, w której nawet przy władzy sprawowanej demokratycznie prawo będzie narzędziem określania przez większość obowiązującej aksjologii, a więc ograniczania postaw i poglądów moralnych i światopoglądowych. Obywatel w takiej sytuacji może stać się „publiczną własnością”. Metody, które popierają republikanie, to nie przymus i tresura, lecz perswazja, edukacja i wychowywanie⁹. W stosunku do komunitarystycznego poglądu Sandela, że „wspólnota to więzy, które odkrywamy”, wyrażana jest ocena, że odkrywanie nie dokonuje się w obszarze wyboru ani nie przyjmuje możliwości zmiany. Jednakże o ile jednostka nie ma wyboru w stosunku do aktualnego położenia, o tyle zasadniczo możliwość zmiany w przyszłości należy do niej¹⁰.

2.5. Mniejszość prawników i powszechność prawa.

Wolne zawody i korporacje

Wspomniano, że w społecznościach, między jej grupami, występują zróżnicowania, a niektóre z nich powstają w oparciu o takie cechy, które powodują, że w świadomości większości społeczeństwa grupy wyróżnione według tych cech są traktowane jako odmienne. Wśród takich wyróżników odmienności wymienia się np. narodowość czy wyznanie. Z pojmowania, zwłaszcza słownikowego, grupa, jaką stanowią prawnicy, może być traktowana jako mniejszość (przynajmniej obecnie), ponieważ łączy ich wspólna cecha w postaci kwalifikowanej relacji do prawa rozumianego jako ogólna regulacja stosunków społecznych. Jednakże ta mniejszość profesjonalna nie jest w świadomości danej większości w państwie traktowana jako odmienność, ale jako swoista grupa, która w społeczeństwie dba o spójność normatywną nie tylko większości, ale również całości ludzi zorganizowanych w państwie, o co zwłaszcza zabiega większość. Słownikowe wyjaśnienie terminu „prawnik” wskazuje bowiem, że chodzi o osobę, która ma wykształcenie prawnicze, o specjalistę w dziedzinie prawa, termin „prawniczy” zaś rozumiany jest jako „dotyczący prawnika, prawa; prawny”, a także jako odnoszący się do studiów czy zawodów praw-

⁹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2008, s. 135 i n.

¹⁰ A. Sen, *Żyjemy w czasach tyranii wspólnot*, w: *Idee z pierwszej ręki*, Warszawa 2008, s. 216.

nicznych¹¹, np. ukończyć studia prawnicze, kancelaria prawnicza. Termin „prawnik” może zatem oznaczać zarówno osobę, która zna prawo (materialne ujęcie), jak i taką, która uzyskała dyplom prawnika po ukończeniu stosownych studiów. Współcześnie wykonywanie zawodu prawnika związane jest zwykle z posiadaniem stosownego formalnego wykształcenia. Jest wiele szczegółowych zawodów prawniczych, a najbardziej tradycyjne zawody to: sędzia, prokurator, adwokat, radca prawny. Innym zawodem prawniczym będzie nauczyciel akademicki kształcący w ramach określonej dyscypliny prawa na studiach prawniczych. Współcześnie zwykle środowisko prawników bywa kwalifikowane szerzej lub wężziej, tj. najszersze podejście używane jest na oznaczenie wszystkich osób o akademickim wykształceniu prawniczym (formalnym), nieco węższe pojmowanie ogranicza środowisko prawników do tych osób, które wykonują zawód prawnika, i wreszcie możliwe jest jeszcze węższe odniesienie w postaci środowiska konkretnego zawodu, np. radcowskiego. Do tych uwag można dodać, że współczesne słownikowe rozumienie pojęcia „zawód” przedstawia je jako „umiejętność wykonywania pracy w danej dziedzinie; fachowe, stałe wykonywanie jakiejś pracy w celach zarobkowych; fach, specjalność”¹². Na podstawie analizy różnych definicji dowodzi się, że możliwe jest wskazanie dwóch cech „zawodu”, a mianowicie „umiejętność wykonywania specjalistycznych prac oraz zarobkowy charakter pracy”. Nadto wskazuje się, że zawarte we wcześniejszych znaczeniach pojęcia „zawód” takie elementy, jak poświęcenie oraz osobiste zaangażowanie, współcześnie często przypisuje się pojęciu „profesja”. Dlatego „profesja” pojawia się jako termin, który „łączy w sobie dwa elementy: posiadanie umiejętności umożliwiających wykonywanie specjalistycznych czynności oraz osobiste zaangażowanie w realizację zadania”, a zatem „w porównaniu z pojęciem zawodu nie akcentuje się w profesji działalności zarobkowej”¹³. Jeżeli chodzi o praktykę językową, to wspomniane pojęcia: „zawód” i „profesja” bywają traktowane jako synonimy. Zauważa się, że termin „zawód” ma wiele ujęć w socjologii, a zwraca w nich uwagę to, że „jest aktywnością zarobkową i statusem społecznym”. Za Z. Krawczykiem podawane są następujące cechy zawodu: „1) stałe wykonywanie danej czynności, 2) świadczenie pracy na rzecz innej osoby, 3) korzyści osiągane z pracy konieczne do utrzymania się, 4) niezbędne przygotowanie i umiejętności”¹⁴. Z kolei ekonomiczne, klasyczne rozumienie zawodów nawiązuje do Adama Smitha, który zwracając uwagę na kryteria różnicujące zawody, wskazał, że są to: „1) zalety, jakie posiada dane zajęcie, 2) koszty zdobycia i wykonywania danego zawodu, 3) regularność zatrudnienia, 4) ciężar obowiązków i odpowiedzialności nałożonych na pracowników, 5) prawdopodobieństwo uzyska-

¹¹ *Słownik języka polskiego*, op.cit., t. 2, s. 912.

¹² *Ibidem*, t. 3, s. 977.

¹³ M. Rutkowska, *Europejskie standardy wykonywania wolnych zawodów*, w: *Europejskie standardy etyki i społecznej odpowiedzialności biznesu*, W. Gasparski (red.), Wyd. WSPiZ, Warszawa 2003, s. 261–262.

¹⁴ *Ibidem*.

nia oczekiwanego dochodu". W tym podejściu wybór zawodu ma charakter czysto ekonomiczny. Z punktu widzenia administracyjnoprawnego (np. Instrukcja nr 58 przewodniczącego Komitetu Pracy i Płacy z 31 października 1961 r.): „Pod zawodem lub specjalnością rozumie się oparte na kwalifikacjach (wiadomościach i umiejętnościach) wykonywanie w celach zarobkowych wynikającego z podziału pracy zespołu czynności (robót) społecznie użytecznych. Zawód jest szerszy od specjalności". Z tego określenia wywodzone są następujące aspekty zawodu: „a) jego społeczna użyteczność – co wyklucza istnienie zawodu np. złodzieja, b) posiadanie niezbędnej wiedzy i kwalifikacji, c) systematyczność w wykonywaniu czynności, d) uzyskiwanie dochodu". Jeżeli chodzi zaś o tzw. wolne zawody, to w literaturze często uważa się, że „zawód wolny charakteryzuje się osobistym i systematycznym wykonywaniem czynności wymagających odpowiednich kwalifikacji dających podstawę utrzymania, przy czym wykonywane czynności są społecznie użyteczne". Socjologiczne podejście dowodzi, że „wolne zawody powstały w wyniku rodzących się potrzeb społecznych, ekonomia zaś, że są wynikiem specjalizacji pracy i gromadzenia kapitału informacji", natomiast na podstawie podejść prawnych w państwach europejskich wskazuje się na wspólny element w postaci wysokich kwalifikacji i umiejętności przypisywanych uprawiającym wolne zawody¹⁵.

Na marginesie należy dodać, że do mniejszości prawniczej nie są stosowane ogólne zasady gwarancyjne, ochrona na podobieństwo tej, która dotyczy mniejszości etnicznych czy narodowościowych bądź grupy, która z założenia uczestniczy w sporach demokratycznych, jak partie polityczne czy związki zawodowe. Natomiast poszczególne grupy zawodowe prawników będą cieszyły się różnymi uprawnieniami lub kompetencjami, stosownie do funkcji, np. sędziowie orzekający w imieniu państwa i adwokaci występujący w obronie praw obywatelskich w stosunku do państwa czy reprezentujący obywateli w sporach prywatnych. Mniejszość prawników, traktowana mniej czy bardziej szeroko, jest więc specyficzną i bardzo zróżnicowaną mniejszością. W jej ramach są różne większości i mniejszości. Niektóre grupy zawodowe prawników cieszą się pewnymi przywilejami, np. sędziowie w postaci tzw. immunitetu i stanu spoczynku. Niektóre zawody związane są z realizowaniem władzy państwowej (np. sędzia), inne zaś wykonywane są przez osoby reprezentujące klientów i działające przed organami państwa (tzw. zawody zaufania publicznego), np. adwokaci. Są prawnicy, którzy sprawy swojego specyficznego zawodu prowadzą w ramach korporacji, np. adwokackiej czy radcowskiej. Niektórzy zaś prawnicy mają problemy zawodowe, społeczne i etyczne charakterystyczne raczej dla innych grup zawodowych, np. nauczycieli – profesorowie i doktorzy prawa, wykładowcy akademicki. Zapewne ten wątek można snuć dosyć długo. Uwaga ta wskazuje jednak, że różna jest rola i odpowiedzialność poszczególnych

¹⁵ *Ibidem*, s. 263.

zawodów prawniczych, tych tradycyjnych i tych coraz nowszych, wykształcających się stosownie do coraz bardziej złożonych stosunków społecznych. Dlatego różne będą wymagania dotyczące tych zawodów.

Rozważania nad warunkami realizacji poszczególnych zawodów związane są z ich funkcjami. Ale prawo – łączące wszystkich prawników – umożliwia myślenie o uniwersalnych podstawach wykonywania zawodu prawnika bez względu na swoiste cechy poszczególnych profesji. Można sięgnąć do różnych mniej lub bardziej literackich katalogów dobrego sędziego bądź adwokata, sugerujących pewną ponadczasowość wizerunku idealnego prawnika. Refleksja może skupić się nad cnotami dobrego sędziego albo nad koniecznym poziomem moralności prawników, który wyznaczają różne katalogi etyki deontycznej np. adwokatów. Można też spojrzeć w ogóle na prawników i poszczególne zawody z punktu widzenia codziennych opinii ludzi o wykonywaniu przez prawników swoich funkcji, krytykę ich postaw i dążności czy też społecznych badań nad poziomem zaufania do prawników lub poszczególnych zawodów.

Powyższe uwagi wskazują, że na mniejszość prawników można spojrzeć jak na grupę, która na podobieństwo innych wspólnot: 1) ma swoje interesy i pragnie mieć wpływ na władzę, aby je urzeczywistniać (np. w zakresie dochodów, wynagrodzenia za pracę), ale 2) istotniejsze jest to, że mniejszość prawników odgrywa role związane z wykonywaniem prawa w demokracji, a zwłaszcza jego stosowaniem, tj. rozstrzyganiem na podstawie aktów ogólnych parlamentu. Jest to zatem inny typ mniejszości i w innej sytuacji w porównaniu do np. mniejszości narodowej. Ta mniejszość bowiem zawodowo związana jest z prawem, które kształtuje niewyobrażalną liczbę stosunków w społeczeństwie. Współcześnie społeczeństwo zorganizowane w państwo jest ogromną wspólnotą, w której relacje określa prawo. Dotyczy ono wszystkich. Prawnicy pojawiają się zatem jako ludzie niezbędni do bezpiecznego określania relacji prawnych różnych mniejszości i większości, rządzących i rządzonych. Paradoksalnie zatem mniejszość prawnicza ze względu na swój zawód wymagający działania w obszarze powszechnych stosunków prawno-władczych nie pojawia się w odbiorze powszechnym jako ktoś słabszy, bo mniejszy od czegoś większego, ale pojawia się jako taka mniejszość, która ze względu na swoją specyficzną jakość, związane szeregu zawodów z siłą państwa ma niemal dominujące społecznie znaczenie.

Można jednak wyrazić pogląd, że mniejszość prawnicza ma cechy zarówno łączące ją, jak i dzielące, ze względu np. na wykonywane funkcje i własne interesy zawodowe. Wspólny jest jednak przedmiot i ogólna funkcja w postaci „dostarczania” do codziennych stosunków wspólnego prawa o należytej jakości. Na tę jakość składa się zaś nie tylko pewność merytoryczna prawa, lecz także sprawność w jego dostarczeniu w związku z indywidualno-konkretnym stosunkiem społecznym.

Pewnemu zrozumieniu charakteru zróżnicowania środowiska prawniczego może posłużyć swoista analogia do anglosaskiego wyróżnienia pojęciowego, dotycząca zawodów prawniczych, wedle której są tzw. profesje i zawody¹⁶. Profesje mają odpowiadać koncepcji polskich zawodów zaufania publicznego. Objaśnieniu sensu takich profesji zorganizowanych w korporacje zawodowe służą różne projekty uzasadniające powstawanie korporacji. Wśród nich znajduje się koncepcja umowy społecznej, na którą zwracają uwagę zwłaszcza korporacje prawnicze, np. adwokacka. Wizja kontraktu tłumaczy, że społeczeństwo w drodze umowy zawieranej przy pomocy parlamentu i ustawowej formy uzgadnia z korporacjami prawniczymi ich uprawnienia i obowiązki. Wedle tej wizji korporacje miałyby uzyskiwać pewien monopol na świadczenie usług, a także określony poziom samorządzenia, zakładającego pewne samostanowienie, w tym określanie zasad własnego postępowania także w zakresie tzw. odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Samorządy zawodowe okazują się ważnym tworem z punktu widzenia wykonywania wolnych zawodów, albowiem cechuje je znaczny poziom autonomii wiążący się z posiadaniem monopolu w zakresie ekonomicznym, politycznym i kontrolnym. Podejście to interpretowane bywa jako odpowiadające wizji samorządu zawodowego w zakresie ekonomicznym, prawnym i socjologicznym. W przypadku neoklasycznego podejścia ekonomicznego (sięgającego do wzorca *homo oeconomicus*) samorząd zawodowy przedstawiany jest w formie „grupy, której celem powstania i działania będzie racjonalna maksymalizacja korzyści dla członków grupy”; ekonomiczne podejście dostrzega jednak, że poszczególni członkowie zrzeszenia w sytuacji niewystarczającej kontroli korporacji będą działali tylko w interesie prywatnym. W płaszczyźnie prawnej samorząd kwalifikowany jest jako korporacja prawa publicznego, którą cechuje to, że przynależą do niej obligatoryjnie wszyscy uprawiający dany zawód, a samo stowarzyszenie reprezentuje dane środowisko zawodowe. Socjologiczne podejście tłumaczy sens samorządu jako grupy utworzonej, aby zaspokajać potrzeby kontaktów społecznych swoich członków czy podnosić ich prestiż i poczucie wartości¹⁷.

W przypadku Polski status i obowiązki korporacji zawodowych wyznacza zwłaszcza art. 17 Konstytucji RP. Zgodnie z nim w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (ust. 1). W ocenie orzecznictwa konstytucyjnego atrybuty „pieczy” samorządów zaufania publicznego nad „należyтым wykonywaniem zawodów” pozostają konsekwencją charakteru prawnego

¹⁶ Ł. Bojarski w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?* zorganizowanej przez Fundację im. Stefana Batorego i redakcję „Tygodnika Powszechnego”.

¹⁷ M. Rutkowska, *Europejskie standardy...*, op.cit., s. 268 i n.

„pieczy” jako funkcji o cechach władztwa publicznego. Fakt powierzenia swoistej funkcji „nadzorczej” („pieczy”) samorządowi nie zmienia zasadniczo publicznej natury tej funkcji. Artykuł 17 ust. 1 przez werbalizację wymogu działania „w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony” nie pozostawiał wątpliwości co do priorytetowego traktowania interesu publicznego w ramach sprawowanej „pieczy”. Dotyczy to również relacji „interesu publicznego” do środowiskowego interesu konkretnej korporacji zawodowej. Obowiązuje tu pierwszeństwo interesu publicznego nad interesem środowiskowym (i to bez względu na trudności w zharmonizowaniu tych interesów przez samorząd legitymowany w art. 17 ust. 1 *ab initio* do „reprezentowania osób wykonujących zawody zaufania publicznego”). Dlatego też np. dopuszczalne ograniczenia wynikają z charakteru samorządu, o których mowa w art. 17 ust. 1, w przypadku których wolność wykonywania zawodu lub swoboda działalności gospodarczej powinna ustępować „potrzebie nieczynienia uszczerbku zaufaniu publicznemu, którym pewne zawody są obdarzane”. Od zawodów kwalifikowanych jako zawody zaufania publicznego, według Trybunału Konstytucyjnego, społeczeństwo oczekuje zwykle ukończenia wyższych studiów oraz odbycia dalszych szkoleń. Dopuszcza możliwość powierzenia samorządowi zawodowemu funkcji i zadań o charakterze publicznym, w tym władczych, sprawowanych wobec wszystkich osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego i pozostających w stosunku przynależności korporacyjnej. W praktyce jednoczesne wypełnianie funkcji określonych w art. 17 ust. 1 nie jest wolne od napięć czy wręcz konfliktów między środowiskowymi interesami grupy wykonującej określony zawód a interesem publicznym, w którego granicach i dla którego ochrony samorząd sprawuje pieczę nad należytym wykonywaniem tego zawodu. Nie zmienia to roli ustrojowej samorządu zawodowego, wyrażającej się w nałożeniu nań obowiązku harmonijnego łączenia konstytucyjnych funkcji. Samorząd zawodowy ma nie tyle niwelować środowiskowe interesy osób wykonujących zawody zaufania publicznego, ile zmierzać do ich uzgodnienia z interesem publicznym. Zakres i sposób harmonizowania przez samorząd interesu publicznego z interesem środowiskowym nie może być jednak pozostawiony nieskrępowanemu prawem uznaniu korporacji samorządowych i poddany tylko uregulowaniom wewnątrz korporacyjnym. Zatem status wspomnianych zawodów i objęcie jego wykonywania zasięgiem obligatoryjnej korporacji zawodowej może uzasadniać wprowadzenie pewnych ograniczeń w zakresie wolności wykonywania zawodu oraz wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w powiązaniu z wolnością wykonywania zawodu. Przymiot zawodu „zaufania publicznego”, jaki charakteryzuje zawody poddane unormowaniom art. 17 ust. 1, polega nie tylko na objęciu zakresem ich wykonywania pieczy nad prowadzeniem spraw lub ochrony wartości (dóbr) o zasadniczym i (najczęściej) osobistym znaczeniu dla osób korzystających z usług w sferze zaufania zawodów zaufania publicznego. Nie wyczerpuje się też w podejmowaniu ważnych w wymiarze pu-

blicznym czynności zawodowych, wymagających profesjonalnego przygotowania, doświadczenia, dyskrecji oraz taktu i kultury osobistej. Zawody zaufania publicznego wykonywane są – zgodnie z ich konstytucyjnym określeniem – w sposób założony i społecznie aprobowany, pod warunkiem że ich wykonywaniu towarzyszy realne „zaufanie publiczne”. Na zaufanie to składa się szereg czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu. Zakres tak uwarunkowanego „należytego wykonywania zawodu zaufania publicznego” w opinii Trybunału Konstytucyjnego obejmuje nie tylko indywidualne działania osób wykonujących te zawody, ale również kumulatywnie działania zbiorowe korporacji zaufania publicznego. Konstytucyjna kategoria „interesu publicznego” nie odnosi się tylko do „sprawowania pieczy” przez samorządy zawodowe w ramach art. 17 ust. 1. Występuje on ponadto w art. 22 Konstytucji RP w kontekście dopuszczalnych ograniczeń działalności gospodarczej – i to w postaci kwalifikowanej „jako ważny interes publiczny”¹⁸. W każdym razie prawidłowo działające korporacje oceniane są także jako znakomita forma aktywności obywatelskiej, albowiem to one same mogą dbać o jakość wykonywania zawodu, postępowania zgodnie z wymaganiami kodeksów deontologicznych.

Powyższe uwagi wskazują na zróżnicowanie mniejszości prawniczej zwłaszcza na tzw. zawody wolne i zawody polegające na wypełnianiu funkcji organów państwa. Nadto korporacje zrzeszające prawników mają pewne funkcje o charakterze władczym, charakterystyczne dla państwa.

3. Rozumienie wartości. Nieautonomiczny charakter wartości. Wartości charakteryzujące prawo i prawnika

Wartości nie są zasadniczą cechą wyróżniającą (konstituującą) wspólnotę prawników, ale grupę tę, jak wspomniano, wyznacza raczej formalnie określony zawód. Nie oznacza to równocześnie, że muszą oni bezwarunkowo i zawsze akceptować wartości zawarte w ustawach. Tradycyjnie uważa się, że ludzie wykonujący zawody prawnicze powinni charakteryzować się uznawaniem i praktykowaniem pewnych wyższych, humanistycznych wartości. Zapewne jednak nie byłoby dobrze, gdyby co do zasady kwestionowali wartości ujęte w ustawach. Prawo próbuje wyrazić dążność do realizacji pewnych celów czy funkcji służących społecznie ważnym wartościom.

¹⁸ Np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 maja 2002 r., SK. 20/00, i J. Oniszczyk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Wyd. Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 2005, s. 149 i n.

Wspomniane cele, zadania czy funkcje, które służą określonym wartościom, równocześnie odnotowują hierarchię tych wartości. Wobec tych celów kierowane są aspiracje, aby je osiągnąć; zwłaszcza chodzi o cele odpowiadające wartościom wysoko określonym w ich porządku. W każdym razie tak wyznaczone cele, zwłaszcza jeżeli są powszechnie aprobowane przez daną zbiorowość, stanowią odniesienie dla ludzkich dążeń. Zawarte w kulturze społeczeństwa wartości, wskazywane jako cele do osiągnięcia, pojawiają się w pewnej konfrontacji z możliwościami urzeczywistnienia aspiracji ludzi. W tym dążeniu do pewnych celów szczególne znaczenie ma dostęp ludzi „do zinstytucjonalizowanych środków osiągania kulturowo określonych celów”, a zwłaszcza równy dostęp do tych środków. W ocenie funkcjonalistów (np. Roberta K. Mertona), gdy nastąpią znaczne zmiany w zakresie wartości, wzorów instytucjonalnych czy ról społecznych i dojdzie do tego, iż postępowanie prawnie wskazywane nie służy osiągnięciu celów określonych przez kulturę, to pojawia się kwestia przystosowania, a przystosowanie to może polegać na konformizmie, innowacji, rytualizmie, wycofaniu czy buncie. Wspomniane przystosowanie oznacza więc konstruowanie nowych wzorców zachowań. To postępowanie zachodzi też w przypadku nierówności szans, naruszenia sprawiedliwości społecznej bądź ograniczenia dostępu „do zinstytucjonalizowanych środków osiągania kulturowych celów”. Pojawiająca się tu anomia (teoria Mertona) ma swoje źródło w strukturze społecznej i niedopasowaniu między celami kulturowymi a ograniczonym społecznie dostępem do nich. W sytuacji takiej, tj. gdy prawo jest na tyle niedoskonałe, że nie spełnia funkcji skutecznego narzędzia „rozwiązywania problemów, przed którymi stają ludzie dążący do celów, wskazanych im przez ich kulturę”, to może też stan ten prowadzić do „zakłóceń porządku społecznego”¹⁹.

Szczególne znaczenie w sferze kultury prawnej społeczeństwa przypisywane jest wartościom społecznym, które znajdują odzwierciedlenie w prawie. W prawie znajdują wyraz wartości, którymi kierują się lub którym chciałyby służyć państwa w swojej działalności. Najogólniej mówiąc – uważa się, że rzeczy i czynności służące zaspokajaniu potrzeb biologicznych i społecznych człowieka są dla niego wartościowe.

Na powiązania wartości i systemów normatywnych, w tym systemu prawnego, wskazują koncepcje naukowo-socjologiczne, np. Talcotta Parsonsa. Ochrona wartości w tym ujęciu w skali makro ma służyć integracji społecznej. W kulturowej orientacji na wartości bywa odnajdywany czynnik, który określa bądź organizuje „pole zmienności w sferze norm systemu społecznego”²⁰.

¹⁹ K. Frieske, *Socjologia prawa*, Warszawa-Poznań 2001, s. 179-190.

²⁰ T. Parsons przywołany przez J.H. Turnera w: *Struktura teorii socjologicznej*, Wyd. PWN, Warszawa 2003, s. 42.

Wartość nie ma jednego znaczenia. Postrzega się istnienie trudności w zdefiniowaniu terminu „wartość”. Dlatego też np. opisuje się elementy ją tworzące. Wskazać można, że desygnaty wartości określane są np. terminami „dobro”, „użyteczność”, „coś cennego dla ludzi”, „walor”, „dobra jakość”. Wartość jest tu traktowana jako cecha określonej rzeczy dająca się wyrazić określonym środkiem płatniczym. Stąd można mówić o wartości majątku, produkcji. Jako wartościowe postrzegane są też rzeczy z uwagi na ich przydatność użytkową, efektywnościową. Także cechy stanowiące o właściwości (walorach) osoby bądź rzeczy zaspokajające potrzeby ważności, znaczenia, przeżyć (np. wartości artystyczne, naukowe, etycznych, poznawcze dzieła) czy potrzeby biologiczne, ochrony zdrowia (np. wartość pokarmu, leku, ziół). Termin „wartość” ma też znaczenie fizyczno-matematyczne (np. wartość liczbowa, dodatnia, ujemna, bezwzględna, absolutna). Co ważne, także te różne wartości podlegają wartościowaniu, określana bywa hierarchia wartości (np. chronionych dóbr).

W literaturze filozoficzno-prawnej wyróżnia się na przykład ideę wartości i wartość przedmiotu, wskazując, że w takich postaciach pojawiają się jako wartości dla człowieka. W pierwszym przypadku (wartość jako idea) ma chodzić o przeżywane przez człowieka wyobrażenia o ważności wartości. Tutaj świadomość człowieka przydaje charakter wartości treści pewnych znaczeń. W tym ujęciu idee wartości ze względu na oderwanie od realnych przedmiotów określane bywają jako abstrakcyjne wartości powszechne. Z kolei w drugim znaczeniu wartości (wartość przedmiotu) chodzić ma o znaczenie dla człowieka otaczających go różnych przedmiotów. Odpowiednio do tych rodzajów przedmiotów wyróżniane są wartości: rzeczowe, osobowe, postępowania, skutku i przekonań. Inne rozróżnienie pojawia się przy takim podziale, który dostrzega sferę fizyczną i duchową bytu człowieka, i odpowiednio do tego wyróżniane są dwie grupy wartości, tj. zmysłowe, vitalne i używania, a także duchowe w postaci estetycznych, etycznych i religijnych. Doświadczenie wartości duchowych w tym ujęciu dokonuje się nie tylko poprzez przeżywanie ich w przedmiotach rzeczywistości otaczającej człowieka, ale także jako wspomniane idee wartości, jak prawda (*verum*), dobro (*bonum*)²¹, sprawiedliwość (*iustum*). War-

²¹ Występuje wiele ujęć prawdy. Zwykle podkreśla się różne trudności z określeniem prawdy (zob. np. L. Kołakowski, *Cóż jest prawda?*, „Rzeczpospolita” z 20–21 maja 2006 r.). W literacko-filozoficznym opisie Amosa Oza (*Zajęcie dla diabła*, „Rzeczpospolita” z 17–18 września 2005 r.) zauważono: „Tak jak niezmiennie trudno określić prawdę, a łatwo zwietrzyć kłamstwo, tak czasem ciężko zdefiniować dobro; jednak zło ma nieomylnie wyczuwalny zapaszek: każde dziecko wie, co to ból. A więc ilekroć umyślnie zadajemy drugiemu ból, wiemy, co robimy. Czyny zło”. Dalej myśliciel ten dodaje, że ludzie wiedzą „jaka jest różnica między złem a dobrem, między przysparzaniem bólu a uśmierzaniem go, między Goethem a Goebbelsem, Heinem a Heydrichem, Weimarem a Buchenwaldem. Pomiędzy indywidualną odpowiedzialnością a kolektywnym kiczem”.

tości te człowiek ma przeżywać w sumieniu jako wezwanie do pewnego powinno-go działania (*Sollen*)²².

Istotną kwestią jest, w jaki sposób następuje kształtowanie się wartości, ich katalogów bądź hierarchii. Na podstawie chociażby powyższych uwag można odnotować, że wartości wyrażają stosunek człowieka do innego człowieka. Przeżywanie wartości pojawia się też jako relacja między pewnym podmiotem i określonym przedmiotem (przedmiotami). Kolejne kwestie, które się pojawiają, dotyczą poziomu znaczenia danej wartości i jej zakresu dla podmiotu. W przypadku ważności wartości pojawiać się ma „istotowa relacja wartości do podmiotu”, a więc jakość wartości zależy od znaczenia tej wartości dla człowieka. Natomiast zakres (zasięg) pewnej wartości pojmowany tu jest według jej ważności dla poszczególnych ludzi (osobowe), ich grup bądź też wskazuje się na wartości ogólnoludzkie. Wśród tych wartości wylicza się np. życie, zdrowie, sferę prywatną człowieka, a także takie idee wartości jak dobro, prawda czy sprawiedliwość. Wspomniana relacja istotowa pojmowana jest jako związek między wartością osoby i wartością przedmiotu ze swoim nosicielem wartości. Stąd w tym naturalistycznym ujęciu realność wartości (także urzeczywistnienie idei wartości) występuje, gdy niesie ją jakiś przedmiot rzeczywistości. Zatem życie czy zdrowie (wartości vitalne) niesie człowiek jako istota natury, wartości nauki i sztuki niesie człowiek jako istota duchowa, wartości użyteczności niosą rzeczy, wreszcie człowiek niesie wartości użyteczności, a także etyczne czy religijne za pomocą relacji międzyludzkich. Kolejna kwestia dotyczy sposobu doświadczania wartości. Uważa się, że na doświadczenie jako wzajemną relację między przedmiotem a podmiotem składają się elementy obiektywne i subiektywne. Obiektywny czynnik (podstawowy) postrzegany jest w realnym przedmiocie, na który zorientowany jest podmiot. Racjonalne poznanie rzeczywistości i następnie emocjonalne pojęcie wartości przedstawiane jest jako doświadczenie wartości²³.

Można zatem zauważyć, że relacja człowieka do świata i oddziaływanie tego świata na człowieka powodują kształtowanie wartości. Przedmioty i działania ludzi stają się dla jednostki wartością, tj. relacją, w jakiej istnieją one w stosunku do danej jednostki.

Podejmowanie różnych czynności, wzajemne oddziaływanie podmiotów związane jest z różnymi motywami jednostek i ich organizacji. Wybór spośród różnych wartości zależy od światopoglądu człowieka, będącego zbiorem sądów o świecie i regułach ludzkiego postępowania²⁴. Do wartości, która wyraża się w określonym postępowaniu, cechach pewnego przedmiotu czy stanie rzeczy, odnosi się zatem

²² A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin, 2005, s. 199 i 200.

²³ *Ibidem*, s. 201 i przywołany: A. Kaufmann, *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt 1965, s. 39.

²⁴ Zdaniem M. Szyszkowskiej (*Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 39) światopogląd, mimo że opiera się na przesłankach naukowych, idzie dalej niż wynikające z nich logiczne wnioski, gdyż

uznanie następujące z pewnego punktu widzenia, tj. preferencji poszczególnych osób czy ich grup. Wspomniany wybór zależy też od doświadczenia czy sytuacji życiowej podmiotu dokonującego wartościowania. Odpowiednio do różnic wewnętrznych i zewnętrznych oceny formułowane przez ludzi mogą być różne. Natomiast w przypadku, gdy w tych samych warunkach podmioty dochodzą do takich samych ocen co do pewnych wartości, to jak się uważa, pojawia się sytuacja wartościowań intersubiektywnych. Takie zgodne doświadczenia wartości wynikające ze wspólnego przeżycia w ramach poszczególnych grup ludzi prowadzić mają z kolei do ukształtowania pewnych wartości w ujęciu idei wartości i w ujęciu wartości przedmiotu. Te ponadpersonalne wartości postrzegane bywają jako stanowiące „ducha wspólnotowego grupy” i tworzą grupowy system wartości²⁵.

Jednostki i ich organizacje mają określone interesy, dlatego propagują wybrane wartości, a inne zwalczają. Zderzenie wartości istotnych dla różnych jednostek i grup, dynamika ich zmian w czasie, upowszechnianie pewnych wartości powodują, że wartości zmieniają bądź utrwalają swoje miejsce w hierarchii wartości. Występuje jednak możliwość procesów integracyjnych między grupowymi porządkami wartości w pluralistycznym społeczeństwie. Możliwość taką dostrzega się, gdy np. występują zbliżone warunki wartościowania, gdy uznany zostanie sens kompromisu. Wspólne podstawy wartościowania mają umożliwić powstawanie określonego społecznego porządku wartości. Jeżeli chodzi o najszerszy zakres tego porządku, to ma on obejmować wartości umożliwiające „znośne i godne człowieka życie wspólne w danym społeczeństwie”, tj. takie, które tworzą, utrzymują i wspierają ten porządek. Współcześnie zwykle zalicza się do nich wartości ogólnoludzkie (np. sprawiedliwość, uczciwość), polityczne (służą integracji instytucji społecznych), osobowe (np. integralność cielesna, wolność sumienia bądź wyrażania myśli) czy grupowe (np. wolność zgromadzeń, wolność wyznań). Wobec faktu równoczesnego istnienia społecznego systemu wartości i wielu grupowych oraz jednostkowych ocen, które nie mają szans na kompromis, postrzega się podstawę tego współistnienia w ukształtowanej przez prawo tolerancji. Znaczenie dla życia społecznego mają wartości porządku społecznego służące jego konieczności życiowej. Z tego względu społeczeństwo ujmuje „wartości ważne dla jego życia” w określoną formę, której przypisuje moc powszechnie obowiązującą. Uważa się więc, że stanowienie i stosowanie prawa powinno odnosić się do społecznego porządku wartości, które są „miarą wartości dla oceny sytuacji życiowej”. Także społeczeństwo jest zainteresowane, aby jego porządek wartości chroniło prawo, aby tą drogą dochodziło do skutecznej pomocy w rozwiązywaniu trudnych sytuacji życiowych. „Tylko poprzez ustanowienie norm

na przyjęcie światopoglądu wpływają różne czynniki, np. racjonalne, emocjonalne, kulturalne, wychowawcze, środowiskowe czy narodowe.

²⁵ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa, op.cit.*, s. 202.

prawnych społeczeństwo może dać jego wartościom bezpośrednią moc wiążącą, wskazującą kierunek zachowania [...]. Poprzez włączenie w prawo, wartości i zasady wartościowania mają udział w mocy wiążącej prawa. One stają się jakby *spiritus movens* porządku prawnego. Połączenie prawa i porządku wartości społeczeństwa jest tak ściśle, że można mówić o recepcji społecznego porządku wartości przez prawo. Widać to we wszystkich pozytywnych porządkach prawnych społeczeństw otwartych”²⁶.

Z punktu widzenia socjologicznego „dobra” wyrażające indywidualne preferencje ludzi bywają uzyskiwane w grupach, a zatem istnienie grupy ma sens, ponieważ produkuje ona bądź dostarcza jednostkom te dobra (wartości). Z faktu zbiorowego ich wytwarzania wywodzi się zbiorowy charakter tych dóbr, a nadto wyróżnia się je ze względu na kryterium „publicznego” znaczenia. Oznacza to przypisywanie wysokiego stopnia „publiczności” tym dobrom, które służą nie tylko członkom grupy, która je wytworzyła, ale również mogą być użytkowane przez innych ludzi, np. fale radiowe. Natomiast do wyłącznego korzystania wytwórców czy konsumentów służą dobra prywatne, które są chronione przed dostępem do nich innych osób. Kwestia wyboru dóbr publicznych traktowana jest, w myśl teorii racjonalnego wyboru, jako zasadniczy problem porządku. Produkowanie i konsumpcja dóbr w ramach określonych struktur postrzegane są jako mające znaczenie dla istoty porządku społecznego. Wśród różnych dóbr wyróżniane są dobra na sprzedaż i takie też „dobra zbiorowe, jak przyjaźń, akceptacja, wzajemne spieranie się itp.”. Zauważa się też, że solidarność grupowa niekiedy tworzy się „wokół norm sprzecznych z oficjalnymi zasadami pracy i kulturą organizacji”²⁷.

Tradycyjnie uważa się, że z punktu widzenia państwa w prawie powinny być odzwierciedlone zwłaszcza takie wartości dodatnie, które są trwale użyteczne dla człowieka, jak życie, zdrowie wolność, bezpieczeństwo, pewność prawa, sprawiedliwość, równość, proporcjonalność, praworządność, skuteczność, przewidywalność prawa, czy też jeszcze inaczej ujmując – pod ochroną prawa znaleźć się powinny takie wartości, jak państwo, porządek publiczny, społeczny porządek moralny, moralne wartości wspólnoty (np. małżeństwo i rodzina), wartości osobowe (życie, zdrowie, integralność cielesna, wolność, sfera prywatna i intymna) czy wartości posiadania (np. własność, posiadanie)²⁸. Wartości te pojawiają się zarówno w fazie tworzenia, stosowania, jak i wykładni norm prawnych. Warunkiem zaistnienia takiej sytuacji jest instytucjonalizacja w prawie wartości dominujących w społeczeństwie, którym wyraz dali np. wyborcy w demokratycznych wyborach. Nie oznacza to przy tym,

²⁶ *Ibidem*, s. 204 i 205.

²⁷ Zob. teorię solidarności grupowej M. Hechtera jako teorię racjonalnego wyboru w: J.H. Turner, *Struktura teorii socjologicznej, op.cit.*, s. 350, 351, 354.

²⁸ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa, op.cit.*, s. 205.

że zwycięska większość może arbitralnie odrzucić zasady zawarte w tzw. prawach człowieka czy mające utrwalone miejsce w określonej społeczności, np. odrzucić prawo do życia, wolność myśli, sumienia i wyznania, domniemanie niewinności czy karania za czyn, który nie był zagrożony karą w chwili jego popełnienia. We współczesnych państwach demokratycznych ma temu zapobiegać zwłaszcza konstytucjonalizacja źródeł prawa międzynarodowego i sądowy system ochrony konstytucji (skupiony – sądy konstytucyjne i rozproszony – sądy powszechne). Jeżeli chodzi o znaczenie prawa pozytywnego (stanowionego), to postrzegane jest jako czynnik, który powinien łączyć obywateli w państwie demokratycznym, charakteryzującym się pluralizmem światopoglądowym i relatywizmem wartości²⁹.

Ważną kwestią jest, czy wartości mają samodzielny (autonomiczny) charakter. W literaturze wskazuje się na zaistnienie już w czasach antycznych (greckich) zasady nieautonomiczności wartości. Jako przykład podawane są takie wartości, jak wolność, odpowiedzialność, miłosierdzie i sprawiedliwość. Mianowicie, że „wolność nie istnieje bez odpowiedzialności, a miłosierdzie bez sprawiedliwości. Wolność bez odpowiedzialności staje się anarchią, a odpowiedzialność bez wolności – tyranią. Tak samo jak miłosierdzie bez sprawiedliwości staje się głupotą, a sprawiedliwość bez miłosierdzia – naiwnością”³⁰.

Przytoczone uwagi zawierają w swojej treści wiele propozycji dotyczących pożądanых cech prawa i prawników. Spostrzeżenia te, pozwalające na formułowanie katalogu walorów prawa i prawników, rozwijają bardziej wyraźne refleksje nauk etycznych skierowane na budowanie etycznego wizerunku dobrego prawnika. Niezmiennie wartościowe są też bieżące poglądy wypowiedziane w różnych dyskusjach i krytykach, a odnoszące się do praktyki środowiska prawniczego. Codzienne rozmowy obywateli zwykle wiążą prawo, jego ilość i jakość ze środowiskiem prawników, chociaż ci przecież tylko w części ponoszą odpowiedzialność za poziom stanowionego prawa. W każdym razie oczekiwania zmierzają i w tym kierunku, że prawnicy na czele z sądami mogą uczynić wiele dobrego, nawet jeżeli mają do dyspozycji niezbyt doskonałe prawo. W tych różnych wypowiedziach ludzi, ich opiniach i narzekaniach na prawo i prawników zwykle przejawia się pragnienie, aby normy prawne, które kierują życiem społecznym, były jasne, sprawiedliwe, niechaotyczne, dostępne, mądre, odzwierciedlające najlepszą wiedzę i moralność itd. Wynika z tego oczekiwanie, by prawników cechowały wysokie kwalifikacje fachowe i moralne, duże poczucie sprawiedliwości. Za tymi ogólnymi cechami ma podążać niepodleganie prawników zachłanności na dobra materialne itd. Natomiast korporacje zawodowe są tymi strukturami, które zadbają o wysoką etyczność swoich członków.

²⁹ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, op.cit., s. 65.

³⁰ *Nie ma szczęścia bez myślenia*, rozmowa z prof. Tadeuszem Gadaczem, „Polityka” z 17 grudnia 2005 r.

Oczekiwany jest prawnik – osoba zaufania społecznego, która dba zarówno o swoją godność, jak i obywateli. Na postawę moralną sędziego ma składać się bezstronność, uczciwość, szacunek dla innych, sumienność i pracowitość, cierpliwość i tolerancja, skromność, odpowiedzialność za uczestników postępowania sądowego i za wizerunek całego środowiska, nieskazitelność charakteru na służbie i poza nią³¹. Od stanu sędziowskiego oczekuje się pozostawania przewodnikami moralnymi społeczeństwa. W przypadku gdy dochodzi do „ujednoczenia pojęcia wolnego zawodu z pojęciem zawodu zaufania publicznego”, ma miejsce najwyższy poziom instytucjonalizacji wolnych zawodów. W tak zharmonizowanej sytuacji w stosunku do postępowania prawników nie tyle proponuje się, aby określić je za pomocą konkretnych standardów, ile formułowane są zasadniczo zalecenia moralne odwołujące się bardziej do „cnót poszczególnych przedstawicieli wolnych zawodów”, takich jak „uczciwość, poświęcenie, dążenie do prawdy, bezinteresowność”³².

W orzecznictwie konstytucyjnym w stosunku do wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego uznano, że do istotnych wartości należy pełne i integralne respektowanie prawa, w tym zwłaszcza przestrzeganie wartości konstytucyjnych (w ich hierarchii) oraz dyrektyw postępowania. Dotyczy to w szczególności zawodu adwokata, i to niezależnie od pojawiających się kontrowersji co do istnienia podstaw formalnoprawnych zaliczenia tego zawodu do zawodów zaufania publicznego. Wspomniano też, że cecha „należytego wykonywania zawodu zaufania publicznego” obejmuje zarówno indywidualne działania osób wykonujących te zawody, jak i łączne działania zbiorowe korporacji zaufania publicznego³³.

4. Prawnicze prawo oporu obywatelskiego jako cecha moralna środowiska

Niekiedy nierespektowanie ważnych przesłanek tworzenia, zmieniana i wykonywania prawa przez organy państwa, przy niedostatecznie wykształconych z demokratycznego punktu widzenia państwowych mechanizmach naprawy prawa czy niezgodności prawa narzuconego arbitralnie przez większość rządzącą, wywoływało odwieczną kwestię prawa zbiorowości ludzkich i jednostek do oporu przeciwko władzy niesprawiedliwej, zagrażającej żywotnym interesom grup ludzi (mniejszościom) czy jednostek. Problem ten narasta, gdy nie tylko wybory, prawo, ale nawet sądy nie są w stanie udzielić im pomocy. Współczesny konflikt między dobrem ogółu (wy-

³¹ T. Roner w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

³² M. Rutkowska, *Europejskie standardy...*, op.cit., s. 273.

³³ Np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 maja 2002 r., SK 20/00, i J. Oniszczyk, *Wolności i prawa socjalne...*, op.cit., s. 162 i n.

znaczonym przez dominującą większość czy mniejszość, oligarchie bądź zwycięskie partie polityczne itd.) a dobrem jednostki (bądź mniejszości) zachodzi, gdy pojawia się zagrożenie dla jej spraw bytowych, życia, zdrowia, a więc jest to konflikt między wartościami konwencjonalnie wyznaczonymi a biologicznymi. Może nie być wtedy miejsca na „ważenie dóbr” i prawo zachowania siebie usprawiedliwia prawo do oporu, tj. niewykonywania prawa ogólnego.

Prawnicy, których rzeczywistością jest świat norm prawnych, nie są i nie mogą być narzędziami bez własnego sumienia, ślepo realizującymi treści ustaw, tj. mechanicznymi ustami ustaw. Wobec tego tradycja wymagała od zawodu sędziego, jako szczególnie etycznie zorientowanej profesji, zwłaszcza odwagi przeciwstawiania się bezprawiu, naciskom różnych władz czy opinii publicznej i wydawania orzeczeń zgodnie z prawem, ale nadto podchodzenia z dystansem do np. głęboko niesprawiedliwego prawa. O możliwych niesprawiedliwościach ustaw bądź nieprawnym prawie powiedziano już wiele od czasów sprawy Antygony i Kreona (Sofokles). Bardziej współcześnie, tj. w podniesionej przez Gustawa Radbrucha możliwości odmowy posłuszeństwa tzw. bezprawnym ustawom, pojawiła się myśl, że „naród nie jest zobowiązany” im służyć, a „prawnicy muszą zdobyć się na odwagę, aby pozbawić te ustawy charakteru prawnego”. Kryterium, które miałoby kierować ludzi ku właściwej decyzji, tym, co umożliwiłoby przecięcie napięcia między obowiązkiem posłuszeństwa władzy i zasadą prawnonaturalną (sprawiedliwości) jest sumienie człowieka (*Pięć minut filozofii prawa*). W ujęciu tym sumieniu człowieka powierzone są ogromnie ważne sprawy, ono ma pomóc mu zadecydować o dochowaniu posłuszeństwa ustawie. Kwestią są bardziej konkretne wskazania, które pomogłyby kierować się człowiekowi w jego sumieniu. Na te przesłanki zwrócił uwagę np. Alexy, zastanawiając się nad oceną aktu, tj. czy ma charakter cywilnego nieposłuszeństwa. Wedle tej refleksji cywilne nieposłuszeństwo zależy od: 1) nieegoistycznych pobudek działającego (zmiana prawa w interesie publicznym), 2) ukierunkowania działania przeciwko prawu rażąco niezgodnemu z podstawowymi regułami moralności czy racjonalności, 3) publicznego charakteru i działania bez przemocy, 4) wyczerpania drogi prawnej, 5) zgody na poniesienie kary, 6) spełniania reguły mniejszego zła. W przypadku zaś instytucji urzędowego odstępstwa od prawa wymaga się, aby to postępowanie nastąpiło: 1) ze względu na rażącą niezgodność z moralnością lub racjonalnością, 2) było dokonywane w interesie publicznym w myśl zasady mniejszego zła oraz 3) przy aprobachie opinii publicznej³⁴.

³⁴ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, op.cit., s. 260 i n. oraz przywołane prace: G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, w: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, s. 345 i R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11, s. 36.

Jeżeli więc chodzi o pojmowanie cywilnego nieposłuszeństwa, to w literaturze podkreśla się, że jest to pewna forma protestu, w której protestujący mają świadomość naruszania prawa. Dostrzega się przy tym, że prowadzący obywatelski opór zasadniczo nie prowadzą tego w formie zaburzeń społecznych, a nadto akceptują podleganie prawnej odpowiedzialności. Istotą jest cel tego nieposłuszeństwa, albowiem chodzi np. o upublicznienie wiedzy o niesprawiedliwym prawie, odwołanie się do świadomości społecznej³⁵. Pojawia się tu sprawa przekonywania zwłaszcza przed sądem o niekonstytucyjności prawa, aby uwolnić się od odpowiedzialności. Dlatego też istotna ma być motywacja tego oporu, jego uzasadnienie. Uważa się, że motyw nie może wynikać z interesu indywidualnego (prywatnego), ale powinien sięgać do dobra wspólnego (powszechnego). Równocześnie nie chodzi tu o rozumienie zobiektywizowane, ale indywidualne, pochodzące od konkretnej osoby, ale wyrażające poważne zainteresowanie ochroną wspomnianego dobra. Nie bez znaczenia są też „nakłady na ten opór”. W tym zakresie pojawia się sprawa efektywności, co oznacza, że konieczne jest minimalizowanie kosztów społecznych, jakie zostaną poniesione w rezultacie działania nieuznającego danego prawa, a precyzyjniej określając – ustawy.

Wspomniany opór jest zwykle pojmowany jako stan niezgody na zastany, niesprawiedliwy czy niezgodny z prawami człowieka stan. Ale możliwy jest też inny stan w postaci oporu polityków, który prowadzi do eksploatacji części społeczeństwa. Przykładowo, współcześnie ocenia się, że stabilność państwa demokratycznego zależy od stanu jego gospodarki i finansów publicznych. Zły stan tych finansów jest znaczącą barierą rozwoju gospodarczego. Nadmierne wydatki publiczne w stosunku do PKB pociągają za sobą wysokie i wzrastające podatki. Z kolei rezultatem spowolnienia gospodarczego jest wzrastanie deficytu budżetowego państwa. Ograniczenie tego deficytu zależy od decyzji politycznych parlamentu. Niejednokrotnie jednak deficyt ten jest pochodną populistycznych działań polityków. Dlatego też podejmowanie działań reformatorskich (sanacyjnych) w tym zakresie może napotykać opór środowisk politycznych i szerszej opinii publicznej zwykle niechętniej ograniczeniom, zwłaszcza o charakterze socjalnym. Populistyczna nieodpowiedzialność wydatkowa rządzących w demokracji sprzyja kształtowaniu kryzysów finansowo-gospodarczych. Ostatecznie skutki tych kryzysów zostają przerzucone na całą ludność, zwłaszcza na obywateli pracujących i płacących podatki. Wspomniany opór polityczny, chroniący niesprawiedliwe prawo, może pozostawać w konflikcie z oporem obywatelskim zainteresowanym reformami. Paradoksalnie ten pierwszy będzie korzystał ze wsparcia prawa.

³⁵ Na obywatelskie nieposłuszeństwo zwrócił uwagę np. Henry David Thoreau, *The Variorum Civil Disobedience*, New York 1967.

Można więc stwierdzić, że źle wykonywana fundamentalna zasada demokracji w postaci przegłosowywania większością i zakładająca, iż interes większości jest istotniejszy od interesu mniejszości czy jednostki, może poważnie zachwiać, a nawet unicestwić demokrację. Większościowy mechanizm decydowania musi uwzględniać zwłaszcza standard podstawowych wolności i praw jednostki.

5. Warunki działania środowiska prawniczego w demokracji. Warunki wykonywania władzy sądowej (zwłaszcza wymiaru sprawiedliwości)

Zwykle wyrażane są wątpliwości, czy możliwy jest rozwój ustroju demokratycznego, jeżeli nie są zachowane elementarne wolności mniejszości i jednostki. Uwaga ta ma o tyle kapitalne znaczenie, że bez istnienia określonych wolności wykonywania zawodów prawniczych oraz niezależności wewnętrznej (między poszczególnymi zawodami) i zewnętrznej, zwłaszcza w relacji do różnych władz publicznych (głównie państwowych), powszechnie dowodzi się, iż demokracja może być zagrożona. Inaczej mówiąc – niezbędne są wysokie gwarancje wykonywania zawodów prawniczych, aby w rezultacie możliwa też była gwarancja demokracji przez środowisko prawników.

Wśród prawników szczególne warunki wiązane są z wykonywaniem zawodu sędziego. Te warunki muszą ostatecznie umożliwić istnienie sądów niezawisłych, niezależnych i bezstronnych. Znaczenie sędziów wynika też z faktu, że grupa ta składa się na kapitalny segment podziału władzy w państwie. Niezależne, niezawisłe sądownictwo traktowane jest jako podstawa demokracji. Ta mniejszość sędziowska, decydująca dla segmentu władzy sądowej w ramach mniejszości prawniczej, okazuje się mieć fundamentalne znaczenie dla realizowania demokracji. Sądownictwo pojawia się jako fundamentalny gwarant demokracji. Na sądownictwo (władzę sądową) nie można jednak spoglądać wyłącznie przez pryzmat sędziów i ich kompetencji, ale konieczne jest także uwzględnienie modelu tego sądownictwa. Władza sądowa to rozstrzygający sąd oraz różni uczestnicy postępowania sądowego wyposażeni w różne uprawnienia spełniające ogromnie ważne funkcje procesowe. Trudno sobie wyobrazić, że cechą charakterystyczną dla demokracji jest władza sądownicza (sędziów) o charakterze inkwizycyjnym, a więc taka, w której wszelkie role procesowe zawarte są w osobie sędziego. Zbędny jest adwokat, prokurator...

Z rozwiniętymi naukowymi ustaleniami dotyczącymi warunków prawidłowego wypełniania funkcji przez prawników koresponduje świadomość prawna obywateli. Zwykle w demokracjach obywatele postulują, aby środowisko prawnicze, a zwłaszcza sędziowskie, adwokackie było chronione przed wpływami władzy politycznej, rządu. Oczekuje się, że oprócz niezależności i niezawisłości sądów inne zawody

prawnicze będą miały konstytucyjnie określony poziom samorządności (korporacje prawnicze), co zapewni odpowiedni poziom zawodowy i etyczny członków danego środowiska. Od sądów oczekuje się, że sprawiedliwie i szybko, w sposób bezstronny rozstrzygną sprawę, a zatem, że sąd nie tylko dochowa sensu równości, ale również ochroni słabszą jednostkę przed przemocą silnych i możnych, np. korporacją czy administracją nadużywającą prawa.

6. Rzeczywistość współczesnej demokracji

6.1. Rządy elit, a nie ludu

Różne uwagi o szerokim uczestnictwie ludu we współczesnej demokracji mogą nie budzić podstawowych uwag z konstytucyjnego punktu widzenia. Natomiast realistyczna ocena stanu tworzenia porządku polityczno-prawnego w państwie umożliwia stanowiska dostrzegające nawet pozorność demokracji jako władzy ludu (formalnie wyznaczonych obywateli).

Zarzuty w stosunku do demokracji kierował już Fryderyk Nietzsche, twierdził (w *Tako rzecze Zaratustra*), że jej zwolennicy bezzasadnie posługują się poglądem o jednakowym udziale obywateli w wykonywaniu władzy czy hasłem o równości praw. Podobny pogląd wypowiadano wielokrotnie, począwszy od czasów antycznej demokracji greckiej, a np. współczesny Machiavellemu Claudio Tolomei uważał, że „w każdej rzeczypospolitej – jakakolwiek byłaby wielka, w każdym państwie – jakkolwiek byłoby ludne, rzadko się zdarza, by więcej niż pięćdziesięciu obywateli w jednym czasie występowało na szczęcie władzy. Ani w starożytności w Atenach czy w Rzymie, ani obecnie w Wenecji czy w Lukce nie ma wielu obywateli rządzących państwem, choć rządy w tych krajach nazywa się republikańskimi”³⁶. Także inni, współcześni krytycy demokracji wskazują na jej idealistyczny charakter i niemożliwość istnienia w praktyce, zwłaszcza wobec faktu, że w rzeczywistości nie rządzi lud (większość), który jest fasadą umożliwiającą legitymizowanie wykonywania władzy. Rządy sprawuje bowiem uprzywilejowana mniejszość, np. oligarchia partyjna czy elita polityczno-biurokratyczna. W każdym razie często próbuje się wykazywać, że to nie lud i jego dobro, ale różne uzgodnienia grup interesów i jej liderów, działania zespołów lub poszczególnych oligarchów prowadzą do wydawania decyzji w imieniu społeczeństwa. Masy społeczne niekiedy tylko mogą stwarzać przemijające zagrożenia, w postaci udziału w tzw. wybuchach społecznego niezadowolenia, manifestacjach. W omawianym tu rozumieniu oligarchowie pojawiają

³⁶ A. Mączak, *Rządzący i rządzeni. Władza i społeczeństwo w Europie wczesnonowoczesnej*, PIW, Warszawa 1986.

się raczej jako zasadnicze podmioty wpływu na akty władzy bądź ekipy władcze ze względu na ich np. wyjątkową pozycję, zwłaszcza w świecie własności czy kapitału.

Mocno ugruntowany jest pogląd, że w rzeczywistości demokracja (podobnie jak inne ustroje polityczne) rządzona jest przez mniejszość (kwestią jest, co najwyżej, jej rozmiar), a więc faktycznie ma charakter oligarchiczny. Oznacza to, że może (nie musi) pojawić się decydowanie na rzecz całego ludu, ale nie będzie to rozstrzyganie przez cały lud. W takiej demokracji wybory nie tyle kształtują polityczny ład, ile mają legitymizować formalnie na okres kadencji (z założenia) prawo elity, spośród rywalizujących, do sprawowania władzy. Ten model demokracji wyborczej związany jest z uzyskaniem największej aprobaty przez jedną z elit bądź z odmówieniem takiego poparcia. W takim wyborze bardziej popularnego polityka dostrzega się raczej ślepy wybór. W demokracji tej bezpośrednie znaczenie dla porządku polityczno-prawnego ma nie decyzja polityczna obywatela, ale w rzeczywistości taki sens uzyskują relacje, porozumienia między elitami politycznymi i ich liderami. Model obywatela jako podmiotu demokracji proceduralno-większościowej okazuje się fasadą, za którą ukrywają się oligarchie i która dostarcza im usprawiedliwienia. Wobec tego, iż na co dzień, realnie w demokracji pośredniej wykonywanie władzy nie jest możliwe przez wszystkich, istotne jest posiadanie przez lud właściwych elit z ideałami demokratycznymi (wartością jest zatem treść idei i stała dążność do jej unowocześniania).

W pierwszej dekadzie XXI wieku różne elity nie cieszyły się sympatią społeczeństw na całym niemal świecie, ani w krajach biedniejszych, ani zamożnych. Powodowało to rozwój nowoczesnych tendencji populistycznych. Elity obciążane są np. za nadmierne obciążenia podatkowe (tzw. Tea Party w USA), lekceważenie środowisk ubogich (Tajlandia), integracje bez uwzględniania woli narodu (w Europie), uzyskiwanie korzyści z globalizacji wyłącznie dla siebie (powszechnie na świecie), zdominowanie przez propagandę liberałów tzw. szarego człowieka. Wyrażane są opinie, że brak zaufania do elit ma swoje uzasadnienie w rozwoju przekonania, że to nie demokracja i jej rządy mają znaczenie decydujące dla społeczeństw, ale że istnieją egoistyczne realne rządy różnych elit, tj. finansowych (np. Wall Street), biurokratycznych (UE) czy mundurowych (Tajlandia) itd.³⁷

6.2. Oligarchia i administracja jako rozszerzenie władzy oligarchii.

Klientyzm elit administracyjnych

W sytuacji gdy nieliczna oligarchia zdobyła zasadniczy wpływ na władzę i nie jest w stanie sama rządzić ani administrować, to jej panowanie wyraża się w wydawaniu ogólnych dyrektyw dotyczących państwa. Natomiast realizacja tych poleceń pozosta-

³⁷ I. Burma, *Bezsilność silnych*, „Gazeta Wyborcza” z 29–30 maja 2010 r., s. 23.

wiona jest administracji, która organizacyjnie odróżnia się od ekipy władczej. Takie rozdzielanie zamazuje się, gdy grupa oligarchiczna umieszcza swoich członków na szczególnie ważnych stanowiskach administracji. Obdzielenie różnymi przywilejami i korzyściami zwłaszcza w zakresie wynagrodzenia, zaopatrzenia (szczególny stan emerytalny) kierowniczych kręgów administracji (podobnie i sądownictwa) powoduje, że ta część administracji włącza się w pewien sposób w obszar władzy oligarchii. Staje się wobec oligarchii lojalna. W każdym razie solidarność korporacyjna urzędników prowadzonych w duchu spełniania wyższej misji państwowej i szczególnego dostojęstwa płynącego z pełnionej funkcji czy przydzielonej im władzy sprawia, że urzędnicy przestają służyć społeczeństwu, natomiast stają się integralnym fragmentem oligarchii państwowej. W tej sytuacji urzędnik czuje odpowiedzialność nie przed obywatelami lub sądami za swoje akty władcze, ale przed decydującym układem oligarchicznym lub organami z jego nadania (powołania). Z braku społecznego nadzoru urzędników nie interesują rzeczywiste potrzeby ludzi. W oligarchicznym systemie wartości bowiem nie pojawia się jako podstawowe dobro powszechne, ale dobro grupowe. Natomiast możliwe jest uszczęśliwianie ludzi wedle centralnie określonego planu czy urojenia. Dlatego też pożądane cechy urzędnika to jak najlepsze wypełnianie wskazań urzędu i służalczość, z czym związana jest atmosfera niewypowiadania własnego zdania, aby nie narazić się zwierzchnikom. Zatem, jak zaznacza Znamierowski, ten, kto decyduje się „wejść w krąg służalstwa i zostać urzędnikiem, musi być gotowy rozważyć milczeć lub obłudnie i chytrze kłamać”. Dlatego w warunkach rządów oligarchii urzędniczą drogą podążają zwykle „ludzie słabego charakteru i małej indywidualności, a także małej energii życiowej i małej wiary we własne siły. Nie liczą oni na własną przedsiębiorczość i nie mają odwagi podejmować ryzyka przedsięwzięć samodzielnych”. Wspomniany filozof zauważa, że mimo selekcji negatywnej niekiedy urzędnikami zostają ludzie „o silnym charakterze i dobrej społecznie woli”, ale musi być to niezwykle szczęśliwy zbieg okoliczności, aby takim osobom udało się „zostawić po sobie jakieś dzieło wiekopomne”. Tacy bardziej rozsądni urzędnicy w sytuacji nierealnych poleceń mogą co najwyżej rozwijać aktywność pozorną, co o tyle jest problematyczne, że sprzyja wykształcaniu cynizmu i sztuce okłamywania, której nie jest w stanie pokonać żaden system kontroli, zwłaszcza oparty na sprawozdawczości. Na postawę urzędnika wpływa też centralizm struktury administracyjnej wymuszający działanie schematyczne i mechaniczne, unikające wchodzenia w istotę danego przypadku. Dla tego modelu ma też być charakterystyczna bezduszna i wyłącznie pisemna forma prowadzenia spraw (papierowy kontakt z urzędem). Ustrój państwa, w którym urzędowanie polega na „ruchu papierów”, a sprawowanie tej władzy należy do biura, opisywany jest jako biurokratyczny, samą zaś oligarchię biurokratyczną (zbiór urzędników) Znamierowski określa jako biurokrację³⁸.

³⁸ C. Znamierowski, *Szkola prawa. Rozważania o państwie*, op.cit., s. 262–263.

Znamierowski nie dostrzega, aby w warunkach oligarchii możliwe było, aby ciało urzędnicze stało się „twórczym centrosomem organizmu zbiorowego”, ponieważ wątpliwe jest wywołanie u urzędników przeświadczenia o znaczeniu dobra powszechnego, o poczuciu sensu spełniania funkcji społecznej. Wobec tego biurokrację postrzega głównie jako ekipę, w której rozwija się „pasożytnicza korupcja, kunszt kłamstwa, *ars decipiendi*, cynizm i często związana z nim chciwość na materialne dobra³⁹.

Klientyzm elit administracyjnych, co najmniej znacznej części, nie kończy się na przypadku władzy oligarchii. Dostrzega się jego powszechność także w demokracjach, zwłaszcza słabiej rozwiniętych. Elity te orientują się wówczas na potrzeby aktualnych ośrodków władzy politycznej.

6.3. Zależność elit politycznych od grup kapitału

Dążenie poszczególnych ludzi do władzy w demokracji kapitalistycznej może zakładać uczestnictwo w różnych korzyściach, jakie daje ochrona bądź popieranie interesów grup kapitału. Pojawiająca się tu żądza korzyści i zaspokajające je konkretne zyski poszczególnych osób powodują, że wykształca się uzależnienie rządzących od „szarych eminencji wielkiego kapitału”. W opisie Znamierowskiego rządu i jego ludzie próbują zachować demokratyczne pozory, że centrum decyzyjne znajduje się w organach powołanych wolą narodu wyborczego⁴⁰.

Stan taki powoduje, że wielokrotnie formułowane są oceny, iż demokracja jest ustrojem nie do osiągnięcia w sytuacji, gdy wielki kapitalizm dysponuje możliwościami korumpowania życia politycznego w państwie. Dowodzi się, że oligarchia kapitalistyczna np. wpływa na mechanizmy związane z wyborami, zwłaszcza na partie, i uniemożliwia ujawnienie oraz artikulizację autentycznych interesów ważnych grup w państwie, zwłaszcza klas. Stąd układ sił parlamentarnych jest tak zmanipulowany, aby parlament nie pojawił się jako realny, autentyczny reprezentant narodu⁴¹. Dobro wspólne, o które zabiegałaby w tej sytuacji władza demokratyczna, okazuje się dobrem autoryzowanym przez elity kapitału.

6.4. Wkraczanie władzy ustawodawczej i wykonawczej w obszar sądownictwa

W demokracji występuje podejmowanie pewnych funkcji władzy sądowniczej przez organy władzy stanowiącej i administracyjnej. Jednakże przekrocze-

³⁹ *Ibidem*, s. 366–367.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 509.

⁴¹ *Ibidem*, s. 530.

nie pewnego pułapu powoduje takie wkroczenie w obszar wymierzania sprawiedliwości, że dochodzi do zachwiania równowagi w sferze podziału władz. Ocenia się, że współcześnie dostrzega się zjawisko wkraczania władz stanowiącej i wykonawczej na teren właściwości organów władzy sądowniczej. Stan ten oceniany jest jako niepokojący w punkcie widzenia dochowywania wymogów demokracji i gwarantowania nowoczesnego standardu wolności i praw jednostki. Wśród przykładów tego „wypychania” władzy sądowniczej przez pozostałe ma być rozwój parlamentarnych komisji śledczych, traktowanych jako instytucje wyrażające nieufność w stosunku do sądów i prokuratury⁴².

7. Skutki niewłaściwego działania mniejszości prawniczej. Kryzys zaufania

Pod koniec pierwszego dziesięciolecia XX wieku często wykazywane jest daleko idące liczenie się wielu przedstawicieli różnych środowisk prawniczych z elitami politycznymi i rządowymi, wykazywana jest ideologizacja wielu przedstawicieli zawodów prawniczych. Nadto niemal powszechna stała się informacja o nieetycznych zachowaniach prawników, daleko rozwiniętej tzw. interesowności, o ich niekompetencji, udziale w różnych niejasnych przedsięwzięciach nieuczciwego biznesu, niejasnych powiązaniach wewnątrzśrodowiskowych i powiązaniach ze światem przestępczym, tzw. handlu sprawami (np. między adwokatami a prokuratorami), unikaniu zaangażowania w ochronę wolności i praw jednostki w stosunku do różnych grup gospodarczych czy władzy. Dowodzi się, że konstytucyjne obowiązki korporacji prawniczych w zakresie dbałości o należyte wykonywanie obowiązków, służenie zaufaniu publicznemu przez jej członków jest niedostateczne. Podawane są nagminne przypadki niereagowania na naruszenia przez członków korporacji zasad etyki i godności zawodowej, a także niewystarczające sprawowanie nadzoru nad korporacjami przez administrację państwową (ministra sprawiedliwości)⁴³. Odrębny ogromny problem związany jest z nieprawdopodobną wręcz opieszałością sądów i długotrwałością procesów zarówno przygotowawczych, jak i przed sądem, a więc z niedostarczaniem wyroków w rozsądnym terminie. Często krytyka kierowana jest pod adresem mechanizmu chroniącego sędziowską niezależność, niezawisłość i godność jako sposób na ochronę nie tylko przeciętności, ale niezdarności i bylejakości. Często nieprzygotowanie sędziów do prowadzenia spraw i przypadki orzekania bez właściwej podstawy prawnej powodują nawet postulaty stworzenia społecznej

⁴² J. Naumann w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

⁴³ Ł. Bojarski w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

kontroli nad sądami⁴⁴. Ocenia się, że sędziowie jako grupa nie spełniają oczekiwań dostarczania interpretacji moralnych społeczeństwu, zrezygnowali z ambicji moralnego przewodzenia i proponowania kierunków postępowania zasługującego na etyczną akceptację.

Dowodzi się zatem, że postępowanie mniejszości prawniczej, a właściwie postępowanie niemałej jej części, która zamiast realizacji swoistego posłannictwa zawodu prawniczego skierowała się ku własnemu sposobowi życia za pomocą prawa, doprowadziło do tego, że prawnicy postrzegani są jako egoistyczna grupa „dla siebie”. Często wypowiedziana jest ocena o merkantylnym podejściu prawników do wykonywanego zawodu, co oznacza, że etyka zawodu staje się czymś niemodnym, a mówienie o wartościach jest tematem „nie na czasie”. Zasady deontologii tracą swoją przydatność praktyczną. Gdy dochodzi do tego jeszcze fakt masowego kształcenia prawników na rynek, to stawiana jest kwestia, co ma uzasadniać elitarność zawodów prawniczych, skoro zawodom prawniczym nie tyle towarzyszy służenie pewnej misji społecznej, ile uzyskiwanie znacznych korzyści.

Krytyka dotyczy nie tylko prawników zaangażowanych w realizowanie prawa, ale także środowiska kształcącego nowych prawników. Dostrzega się upadek powagi przygotowania prawnika, zwłaszcza sędziego w zakresie etyki. Braki w tym zakresie powodują, że zanikło jednoznaczne rozumienie pojęcia nieskazitelnego charakteru sędziego. Dowodzi się niedoskonałości kształcenia studentów przez bardzo zróżnicowane szkolnictwo akademickie, które niejednokrotnie naukę prawa traktuje jako dochodowy biznes, a nauczycieli akademickich jako element mechanizmu zarabiania pieniędzy, a nie kształcenia młodzieży do zawodów, które ma cechować etos niezbędny do wytwarzania przyzwoitego poziomu zaufania społecznego. Niejednokrotnie zauważa się też, że poważnych etycznych wartości ogólnospołecznych nie dostarcza też wielu nauczycieli akademickich prowadzących równocześnie kancelarie prawnicze, albowiem mają oni przenosić na grunt akademicki mechanizmy i metody bezwzględного, skutecznego neoliberalnego rynku pozbawionego wartości etycznych. Z kolei nauczyciele akademicy zatrudnieni w organach sądowych, prokuratury czy administracji publicznej mają wnosić także wartości charakterystyczne dla różnych hierarchii, przede wszystkim urzędniczej, zaangażowani politycznie zaś proponują ideologizację postaw i godności prawnika. W każdym razie niejednokrotnie można natrafić na oceny, że proces demoralizacji środowiska prawniczego rozpoczyna się już na studiach⁴⁵.

Uzupełniając powyższe uwagi, można powiedzieć, że zdeformowana władza prawników w świecie sądownictwa postrzegana bywa nie jako gwarant demokracji i służenie państwu prawnemu oraz poszczególnym potrzebującym pomocy ludziom,

⁴⁴ F. Lempa w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

⁴⁵ T. Bogucka w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

ale także jako mogąca nieść różne zagrożenia. Dowodzi się, że zachodzi to zwłaszcza wówczas, gdy: 1) działalność sądów służy w większym stopniu wizji władzy jednostki (oligarchii), a nie władzy prawa, 2) sądy (sędziowie) podlegają słabej kontroli, 3) dochodzi do wynaturzenia systemu sprawiedliwości w strukturę samą dla siebie (egoizm, arogancja i onnipotencja), 4) wymierzanie sprawiedliwości następuje z naruszeniem zasad: życzliwej sprawiedliwości proceduralnej, dostępu każdego do sądu, rozstrzygania w przejrzystej procedurze, działania zgodnie z ekonomią i bezstronnością procesową, dostarczania wyroku w rozsądnym terminie, 5) sądy nie dbają o wolności i prawa człowieka, 6) dochodzi do nadmiernie politycznego i wyraźnie aksjologicznie zorientowanego (tendencyjnego) chronienia konstytucji przez sądownictwo (zwłaszcza o charakterze konstytucyjnym).

Nie można tu zwłaszcza nie dostrzegać zaniepokojenia wyrażanego przez liczne popularne czasopisma, które dostrzegają wady systemu sprawiedliwości, podając liczne przykłady wykraczania sędziów poza prawo i dobrą tradycję prawniczą. Wynika z nich, że kuriozalne, nieadekwatne, albo „bezprawne” wyroki doprowadzają niejednokrotnie do zniszczenia ludzi i ich dorobku, że narzucają określone reguły moralnego i obyczajowego postępowania, prowadząc m.in. do wyrzekania się przez ludzi wyznawanych wartości. Rozstrzygają o politycznej poprawności i moralności, a nawet o tym, co ma być przedmiotem publicznej debaty. Wobec tego formułowane są oceny, że dochodzi do przekształcania sądownictwa w formę „sądowego totalitaryzmu”, a nawet, że tą drogą zaczyna ujawniać się władza oligarchii sądowej zamiast demokracji parlamentarnej. Na podstawie upowszechnionych ocen dotyczących np. europejskich trybunałów (strasburskiego i luksemburskiego) formułowana jest myśl, że sądy te nie liczą się z niczym i przypisały sobie bez podstawy ogromną władzę. Wobec tego, powołując się na autorytet Ralfa Dahrendorfa (zm. w 2009 r.), ostrzegającego przed nastaniem „epoki jurydyzacji”, którą charakteryzuje to, że sędziowie „przejmują funkcję superpolityków”, wprost i dosyć ostro wypowiedane są stwierdzenia, że doszło już do stanu, gdy sędziowie stali się „uzurpatorami”, sięgnęli po „prymat nad innymi władzami”, krytykę ich działalności zaś likwidują za pomocą dogmatu sędziowskiej niezawisłości. Krytyczne oceny idą nawet tak daleko, że charakteryzują sędziów jako „nową klasę kapłańską. Nic dziwnego, że chcą, by ich jak kapłanów traktować”⁴⁶.

Oprócz sądownictwa powszechnego stosującego prawo z wykorzystaniem różnych zasad współżycia społecznego (moralność, zwyczaje, obyczaje, reguły grzeczności itd.) pojawia się zwłaszcza funkcja i praktyka sądownictwa najwyższego i konstytucyjnego, jako umożliwiająca badania konstytucyjności w obszarze rządów prawa. Możliwa jest też następująca kwestia, czy np. z wprowadzeniem sądów konstytucyjnych rzeczywiście doszło wyłącznie do ochrony konstytucji, czy

⁴⁶ S. Janecki, *Oligarchia sędziów*, „Wprost” z 4 października 2009 r., s. 5.

przypadkiem nie pojawiło się także zagrożenie w postaci możliwości ograniczenia demokracji i rządów prawa; kwestia ta może być postawiona zwłaszcza wobec faktu niekontrolowania wyroków sądów konstytucyjnych, wobec istnienia tzw. prawotwórstwa sądowokonstytucyjnego. Sądy konstytucyjne, nawet powoływane przez parlament, są instytucjami niedemokratycznymi (powołuje je większość polityczna w parlamencie, a nie właściwy demokratyczny decydent narodowy). Wobec tego uprawnione będzie pytanie, czy ocena o niekonstytucyjności prawa w demokracji może być dokonywana przez prawnicze ciało niemające silniejszego mandatu demokratycznego (powszechnego) od tego, który ma legislatywa. Jeżeli zaś tak jest, że zwykła legislatywa w politycznym składzie, tj. ukształtowanym w mechanizmie większościowym, decyduje o ustanowieniu sądu konstytucyjnego, to oznacza, że wyroki tego sądu nie mają ważności konstytucyjnej, ale co najwyżej „ustawową”. Wobec tego wyroki sądu konstytucyjnego powołanego w innym niż konstytucyjny trybie mogą być, przynajmniej w odniesieniu do ustaw, postrzegane jako uzurpujące sobie rolę oceniania ustaw. W takiej sytuacji możliwe jest np. stanowisko, że słabo legitymowane sądy konstytucyjne mogą co najwyżej dokonywać oceny zgodności prawa podustawowego z ustawowym.

Sądy konstytucyjne chroniące konstytucję nie pojawiają się jako niezależne ciała chroniące zasady ustrojowe czy wolności i prawa jednostki. Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku należy wyraźnie podkreślić, że sąd ten związany jest poziomem konstytucyjnie określonych reguł i praw jednostki. Oceny dokonywane przez sąd konstytucyjny są wyrazem swoistej merytorycznej cenzury konstytucyjnej, co m.in. oznacza, że sąd ten wiążąco informuje organy państwa jak pojmować konstytucję, a także określa jednostce granice jej praw, a nawet „projektuje” jej poziom swobód; organ państwa, jakim jest sąd konstytucyjny, nie tyle zatem chroni prawa i wolności jednostki (postawa negatywna), ile kształtuje je pozytywnie i niejako z góry rozstrzyga, co zaakceptuje konstytucja (postawa pozytywna). W ten sposób można dostrzec też „upaństwowienie” wolności i praw człowieka. Inaczej mówiąc, dochodzi do zawłaszczenia przez państwo, za pomocą ciała prawniczego prawa do doprecyzowania (zamykania treści) różnych swobód jednostki. Dlatego też, jak wspomniano, sądy konstytucyjne, które mają gwarantować wolności, w sytuacji gdy wyznaczają zakres chronionej treści wolności, okazują się „uzurpatorskim” mechanizmem, który chroni państwowo wyznaczony poziom wolności. Stan ten jest irracjonalny, albowiem sensem stałej idei wolności ludzkich jest niezależność swobód od kreującej czy interpretatorskiej woli władzy politycznej. Zatem uzurpacją jest samouznanie gremiów prawniczych, nawet takich jak sądy konstytucyjne, że są one wyznaczone (upoważnione) do roli swoistego przedstawiciela wolności i praw człowieka. Sądy konstytucyjne są powoływane w państwie np. przez parlament do strzeżenia konstytucji tego państwa, a więc są tylko organem polityczno-prawnym państwa. Sądy te wypełnia określona politycznie grupa prawników, co umożliwia

taką oto interpretację, że pozytywne działania tej grupy prawników, polegające na określaniu rozumienia zakresu treści różnych wolności ludzi, aktywizm interpretatorski tych prawników, nawet zasłonięty najznakomitszą fasadą formy sądu państwowego, nie usunie możliwości traktowania wykładni prawniczej o cechach powszechności jako działań opresyjnych w odniesieniu do wyobrażeń i pragnień większości mieszkańców o poziomie wolności, w jakiej chcieliby żyć. Niewielka grupa pochodząca z mniejszości prawniczej może okazać się zatem bliższa w skutkach swoich działań systemom oligarchicznym niż demokratycznym czy republikańskim. Na rzecz oceny o rachityczności etycznej, słabości prawnej i politycznym wymiarze sądów konstytucyjnych miało przemawiać zjawisko kryzysu w 2007 r. Zauważono bowiem, że z jednej strony sądy konstytucyjne wyinterpretowały „odważne” zasady państwa prawnego, które miały służyć kontroli prawa „dyscyplinującego” obywateli, aby nie służyło doraźnym celom biurokracji rządowej, a równocześnie okazało się, że nie tylko demokratyczne parlamenty, ale również sądy konstytucyjne zostały pominięte w decyzjach rządów przekazujących pieniądze podatników dla systemów finansowo-bankowych, które wykreowały kryzys 2007 r. W tej sytuacji kolejny raz ujawniła się aktualność oceny, że sądy konstytucyjne okazują się słabo przydatne albo nawet nieprzydatne w roli uczestnika rozwiązywania zasadniczych problemów społeczno-politycznych i gospodarczych. Argumentem zaś było to, że nie wykazały swojej znaczącej funkcji ochrony obywateli w najważniejszym problemie demokracji, jaki wynikał z uspołeczniania strat będących pochodną ryzyka finansowo-gospodarczego prywatnych korporacji, tj. przerzucania kosztów ryzykownych przedsięwzięć na podatników, którzy jak się okazało, utrzymują nie tylko państwo, lecz także oligarchię finansową. Wobec tego pozycja gremiów prawniczych zasiadających w sądach nad prawem została odczytana jako wartościowa w obszarze fasad i fikcji postpolitycznej demokracji.

Pod koniec pierwszego dziesięciolecia XXI wieku opisywany stan mniejszości prawniczej oceniany jest jako kryzys zaufania do różnych zawodów prawniczych, przejawiający się m.in. w omijaniu prawa przez społeczeństwo. Na kryzys ten składają się różne wspomniane przyczyny, zwłaszcza niski poziom tworzenia i stosowania prawa, i co niezwykle ważne – brak wizji i dobrej praktyki państwa prawnego. Ten upadek zaufania społeczeństwa do prawników ma ogromnie niepokojący wymiar, gdyż dotyczy tych, którzy przecież z założenia traktowani byli (i w podręcznikach akademickich są) jako mniejszość będąca najpoważniejszym, instytucjonalnym strażnikiem demokracji. Różni prawnicy, jak wspomniano, niejednokrotnie klasyfikowani są do jednej zbioru i traktowani jako mniejszość mająca własne interesy korporacyjne, o wątpliwej reputacji i nadto wykorzystująca społeczeństwo. Kryzys zaufania do działalności sądów oceniany bywa jako kryzys demokracji oraz wartości chronionych przez konstytucję i ustawy. Wedle koncepcji demokratycznego państwa prawnego istnienie zaufania obywateli do stanowionego i stosowanego przez państwo prawa

jest fundamentem demokracji. Dlatego upadek zaufania do mniejszości, jaką są prawnicy, do poprawności wykonywania zawodów prawniczych oceniany jest jako zagrożenie dla funkcjonowania państwa demokratycznego. Uwaga ta nie oznacza, że istnieje jedna grupa przyczyn, których usunięcie poprawi funkcjonowanie zarówno poszczególnych prawników, jak i ich samorządów. Erozja wartości moralnych jednostek i pogorszenie jakości działania państwa demokratycznego nie są wzajemnie obojętne. Ale niedoskonałości państwa i struktur społecznych trudno uzasadniać np. wyłącznie erozją środowiska prawniczego. Kryzys sądów i prokuratury jest objawem kryzysu państwa; jego źródeł można poszukiwać wśród sędziów i prokuratorów, ale mocniejsze argumenty przedstawiane bywają za tym, że to demokracja i jej złe praktykowanie wpływa na osłabianie świata wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawa.

Nie można też pominąć okoliczności, że poziom etyczny i ideowy mniejszości prawniczej jest m.in. pochodną upadku zarówno autorytetów w ogóle, jak i środowiskowych. W rezultacie samo środowisko prawnicze przestało spełniać funkcje autorytetu. Prawniczy celebryci wykorzystywani są prawie jak gwiazdorzcy ekranu. Nastąpiło więc nie tylko zakwestionowanie autorytetu płynącego z władzy, co jest zrozumiałe wobec faktu, że pod koniec pierwszego dziesięciolecia postpolityczne państwo demokratyczne unika spełniania pokładanych w nim oczekiwań, albo najzwyczajniej jest niesprawne z powodu nieudolności ludzi państwa. Postpolityczna władza postrzegana jest jako skierowana do wewnątrz, skupiona na własnych problemach, dlatego też uważa się, że posłuszeństwo wobec takiej władzy, która potrzebuje obywatela wyłącznie jako podatnika utrzymującego aparat władzy zajęty swoimi interesami, nie znajduje żadnego poważnego uzasadnienia. Podobnie upadł autorytet płynący z zaufania do wiedzy i etyczności. Rozważania dotyczące upadku autorytetów stawiają kwestię przyczyn tego upadku. Otóż np. Jerzy Nauman dowodzi, że winą w tym zakresie trudno obarczać wyłącznie elity albo tzw. publiczność. Upadek autorytetów przypisuje przeszłemu systemowi totalitarnemu, uznając, że na wiele lat takie systemy mogły zatruwać umysły ludzkie (nie wyjaśnia przy tym zjawiska powojennych prawników RFN) i dawna erozja moralności rządzenia długo przynosi niepożądane owoce. Dostrzega on jednak także inny „aspekt bieżącej sytuacji”, a mianowicie, że 1) prawo jest instrumentalnie wykorzystywane przez rządzących, 2) pojawiła się nieprawdopodobna kazuistyka, co wywołuje ten skutek, że prawo nie jest „przewodnikiem po meandrach moralności” umożliwiającym dostrzeżenie, „gdzie leży dobro, a gdzie leży zło”, że takie prawo „nie umożliwia już drogi wyboru”, ale „staje się jedynie instrukcją obsługi życiowej”; zatem w przypadku wątpliwości aksjologicznych ludzie nie odwołują się do wartości, zasad przyzwoitości, ale otwierają kodeksy czy regulaminy. W rezultacie „im bardziej rośnie litera, tym bardziej maleje duch prawa”, 3) często dochodzi do wynaturzenia prawniczego w postaci „obchodzenia prawa” i moralności bez przekraczania granic

bezpawia⁴⁷. Dlatego teŹ znacząco osłabło zaufanie do roli środowiska prawniczego jako podstawy demokracji. Stan ten, jak wspomniano, traktowany jest jako kryzys moralności dotyczący wszystkich środowisk prawniczych, którego Źródeł poszukuje się w przeszłości, a jeszcze bardziej w neoliberalnej „etyce” bezwzględnego, „konkurencyjnego” zarabiania pieniędzy, albowiem one mają wypowiadać się o wartości człowieka i jego pozycji. Neoliberalnie rozumiana wolność wykonywania zawodów prawniczych jako środek uzdrawiający wszystko, neoliberalna wolna konkurencja oceniana jest jednak pod koniec pierwszego dziesięciolecia jako nieszczególnie nadająca się do „obsługi” świata wymiaru sprawiedliwości. Inaczej mówiąc, sądownictwo i aktywność prawników różnych zawodów ma słuŹyć określeniu sprawiedliwości, ta zaś słabo koresponduje z neoliberalną konkurencją. W odniesieniu do nowego środowiska prawników, zainfekowanego neoliberalizmem, jako swoisty zarzut brzmi wypowiedź poety, na którą powołała się sędzia Teresa Romer w debacie nad kryzysem zaufania do zawodów prawniczych: „Pokolenie Sancho Pansy, rozsiadłe wygodnie wzdłuż i wŹszere Europy, w pałacach ze szkła i aluminium, spoglądamy z rozbawieniem i ze zdumieniem, z zawstydzieniem, na zetlały proporzec, który na swej włóczni wznosi szkielet niegdyś zwany Don Kichotem z Manchy, i odczytujemy z trudem słowo, co na nim widnieje, nieistniejące juŹ w naszych językach: honor”⁴⁸. W jej ocenie w korporacjach prawniczych często doszło do zaniku pojęcia „honor”, a cechująca tradycyjne środowisko prawnicze godność stanu adwokackiego czy radcowskiego została zapomniana. Pusto brzmią zatem konstytucyjnoprawne zapewnienia o wadności świata prawniczego z sądami na czele dla ochrony demokracji wobec nieetyczności wielu prawników i niejednokrotnie wypowiedzanej wŹspółcześnie myśli o wstydlivosti bycia prawnikiem, sędzią.

Mniejszość prawnicza związana z prawem i demokracją wprost podlega tym chorobom, które dolegają demokracji. Nie jest niezaleŹna od ideologii i praktyki politycznej demokracji. Zapewne wiele działań wewnątrz środowiska moŹe wplywać na jakość demokracji. Ale nie ma się co łudzić, Źe zaniedbania w funkcjonowaniu procedur demokracji, niewłaściwy jej zarząd, brak zachowania pewnego poziomu wartości, a wŹlasczka brak systemu pozytywnej edukacji mogą nie determinować kondycji mniejszości prawniczej. NienaleŹytego wypełniania misji przez prawników, a dalej przez struktury, w których są te zawody realizowane czy organizowane, nie uda się poprawić, jeŹeli środowiska tworzące idee, narzucające prawo i praktykę polityczną będą się słabo liczyły z projektami nauk rozumiejących i jeŹeli będą sprawdzały wszelkie oceny do poziomu wzrostu sprzedaŹy. Dowodzi się np. Źe kryzys uŹwiadomił ograniczenia dotychczasowej drogi rozwoju społeczeństw, gospodarki i zwiazanego z nimi prawa. Nie oczekuje się juŹ poprawiania świata jako jego refor-

⁴⁷ J. Nauman w dyskusji pt. *Zawody prawnicze – kryzys zaufania?*

⁴⁸ M. Pawlikowski, *Proporzec Don Kiszota*, Kraków 2002.

my usuwającej różne braki, ale kwestią są nowe globalne tendencje rozwoju ustrojów polityczno-gospodarczych. Ma się on dokonywać w warunkach wzrostu empatii i zrozumienia konsekwencji ludzkiego działania dla trwania gatunku. Wobec tego istotne jest nie tyle naprawianie czy doskonalenie mniejszości prawniczej, ile czynienie tego z uwzględnieniem zarówno dobrej tradycji tzw. autonomii prawa, jak i refleksyjnym odniesieniem do kierunków przekształceń na świecie. W każdym razie, gdyby tylko pozostać na poziomie państwa, to bez poprawiania całej demokracji, tj. pozostając wyłącznie na poziomie działań „naprawczych” dotyczących mniejszości prawników, trudno uznać, że takie zabiegi mogą się skończyć poważniejszymi efektami poprawy. Naprawa mniejszości prawniczej jest nieskuteczna, jeżeli pomijana jest naprawa innych mniejszości, a zwłaszcza mechanizmów działania większości. Zdominowanie większości zwłaszcza przez populizm czy ideologie kwestionujące wytworzone przez tysiące lat wartości niszczą obszar, w którym realizowane jest prawo. Wątpliwe jest zatem, aby w tych warunkach tworzenie prawa i wymierzanie sprawiedliwości mogło mieć tzw. głęboką skuteczność. Istnienie tysięcy regulacji oraz kazuistyczność prawa w braku hierarchii wartości moralnych uniemożliwia istnienie systemu prawa, który cechowałaby sensowna spójność materialna, zharmonizowane indywidualne i zbiorowe poczucie sprawiedliwości. Kazuistyczność prawa jest pochodną upadku jego poziomu, co dotyczy tworzenia, stosowania, realizowania i kształcenia.

W tej sytuacji głęboko zróżnicowana mniejszość prawnicza, nawet gdyby deklarowała najlepsze intencje, to jako żyjąca w ogromnym stopniu z poruszania (i poruszania się w obszarze) normatywnych stosunków społecznych będzie grzeszyła wszystkimi niedoskonałościami demokracji. Obok uwikłanej w stosunki polityczno-prawne i podążającej za koniunkturą i konformistyczną większą częścią prawników zapewne będą podążali, jak wskazują przykłady zaczerpnięte z długiej historii, prawnicy, którzy nie będą oceniali wolności i praw przez pryzmat uprzywilejowanych elit władzy i oligarchii, ale bardziej, jak ono służy także najsłabszym i pokrzywdzonym.

Bibliografia

- Alexy R., *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 11.
 Burma I., *Bezsilność silnych*, „Gazeta Wyborcza” z 29–30 maja 2010 r.
 Frieske K., *Socjologia prawa*, Warszawa-Poznań 2001.
 Janecki S., *Oligarchia sędziów*, „Wprost” z 4 października 2009 r.
 Kaufmann A., *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt 1965.
 Kołakowski L., *Cóż jest prawda?*, „Rzeczpospolita” z 20–21 maja 2006 r.
 Kość A., *Podstawy filozofii prawa*, Lublin, 2005.
 Mączak A., *Rządzący i rządzeni. Władza i społeczeństwo w Europie wczesnonowoczesnej*, PIW, Warszawa 1986.

- Mohl R. von, *Encyklopedia umiejętności politycznych*, Liber, Warszawa 2003.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2008.
- Oniszczyk J., *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Wyd. Szkoła Główna Handlowa, Warszawa 2005.
- Oz A., *Zajęcie dla diabła, „Rzeczpospolita” z 17–18 września 2005 r.*
- Pawlikowski M., *Proporzec Don Kiszota*, Kraków 2002.
- Radbruch G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, w: *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973.
- Rutkowska M., *Europejskie standardy wykonywania wolnych zawodów*, w: *Europejskie standardy etyki i społecznej odpowiedzialności biznesu*, W. Gasparski (red.), Wyd. WSPiZ, Warszawa 2003.
- Sen A., *Żyjemy w czasach tyranii wspólnot*, w: *Idee z pierwszej ręki*, Warszawa 2008.
- Słownik języka polskiego*, M. Szymczak (red.), Wyd. PWN, Warszawa 1979.
- Szyszkowska M., *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000.
- Thoreau H.D., *The Variorum Civil Disobedience*, New York 1967.
- Turner J.H., *Struktura teorii socjologicznej*, Wyd. PWN, Warszawa 2003.
- Walzer M., *Dlaczego liberalizm wymaga korekty*, w: *Idee z pierwszej ręki*, Warszawa 2008.
- Znamierowski C., *Szkoła prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1999.

Summary

The democracy as a structure consisting of minorities. The environment of lawyers as minority - features (values) characterizing lawyer

Author discusses problem of modern democracy as a structure consisting of minorities. Lawyers are perceived as a peculiar minority, social group distinct due to their profession. He shows the results of inappropriate operations of legal minorities in a state, leading to a depreciation of values and a crisis of confidence.

Państwo w programach wyborczych parlamentarnych partii politycznych

Wprowadzenie

9 października 2011 r. odbyły się w Rzeczypospolitej Polskiej wybory parlamentarne. O mandaty poselskie w Sejmie ubiegało się 11 komitetów wyborczych. Warunki wymagane przez prawo wyborcze do uczestniczenia w podziale mandatów poselskich w okręgach wyborczych spełniło sześć list kandydatów¹. Były to listy:

1. Zgłoszone przez Komitet Wyborczy Platforma Obywatelska, na które oddano 5 629 773 głosy, tj. 39,18%, które uzyskały 207 mandatów.
2. Zgłoszone przez Komitet Wyborczy Prawo i Sprawiedliwość – 4 295 016 głosów, tj. 29,89%, 157 mandatów.
3. Zgłoszone przez Komitet Wyborczy Ruch Palikota – 1 439 490 głosów, tj. 10,02%, 40 mandatów.
4. Zgłoszone przez Komitet Wyborczy Polskie Stronnictwo Ludowe – 1 201 628 głosów, tj. 8,36%, 28 mandatów.
5. Zgłoszone przez Komitet Wyborczy Sojusz Lewicy Demokratycznej – 1 184 303 głosy, tj. 8,24%, 27 mandatów.
6. Zgłoszona w jednym okręgu wyborczym przez Komitet Wyborczy Wyborców Mniejszość Niemiecka – 28 014 głosów, tj. 0,19%, 1 mandat.

Pierwszych pięć spośród wymienionych komitetów wyborczych reprezentowało partie polityczne. Programy wyborcze tych partii politycznych będą przedmiotem naszego zainteresowania, a konkretnie zawarta w nich problematyka państwa,

* Prof. zw. dr hab., Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

¹ Na temat wyników wyborów do Sejmu RP przeprowadzonych 9 października 2011 r. zob. obwieszczenie Państwowej Komisji Wyborczej z 11 października 2011 r., Dz.U. Nr 218, poz. 1294.

rozumianego tak, jak pojmuje się je w nauce o państwie², a więc jako suwerenną, polityczną, terytorialną i globalną organizację społeczeństwa, która za pośrednictwem swoich organów zapewnia wewnętrzny ład społeczny.

Problematyka tak rozumianego państwa będzie rozważana na podstawie następujących programów wyborczych:

1. Platformy Obywatelskiej (PO) – „Następny krok. Razem”, Program wyborczy 2011, Platforma Obywatelska (dalej jako „Prog. wyb. PO”).
2. Prawa i Sprawiedliwości (PiS) – „Polska suwerenna, Polska solidarna, Polska bezpieczna”. Z Programu Prawa i Sprawiedliwości, Warszawa 2011, pełniący funkcję programu wyborczego tej partii (dalej jako „Prog. wyb. PiS”). Zasadniczy program tej partii to „Nowoczesna, solidarna, bezpieczna Polska”, Program Prawa i Sprawiedliwości, Warszawa 2011³ (dalej jako „Prog. zas. PiS”).
3. Ruchu Palikota („Ruch P”) – „Nowoczesna Polska”, Ruch Poparcia, Katowice 15 stycznia 2011 (dalej jako „Prog. wyb. Ruchu P”) ⁴.
4. Polskiego Stronnictwa Ludowego (PSL) – „Człowiek jest najważniejszy”, Program wyborczy, Warszawa, sierpień 2011 r. (dalej jako „Prog. wyb. PSL”).
5. Sojuszu Lewicy Demokratycznej (SLD) – „Jutro bez obaw”, Program dla Polski (bez miejsca i daty wydania – dalej jako „Prog. wyb. SLD”).

Programy wyborcze przywołanych partii politycznych miały bardzo różną objętość. Najobszerniejsze były programy SLD (224 strony) i PO (188 stron). Najskromniej objętościowo przedstawiały się programy wyborcze Ruchu P (37 stron), PiS (24 strony) i PSL (23 strony).

Zazwyczaj problematyka państwa była omawiana w programach wyborczych w wyodrębnionych częściach, w których hasłem wiodącym była „Nowoczesna Polska” (Ruch P) lub „Bezpieczna Polska” (PSL). W programie PO ta część zatytułowana została „Wolny obywatel i efektywne państwo”, w programie SLD – „Państwo”, w Prog. wyb. PiS – „Prawo” oraz „Nowa jakość administracji”, w zasadniczym zaś programie tej partii znajdują się wyodrębnione części „Nowoczesna Polska” i „Bezpieczna Polska”.

Na zakończenie uwag wprowadzających warto odnotować, że autor tego opracowania pisał już wcześniej o problemach państwa w dokumentach programowych

² Zob. definicje państwa zawarte w pracach: E. Zieliński, *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999, s. 22; B. Szmulik, M. Żmigrodzki, w: *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, B. Szmulik, M. Żmigrodzki (red.), Lublin 2006, s. 16; J. Kuciński, *Nauka o państwie i prawie*, Warszawa 2008, s. 16.

³ Pierwszy z wymienionych dokumentów był bardzo „oszczędny”, co skłaniało do dość częstego sięgania do głównego dokumentu programowego PiS.

⁴ Program ten został przyjęty jako program ruchu społecznego Ruch Poparcia (Palikota – uwaga J.K.), a następnie był wykorzystywany w kampanii wyborczej jako program wyborczy partii politycznej Ruch Palikota.

parlamentarnych partii politycznych – zarówno po wyborach z 2005 r.⁵, jak i po wyborach z 2007 r.⁶ Problemy państwa uwzględnione w tym opracowaniu są podobne do rozważanych w przywołanych dwu pracach, chociaż teraz uwzględniono przede wszystkim programy wyborcze partii politycznych reprezentowanych w Sejmie RP VII kadencji, wyłonionym we wspomnianych wyborach 9 października 2011 r. Programy te były niewątpliwie konkretną ofertą skierowaną do wyborców, zwłaszcza do tych, którzy do momentu głosowania wahali się – której z partii udzielić poparcia.

1. Ocena stanu państwa

Ocena stanu państwa – Rzeczypospolitej Polskiej znalazła się w programach wyborczych czterech partii politycznych – SLD, Ruchu P, PSL i PO, natomiast PiS zawarło taką ocenę w swoim zasadniczym Programie. Oceny te były bardzo zróżnicowane. Partie polityczne, które nie uczestniczyły w sprawowaniu władzy w latach 2007–2011, nader krytycznie oceniały stan państwa polskiego. Najbardziej krytyczne oceny w tym zakresie spotykamy w Programie PiS.

W opinii autorów Prog. wyb. PiS niemal wszystko w państwie polskim, rządzonym przez koalicję PO-PSL, było złe. PiS przesadnie oceniało, że w III RP doszło do wielu patologii i zmarnowania szans szybkiej modernizacji Polski, do osłabienia państwa. Dla uzasadnienia tej tezy wskazywało na domniemane następujące negatywne zjawiska w polityce: niedostatki demokracji, praworządności i suwerenności; świadome odsuwanie przez rządzących od wpływu na życie publiczne tej części społeczeństwa (ocenianej, że jest to część „bardziej poważna” – s. 12), która nie zgadza się na dominację establishmentu wyrosłego z porozumień Okrągłego Stołu; „obronę” przez PO panowania establishmentu, jaki wykształtował się w wyniku transformacji ustrojowej; ograniczanie mechanizmów kontroli władzy, w tym nieskrępowanego działania opozycji, co osłabiało perspektywę wymiany ekip rządzących; utrwalanie „postkomunistycznego kierunku transformacji” (s. 14). Na tym tle PiS, podobnie jak w 2007 r., znowu chwaliło się swoimi osiągnięciami w umacnianiu państwa w latach 2005–2007, które to osiągnięcia zostały już w piśmiennictwie naukowym poddane zdecydowanej krytyce⁷.

⁵ J. Kuciński, *Wizje państwa w dokumentach programowych głównych sił politycznych*, w: *Partie polityczne w wyborach 2005*, D. Waniek (red.), Warszawa 2006, s. 98–140.

⁶ J. Kuciński, *Nowe elementy wizji państwa w dokumentach programowych głównych sił politycznych*, w: *Wybory 2007 i media – krajobraz po „IV RP”*. *Wybrane problemy*, D. Waniek (red.), Warszawa 2009, s. 71–95.

⁷ *Ibidem*, s. 74.

W Prog. wyb. Ruchu P z nadmierną niewątpliwie impulsywnością stwierdzono: „Mamy [...] dość państwa, które nie jest sprzymierzeńcem, ale wrogiem [...]. Mamy [...] dosyć polityki, w której dwóch panów podzieliło się wszystkimi demokratycznymi instytucjami, obsadzając je ludźmi, których jedyną kompetencją jest ślepa lojalność” (s. 3). Z konkretnych wad polskiego państwa Ruch P wskazywał – częściowo zasadnie – na niesprawność państwa, na biurokrację, z którą walka, chociaż długotrwała, nie przynosiła pożądanych efektów, na rozmijanie się polityki (bezideowej) z życiem, na odsuwanie się wielu Polaków od polityki. W Programie trafnie oceniano, że „hasło »daleko od polityki« jest jednocześnie hasłem »daleko od dobrej energii społecznej, od radości życia w państwie przyjaznym i sprawnym«” (s. 19).

W Prog. wyb. SLD głównych mankamentów państwa polskiego upatrywano w niedostatkach wartości uznawanych za podstawowe dla współczesnego demokratycznego państwa – wolności, równości i braterstwa. W Programie znalazły się pewne egzemplifikacje tej tezy.

Odnosić warto, że w Prog. wyb. współrządzącego państwem PSL również znalazła się krytyczna ocena stanu państwa. „Procesy transformacji ustrojowej – wskazywano tam – doprowadziły do osłabienia funkcjonowania państwa w wielu ważnych dla obywateli obszarach” (s. 22). Szkoda, że ta interesująca, aczkolwiek nieco dyskusyjna teza nie znalazła w Prog. wyb. PSL bliższego wyjaśnienia ani uzasadnienia.

Krytycznych ocen stanu państwa nie zawierał Prog. wyb. głównej rządzącej w latach 2007–2011 siły politycznej, tj. PO. Partia ta nieco pompatycznie stwierdzała w nim: „Dzięki Waszemu (tj. wyborców – uwaga J.K.) zaufaniu rozpoczęliśmy u progu 2008 roku wielką modernizację państwa” (s. 11). Z dalszych wywodów wynikało jednak ewidentnie, że nie szło tu o państwo w rozumieniu wyżej wskazanym, ale o Polskę jako kraj.

2. Generalne wizje państwa

Cztery partie polityczne – PO, Ruch P, PSL i SLD – zawarły w swoich programach wyborczych generalne wizje państwa, które – jak zapowiadały – będą starały się urzeczywistnić po wyborach. Nie może nie dziwić, iż wizji takiej właściwie nie było w spełniającym funkcje programu wyborczego wyciągu PiS z zasadniczego programu tej partii (były jedynie w tytule trzy hasła przewodnie takiej wizji). W programie zasadniczym wizja taka się znajdowała. Trzeba stwierdzić, że w zaprezentowanych przez partie generalnych wizjach państwa występowały elementy wspólne, ale więcej było odmiennych, co wyrażało się także w hasłach przewodnich wyrażających te wizje.

W Prog. wyb. PO hasło przewodnie wizji państwa preferowanej przez tę partię brzmiało: „Polska obywatelska” (s. 10), „obywatelskie państwo” (s. 11), „przyjazne państwo” (s. 129). Z dokumentu wynikało, że obywatelskie państwo nie narzuca obywatelowi przekonań, nie poucza ani nie wyklucza nikogo, że jest to państwo, które akceptuje złożoność rzeczywistości, odrzuca radykalizm polityczny i przemoc, broni tego, co PO uważa za najbliższe sobie – „spotkania wolności i solidarności pod rządami prawa” (s. 11). PO uznawała „przyjazne państwo” za „jeden z filarów inteligentnego rozwoju” (s. 129). W Prog. wyb. PO znalazło się także hasło „dokończenia budowy silnej Polski”. Ta silna Polska oznaczała zarówno silny kraj, jak i silne państwo. W rozumieniu PO państwo silne to państwo efektywne i przyjazne wolnym obywatelom. Państwo ze sprawną administracją, służebnymi urzędami, odbiurokratyzowane, z efektywnie działającym wymiarem sprawiedliwości.

Hasło określające wizję państwa w Prog. wyb. Ruchu P brzmiało: „nowoczesna Polska” (s. 3), a więc Polska: świecka, z obywatelską kontrolą urzędów, prokuratury i służb specjalnych, z równymi prawami dla kobiet i mężczyzn. W rozumieniu Ruchu P nowoczesna Polska to przyjazne i sprawne państwo, w którym inaczej niż wcześniej miała być uprawiana polityka. Ruch P opowiadał się za takim rozdzieleniem w państwie funkcji władzy ustawodawczej i wykonawczej, które oznaczałoby ich separację, uznając to rozwiązanie za jedną z naczelných zasad demokracji, a jego naruszenie – co uznać należy za dyskusyjne – za przyczynę kryzysu demokracji i fikcyjności polityki.

Deklarując już w tytule swojego programu wyborczego, że „człowiek jest najważniejszy” (s. 5), PSL wyraziło w ten sposób akceptację indywidualistycznej koncepcji relacji między jednostką (społeczeństwem) i państwem, zgodnie z którą to państwo ma służyć jednostce (i społeczeństwu), a nie odwrotnie (prymat jednostki w stosunku do państwa). W świetle takiego stanowiska należało widzieć deklarację wyborczą PSL dotyczącą wprost problematyki państwa: „Naszym celem jest rozwój silnego, niepodległego, demokratycznego i wolnego państwa. Państwa, które stwarza warunki do godnego życia obywateli i wszechstronnego rozwoju człowieka” (s. 3). Konsekwentnie więc PSL akcentowało, oceniając – jak już wskazano – że nastąpiło osłabienie funkcjonowania państwa, iż „widzi potrzebę umacniania państwa, które w naszej tradycji ma wartość najwyższą” (s. 22–23). Zdaje się, że według poglądu PSL umacnianiu państwa miało służyć „usprawnienie działalności państwa” (s. 20), co powinno się dokonać m.in. przez „zapewnienie prawidłowego funkcjonowania instytucji państwa przyjaznym obywatelom” (zapewne chodzi o to, by ich funkcjonowanie miało charakter przyjazny wobec obywateli), „poprawę sprawności działania instytucji świadczących usługi publiczne”, „umacnianie bezpieczeństwa wewnętrznego obywateli i bezpieczeństwa zewnętrznego państwa”, „odbiurokratyzowanie instytucji państwa”, „usprawnienie systemu sądownictwa” (wszystkie cytaty – s. 22). W opinii PSL umacnianie państwa (usprawnianie jego działalności)

nie pozostaje w sprzeczności z konsekwentnym wdrażaniem przez państwo „zasady pomocniczości wszędzie tam, gdzie obywatele nie są w stanie sami zapewnić swoich potrzeb” (s. 20).

W ramach wizji państwa zaprezentowanej w Prog. wyb. SLD dają się wyróżnić dwa wątki: dotyczący kwestii aksjologicznych oraz obejmujący sprawy zarządzania państwa. W pierwszej kwestii SLD zapewniał: „Zadaniem i sensem istnienia lewicy jest stać na straży wolności, równości i braterstwa” (s. 9). Dalej wyrażał trafny bez wątpienia pogląd, iż: „Wolność, równość, braterstwo – to fundament współczesnego demokratycznego państwa” (s. 11) i zapewniał o swej wierności tym wartościom⁸. W programie znajdujemy obszernie wyjaśnienia, jak SLD rozumie urzeczywistnianie tych wartości.

W drugiej sprawie interesujący był punkt wyjścia propozycji SLD dotyczących zarządzania państwa. Partia ta nawiązała do obecnie rzadziej przypominanej koncepcji „umowy społecznej” (taki termin na s. 11), sięgającej swoim rodowodem XVII i XVIII wieku, zwłaszcza myśli J.J. Rousseau. W Prog. wyb. SLD stwierdzono jednoznacznie: „Podstawowym warunkiem identyfikacji obywatela z państwem jest relacja wzajemnej lojalności: przyjmując na siebie określone obowiązki, rezygnując z części wolności, poddając się ograniczeniom wynikającym z przepisów prawa, obywatel otrzymuje gwarancję, która powinna być potwierdzona codzienną praktyką życia, gwarancją, że prawo dla wszystkich jest równe i ściśle egzekwowane, a władza reprezentująca państwo używa posiadanych środków, by chronić obywatela przed zagrożeniami, nie przekraczając jednak przyznanych jej uprawnień” (s. 16). SLD nazywał to „paktem lojalności między państwem i obywatelem” (s. 16) i deklarował, że będzie stać na straży jego wykonywania.

Na tle tego paktu lojalności (czy umowy społecznej) formułowane było w Prog. wyb. SLD hasło stanowiące syntezę wizji państwa w ujęciu tej partii – „Rzeczpospolita obywatelska” (s. 15). Zdaniem SLD składnikami Rzeczypospolitej obywatelskiej miały być: bezpieczny obywatel oraz uporządkowane państwo. Państwo uporządkowane (albo „dobrze urządzone” – s. 21) to państwo „przyzwoicie zarządzane, życzliwe i przewidywalne” (s. 16), „państwo aktywnie przeciwdziałające społecznemu i ekonomicznemu wykluczeniu” (s. 33). W Prog. wyb. SLD znalazło się wiele szczegółowych propozycji mających przybliżyć realizację wizji takiego państwa (o najważniejszych będzie dalej mowa).

W Prog. wyb. PiS trzy hasła przewodnie wizji państwa zawarte zostały w tytule tego dokumentu – „Polska nowoczesna”, „Polska solidarna”, „Polska bezpieczna”. Ich objaśnienia znaleźć można było w Prog. zas. PiS. Wynikało z nich, że w ramach rozważanych treści hasła pierwszego i trzeciego, a także we wstępie do tego dokumentu

⁸ Wątpliwa natomiast była teza Prog. wyb. SLD, że są to wartości „od zawsze widniejące na sztandarach lewicy” (s. 11).

mowa była o pewnych elementach wizji państwa. PiS wyraziło jasno swój pogląd na temat relacji między narodem a państwem, stwierdzając: „Nowoczesną i podstawową formą organizacji życia Narodu Polskiego jest nasze państwo – Rzeczpospolita Polska” (s. 9). Dalej zaś wskazało – jakie to państwo powinno być: „warto, aby Polacy mieli swoje nowoczesne, solidarne i bezpieczne państwo” (s. 9). Dodawało do tego: „Polska musi być demokratyczna, praworządna i suwerenna” (s. 12), z systemem władzy zdolnym do efektywnego rozwiązywania problemów społecznych. Za najważniejsze zadania państwa PiS uznało ochronę obywateli przed bezprawnymi zamachami na ich życie, wolność i mienie oraz ochronę porządku publicznego.

W Prog. zas. PiS, w jego części zatytułowanej „Efektywny system władzy”, znalazła się godna przywołania deklaracja tej partii: „Prawo i Sprawiedliwość chce budować państwo silne, nowoczesne, demokratyczne i praworządne, zdolne do rozwiązywania zbiorowych problemów, które są źródłem opresji obywateli”. Miałoby się ochotę przyklasnąć takim zamiarom, gdyby nie następne stwierdzenie dotyczące tych spraw: „Tak rozumiemy **hasło budowy IV Rzeczypospolitej, które jest wciąż aktualne**” (oba cytaty – s. 79, podkr. J.K.). Hasło IV Rzeczypospolitej, oznaczające zanegowanie III Rzeczypospolitej kształtowanej od 1989 r. i „zapisanej” w Konstytucji RP z 1997 r., PiS sformułowała w 2005 r. i nadal uważa je za aktualne. Treść tego hasła i jego rozumienie przez PiS poddawane były wielokrotnie dogłębnej analizie w piśmiennictwie naukowym⁹. We wszystkich tych analizach ich autorzy wielce krytycznie odnosili się do idei „IV Rzeczypospolitej”. Rodzą się więc poważne wątpliwości co do tego, czy PiS chce naprawdę Polski silnej, nowoczesnej, demokratycznej i praworządnej, z efektywnym, życzliwym obywatelom systemem władzy.

3. Państwo a jednostka

Problemy relacji między państwem a jednostką (i pośrednio społeczeństwem) znalazły swoje odzwierciedlenie w programach wyborczych PO, Ruchu P, PSL i SLD. Brak ich w Prog. wyb. PiS, natomiast mowa o nich w Prog. zas. tej partii. Warto może odnotować, że dwie najsilniejsze partie polityczne – PO i PiS wypowiedziały się także w kwestiach stylu rządzenia (zasad i metod urzeczywistniania relacji państwa z obywatelami).

PO, konstatuując w Prog. wyb., że przyszło jej „zdawać egzamin z rządzenia w trudnych, kryzysowych czasach” (s. 13), deklarowała, iż – podobnie jak w latach

⁹ Zob. zwłaszcza M. Gulczyński, *Zrozumieć „IV RP”*, w: *Idea ustrojowa a rzeczywistość „IV Rzeczypospolitej”*, J. Kornaś (red.), Kraków 2010; tenże, *Krajobraz polityczny po „IV RP”*, w: *Wybory 2007...*, op.cit.; M. Karwat, *Autorytarne oblicze „IV RP”*, w: *Wybory 2007...*, op.cit.; M. Krajewski, *Polska solidarna (socjalna) czy Polska liberalna*, w: *Partie polityczne...*, op.cit.

2007–2011 – będzie nadal konsekwentnie rządzić, przestrzegając reguł „współpracy, dialogu społecznego i solidarności międzypokoleniowej” (s. 14). Bez wątpienia była to ocena i deklaracja „przelukrowana”. Diametralnie odmienną ocenę rządów PO wyraziło PiS, które nadmiernie krytycznie zarzucało rządzącym stosowanie tzw. polityki transakcyjnej, polegającej na tym, że decyzje organów władzy publicznej były wynikiem swoistego przetargu interesów partykularnych, wypadkową siły grup nacisku i wpływów, co powodowało, że priorytety władzy były w istocie określane przez partykularne interesy, a nie przez dobro wspólne. PiS zapewniało, że taką politykę zdecydowanie odrzuci. Doświadczenia lat 2005–2007, gdy PiS była główną siłą rządzącą, skłaniają do poważnej wątpliwości co do szczerości tej deklaracji.

Najwięcej uwagi problemom relacji między państwem a jednostką poświęcił w swoim Prog. wyb. SLD. Teza wyjściowa tej partii w rozważanych sprawach brzmiała: „Polska potrzebuje **radikalnej zmiany** relacji między państwem a obywatelem” (s. 95, podkr. J.K.). Z tak sformułowaną tezą trudno byłoby się zgodzić, ponieważ jej realizacja oznaczałaby odrzucenie wszystkiego, co w III RP udało się osiągnąć pozytywnego w relacjach między państwem a jednostką. SLD chodziło więc zapewne o usunięcie niedostatków w tej dziedzinie przez wprowadzenie odpowiednich środków zaradczych. Wśród tych niedostatków SLD wskazywał zwłaszcza na takie, jak: dalekie od oczekiwanego poczucie bezpieczeństwa w kraju obywatele polskich, spowodowane również trudną sytuacją policji, nieustanny wzrost liczby służb państwowych, które mają uprawnienia do ingerowania w prywatność obywateli, a także zakres tych uprawnień, przegrywane przez Polskę sprawy przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu, świadczące o naruszaniu przez niektóre organy władzy publicznej w RP Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. SLD zaproponował rozwiązania, które miały przynieść zdecydowaną poprawę tych niekorzystnych zjawisk, przy czym w opinii SLD stanem pożądanym w stosunkach między państwem a jednostką (i społeczeństwem) miał być „pokój społeczny” (s. 22) jako pochodna tolerancji, poszanowania odmienności i umiarkowania.

Interesujące i warte rozważenia wydawały się zwłaszcza trzy propozycje SLD:

1. Wzmacnianie systemu ochrony praw człowieka w Polsce jako zadanie całego państwa (a nie jak wcześniej domena instytucji odrębnych od konstytucyjnych władz RP – takich jak Rzecznik Praw Obywatelskich), powierzone w większym niż dotychczas zakresie ministrowi sprawiedliwości.
2. Ustanowienie nowego działu administracji rządowej – „sprawiedliwość i prawa człowieka” (s. 96).
3. Zwiększenie roli obywatelskiej skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego, tak aby przysługiwała ona w każdej sytuacji naruszenia konstytucyjnych praw i wolności (po wyczerpaniu drogi instancyjnej), a nie tylko wtedy, gdy kwestionuje się konstytucyjność aktu normatywnego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia.

Nie sposób było także nie zgodzić się z postulatem SLD, aby w odniesieniu do obywateli polskich mogła znaleźć pełne zastosowanie Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, zrównania przez Traktat z Lizbony swoją mocą prawną z traktatami unijnymi, dzięki której każdy obywatel państwa UE, do którego Karta ma pełne zastosowanie (25 państw, z wyjątkiem Wielkiej Brytanii i Polski), może bronić swoich praw określonych w Karcie przed sądami i krajowymi, i unijnymi.

W Prog. wyb. PO znalazła się godna zacytowania deklaracja tej partii: „Platforma Obywatelska jest [...] promotorem swobód obywatelskich” (s. 137). Jednakże w dokumencie tym znalazło się niezbyt wiele bardziej konkretnych myśli na temat relacji państwo a obywatel. Dowiedzieć się można było w tej kwestii jedynie, że obywatel ma być „wolny” (s. 16). Z innych bardziej znaczących spraw PO zapowiadała kontynuację zastępowania w urzędach zaświadczeń oświadczeniami zainteresowanych obywateli (wzrost zaufania państwa do obywateli), dokonania kompleksowej deregulacji, oznaczającej upraszczanie i likwidowanie krępujących i zbędnych przepisów, aby poszerzać wolność gospodarczą i obywatelską, ograniczenie instytucji kontrolnych w państwie do zupełnie niezbędnych, radykalne ograniczenie prawa służb do sporządzania z własnej inicjatywy billingów rozmów telefonicznych obywateli oraz zwiększenie kontroli wykorzystywania podsłuchów.

Wiodące hasło Prog. wyb. PSL – „Człowiek jest najważniejszy”, znalazło w tym dokumencie relatywnie niewielkie rozwinięcie. Ograniczyło się właściwie do elementów już wyżej wskazanych – przyjaznego wobec obywateli funkcjonowania instytucji państwowych, umacniania poczucia bezpieczeństwa wewnętrznego obywateli, a także – co wynikało *implicite* – przestrzegania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, tak aby wyroki Trybunału w Strasburgu nie były dla Polski niekorzystne.

W Prog. wyb. Ruchu P dwa wskazane już postulaty z rozważanej dziedziny wysuwają się na czoło. Po pierwsze, obywatelskiej kontroli nad urzędami, prokuraturą i służbami (bez wyjaśnienia – w jaki sposób). Po drugie, pełnego zrównania statusu prawnego kobiet i mężczyzn (znowu bez konkretów).

W Prog. zas. PiS znalazła się godna przywołania deklaracja tej partii. „Państwo – czytamy tam – o jakie nam chodzi, to Rzeczpospolita, której główną troską jest status obywatela w różnych wymiarach życia zbiorowego” (s. 16). W całym tym wielkim objętościowo Programie pomieszczono jednak zaledwie dwa istotne postulaty dotyczące relacji między państwem a jednostką, a mianowicie: „usuwanie ograniczeń obywatelskiej aktywności” (s. 64), ale bez konkretów dotyczących tych spraw, oraz zmianę modelu instytucji skargi konstytucyjnej przez poszerzenie możliwości występowania przez obywateli do Trybunału Konstytucyjnego w przypadku indywidualnych naruszeń ich konstytucyjnych wolności i praw. Warto natomiast zwrócić uwagę na zawartą w tym dokumencie kilkakrotną krytykę przez PiS „wizji Polski liberalnej” propagowanej przez PO, gdy to właśnie doktryna liberalizmu najwięcej bodaj w historii myśli politycznej wniosła do sprawy utrwalania wolnościowego

statusu jednostki w państwie (o czym nawet PiS wspomina). W świetle tej krytyki główna deklaracja PiS cytowana wyżej staje się mocno wątpliwa.

4. Państwo a społeczeństwo obywatelskie¹⁰

Problematyka szeroko traktowanego społeczeństwa obywatelskiego, rozumianego jako ta część społeczeństwa globalnego, która obejmuje ogół niezależnych od władzy niepaństwowych podmiotów, instytucji, organizacji i stowarzyszeń cywilnych działających w sferze publicznej w celu zaspokajania potrzeb i interesów ich członków, składających się na tzw. pluralizm gospodarczy, polityczny, społeczny, medialny i wyznaniowy¹¹, zajmowała sporo miejsca w programach wyborczych PO, Ruchu P oraz SLD. Nie występowała natomiast w programach wyborczych PSL i PiS, przy czym była obecna w zasadniczym programie PiS.

Pojęcie „społeczeństwo obywatelskie” – i to jest znamienne – znalazło się w Prog. wyb. SLD (trzykrotnie – s. 15, 36, 95) oraz w Prog. zas. PiS (też trzykrotnie – s. 7, 65, 67). Dziwiło nieużywanie terminu „społeczeństwo obywatelskie” w Prog. wyb. PO, partii, która już w nazwie ma przymiotnik „obywatelska”.

W Prog. zas. PiS pojęcie „społeczeństwo obywatelskie” pojawiło się najpierw w krytycznym kontekście społeczeństwa obywatelskiego w ramach „wizji Polski liberalnej”, w której PiS bezpodstawnie dostrzegało wolę traktowania takiego społeczeństwa jako „alternatywy silnego państwa”, a więc prowadzącej do „państwa ograniczonego” (oba cytaty – s. 65). Trafnie natomiast PiS oceniało, że mimo braku formalnoprawnych zakazów sięć instytucji, w których obywatele działają na rzecz dobra wspólnego, jest w Polsce o wiele skromniejsza i obejmuje o wiele mniejszy odsetek obywateli niż w państwach o dobrze funkcjonującej demokracji. O społeczeństwie obywatelskim mowa była w Prog. zas. PiS także w kontekście niezarobkowych (*non profit*) instytucji tego społeczeństwa.

SLD definiował „społeczeństwo obywatelskie” jako „społeczeństwo aktywnie uczestniczące we wszystkich aspektach życia społecznego, szanujące swoje państwo z jego porządkiem prawnym i historią” (s. 15). Definicja ta nie mogła nie budzić zastrzeżeń, z tego zwłaszcza powodu, że nie pozwalała na odróżnienie społeczeństwa obywatelskiego, jako systemu podmiotów, instytucji, organizacji i stowarzyszeń niezwiązanych z władzą, od społeczeństwa politycznego, którego domeną jest państwo. Brak precyzji w Prog. wyb. SLD w określaniu społeczeństwa obywatelskiego

¹⁰ W opracowaniu świadomie pominięto problemy stosunku państwa do samorządów, ze względu na to, że zagadnienia te były przedmiotem zainteresowania sił politycznych i społecznych uczestniczących w wyborach do organów samorządu terytorialnego w 2010 r. W 2011 r. tylko dwie partie – SLD i PiS wypowiadały się w swoich programach w kwestiach samorządowych.

¹² Por. J. Kuciński, *Nauka...*, *op.cit.*, s. 39–40.

ujawnił się również w tym fragmencie owego dokumentu, gdzie stwierdzono: „Naszym sojusznikiem w działaniu jest społeczeństwo obywatelskie i organizacje pozarządowe” (s. 36). Można było z tego wyciągnąć wniosek, że w opinii SLD organizacje pozarządowe nie są częścią społeczeństwa obywatelskiego, podczas gdy faktycznie stanowią nieodłączny jego element. Zasadnie natomiast SLD deklarował w Prog. wyb.: „Będziemy uspołeczniać każdą władzę” (s. 35). Drogę prowadzącą do owego uspołecznienia upatrywano w „partycypacji społecznej” oraz „stymulowaniu rozwoju społecznego” (s. 35). SLD uważał, że może się to dokonać przez wdrożenie „zarządzania partycypacyjnego”, a więc „przestawienie administracji na tory ścisłej współpracy i współdziałania ze społeczeństwem obywatelskim, głównie z organizacjami pozarządowymi” (s. 95), a także przez „autentyczną współpracę z organizacjami pozarządowymi [...] i włączanie ich na partnerskich zasadach we wszelkie inicjatywy podejmowane przez władze samorządowe, a także otwartość na propozycje tych organizacji i gotowość do ich [tzn. inicjatyw – uwaga J.K.] realizacji” (wszystkie cytaty s. 35).

W Prog. wyb. PO problematyka stosunku państwa do społeczeństwa obywatelskiego została zredukowana do relacji państwo a podmioty działające na rynku (przedsiębiorcy), czyli do zagadnień pluralizmu gospodarczego. Nie mogło to nie budzić zdziwienia i niedosytu. Zasadnicze hasło programowe PO w tej sferze brzmiało: „Platforma Obywatelska jest sojusznikiem polskich przedsiębiorców” (s. 137). PO uznała, że w znoszeniu barier dla przedsiębiorców i aktywności obywatelskiej leżą olbrzymie szanse rozwojowe. PO z satysfakcją odnotowała, że w ocenie prestiżowych instytutów międzynarodowych w okresie rządów tej partii zdecydowanie poprawiła się pozycja Polski w rankingach wolności gospodarczej i konkurencyjności. PO skupiła się w swych postulatach programowych na kilku dosyć istotnych sprawach z obszaru pluralizmu gospodarczego, wskazując na niezbędność realizacji zwłaszcza takich rozwiązań, jak: usuwanie przepisów, które podnoszą koszty działalności gospodarczej i zabierają obywatelom cenny czas; deregulacja, a więc likwidowanie i upraszczanie przepisów ograniczających wolność gospodarczą.

O zagadnieniach pluralizmu politycznego traktowały programy wyborcze dwu partii – przede wszystkim Ruchu P oraz PiS. Ta druga partia ograniczyła się w Prog. zas. do nieco zakamuflowanej, ale krytycznej oceny stanu rywalizacji międzypartyjnej w Polsce, oceniając, że zachodzą „próby eliminacji konkurencji między partiami” (s. 73, bez wskazania jednak, kto takie próby podejmuje), słusznie natomiast uznając, że brak konkurencji międzypartyjnej jest nie do pogodzenia z demokracją, gdyż kończy się zawsze jakąś formą autorytaryzmu. PiS, opowiadając się za pluralizmem, wskazało w programie na konieczność zagwarantowania nie tylko formalnej, ale również faktycznej równości praw partii politycznych i sformułowało cztery warunki, których spełnienie zapewni realizację tej zasady ustrojowej – dostęp do

mediów, dostęp do środków finansowych, wolność od administracyjnych ograniczeń stosowanych w interesie rządzących, wykluczenie nielegalnego oddziaływania służb specjalnych na życie publiczne.

Punktem wyjścia wskazań Prog. wyb. Ruchu P dotyczących pluralizmu politycznego stała się ocena tej partii dotycząca istniejącego w Polsce systemu partyjnego i sposobu jego funkcjonowania. Ruch P oceniał, że: „Polski system partyjny jest chory i niedemokratyczny”. Dalej partia ta nie bez racji stwierdzała: „Taka jak dziś w Polsce konstrukcja sposobu funkcjonowania partii politycznych betonuje ten system i utrudnia wejście na scenę polityczną nowych partii, a jednocześnie nie gwarantuje, że istniejące partie będą musiały się liczyć z opinią publiczną” (oba cytaty s. 18). W tych warunkach obywatele nie mieli – zdaniem Ruchu P – możliwości wyboru między realnymi partiami, lecz jedynie między liderami. Pochodzące z budżetu państwa środki na finansowanie partii politycznych nie były wydawane na promocje idei, programów czy postulatów, ale w istocie na promocje tych samych osób. Tak więc – oceniał Ruch P – „obecna energia społeczna i system partyjny całkowicie się roz mijają, a to nie służy nikomu” (s. 4). Słusznie uważał Ruch P, że ten wadliwy polski system partyjny sam się nie zmieni, że jego zmiany mogą wymusić jedynie siły społeczne zewnętrzne wobec tego systemu (np. ruchy obywatelskie).

Te krytyczne oceny skłaniały Ruch P do sformułowania w Prog. wyb. przede wszystkim jednoznacznej deklaracji: „Chcemy zmiany politycznej w Polsce”, uważając, że czas tej zmiany nadchodzi, i wskazując kierunek zmian – „Partie mogą mieć charakter demokratyczny” (s. 4). Ruch P wyartykułował szereg środków prowadzących do zrealizowania tego celu, przy czym jedno z nich wydawały się racjonalne i uzasadnione (tych było mniej), inne zaś nieco wydumane (tych było więcej). Do pierwszych zaliczyć należało zwłaszcza postulat rezygnacji z finansowania partii politycznych z budżetu państwa na rzecz systemu pozwalającego na finansowanie partii przez obywateli (2,5% kwoty podatku deklarowane przez płatnika według jego uznania na partie polityczne, Kościół i organizacje pozarządowe). Druga grupa postulatów nie znajdowała właściwie głębszego uzasadnienia, zwłaszcza normatywnego, miała głównie charakter propagandowy i antysystemowy. To postulaty kadencyjności funkcji politycznych, w tym partyjnych, stworzenie możliwości odwoływania się od decyzji ciał partyjnych do sądów powszechnych, prawnego sprecyzowania kryteriów usuwania z partii jej członków.

Trochę zaskakujące było to, że w programach partii politycznych niewiele miejsca zajęły problemy pluralizmu społecznego i pluralizmu mediów. W tej pierwszej sprawie wypowiedziało się jedynie SLD, wskazując, że partia ta będzie promotorem współpracy organizacji pozarządowych z władzami samorządowymi, że będzie dążyć „do wprowadzenia rozwiązań obligujących władze do konsultacji publicznych wszystkich ważniejszych decyzji, także budżetowych” (s. 35). W drugiej kwestii PiS uznało, że postulowana przez tę partię demonopolizacja rynku medialnego (czyli

zapewnienie rzeczywistego pluralizmu mediów) wpływa na zwiększenie szansy aktywnego działania niezarobkowych instytucji społeczeństwa obywatelskiego działających na rzecz dobra wspólnego.

Problemy pluralizmu wyznaniowego, w tym zwłaszcza stosunku państwa do Kościołów, znalazły swoje odzwierciedlenie w programach wyborczych Ruchu P i SLD. Wiele tych kwestii zostało poruszonych w obu programach, przy czym w Prog. wyb. Ruchu P nadano tym zagadnieniom znacznie wyższą rangę ustrojową, a oceny i postulaty formułowano w sposób zdecydowany, wyostrzony, w Prog. wyb. SLD zaś uczyniono to w formie bardziej wyważonej, miejscami nieśmiałej, nawet nieco zakamuflowanej. W dokumencie Ruchu P oceny, uwagi i postulaty odnoszone były wprost do Kościoła katolickiego, natomiast w dokumencie SLD tej nazwy nie użyto.

„Ruch P – wskazywano w Prog. wyb. tej partii – nie jest wrogo nastawiony do Kościoła, nie walczy z nim, a tym bardziej nie walczy z religią, wiarą i ludźmi wiary”. W ocenie Ruchu P „w relacjach między państwem a Kościołem w Polsce ma miejsce niezrozumiały i radykalny przywilej Kościoła kosztem świeckości państwa”. Zdaniem Ruchu P ten przywilej Kościoła przejawiał się w wielu niezgodnych z Konstytucją sposobach finansowania Kościoła przez państwo, prowadzeniu w szkołach lekcji religii, remontach świątyń finansowanych z budżetu państwa, ale też „codzienności funkcjonowania państwa i życia w kraju, gdzie niemal wszystko ma związek z Kościołem” (wszystkie cytaty s. 6). Ruch P oceniał, że działo się tak dlatego, iż państwo polskie nie podjęło po 1989 r. prób wypracowania świeckich form funkcjonowania najważniejszych jego instytucji.

W związku z tą oceną i diagnozą Ruch P sformułował w Prog. wyb. dwa cele mieszczące się w obszarze relacji państwo – Kościół: „Polska świecka” (s. 3), „rozdział państwa i Kościoła” (s. 6). Osiągnięcie tych celów miało nastąpić dzięki realizacji następujących postulatów:

- likwidacji finansowania Kościoła z budżetu państwa, w tym likwidacji Funduszu Kościelnego. Kościół miałby się utrzymywać z dokonywanych dobrowolnie przez obywateli odpisów od podatków (w ramach wskazanych 2,5%);
- powrotu w ciągu dwóch lat lekcji religii ze szkół do kościołów (do sal katechetycznych);
- uchyleniu wszystkich decyzji podjętych przez Komisję Majątkową rozstrzygającą o rekompensacie dla Kościoła za mienie przejęte przez państwo;
- zakazu udziału osób duchownych w uroczystościach świeckich.

SLD stwierdził w Prog. wyb., że: „W dobrze urządzonym państwie każdy obywatel powinien czuć się u siebie, być pewnym swoich praw, bez względu na preferencje religijne lub bezwyznaniowość” (s. 21). SLD uznał za konieczne ustawowe doprecyzowanie konstytucyjnej reguły wyrażonej w art. 25 ust. 2, nakładającej na

władze publiczne RP obowiązek zachowania bezstronności w sprawie przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym (nie wydaje się, aby przepis ten wymagał doprecyzowania, raczej konsekwencji w jego realizacji) oraz art. 10 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, obligującego państwo do dochowywania zasady neutralności w sprawach religii i przekonań. SLD uważał, iż: „Potrzeba wyraźnej cezury, zdecydowanego oddzielenia *sacrum* od *profanum*”¹² (s. 22). W Prog. wyb. wskazał więc na środki, których realizacja miała umożliwić osiągnięcie tego celu: eliminowanie przez władze państwowe waśni na tle wyznaniowym; zakazanie przez ustawę o godle, hymnie i barwach RP umieszczania symboli religijnych (i innych „partykularnych”) w miejscach sprawowania władzy publicznej; zahamowanie procesu klerykalizacji szkolnictwa publicznego; zmianę systemu wspierania związków wyznaniowych i duchowieństwa ze środków publicznych, w tym zniesienie Funduszu Kościelnego i ograniczenie zwolnień podatkowych kościelnych osób prawnych, w zamian za wprowadzenie dobrowolnego odpisu podatkowego na Kościół w wysokości 1%; dowartościowanie prawne mniejszości wyznaniowych; likwidację komisji regulacyjnych; ograniczenie liczby etatów kapelanów w instytucjach państwowych; efektywne opodatkowanie wyższego duchowieństwa.

5. Demokracja w państwie

Problematyka demokracji nie zajęła nazbyt wiele miejsca w programach wyborczych partii politycznych. Najwięcej uwagi poświęcił tym zagadnieniom PiS, ale nie w dokumencie pełniącym funkcję programu wyborczego tej partii, ale w swoim Prog. zas., formułując w nim kilka ciekawych ocen i propozycji z tej dziedziny. Niektóre sprawy z obszaru demokracji zostały poruszone także w programach wyborczych SLD i Ruchu P. W Prog. wyb. PO znalazła się zaledwie jedna myśl, którą można było potraktować jako pozostającą w związku z zagadnieniami demokracji, w Prog. wyb. PSL zaś nie było nic na ten temat. Widać więc, że partie rządzące Polską w latach 2007–2011 nie uznały za stosowne potraktować w swych programach wyborczych kwestii demokracji z taką uwagą, na jaką te sprawy zasługują.

PiS wyrażało słabo uzasadnioną opinię (uogólniając wcześniej przywołane rzeczywiste kazusy dające podstawę do uznania ich za fakty o charakterze niedemokratycznym), że „cztery lata rządów PO i PSL doprowadziły **do poważnego naruszenia mechanizmów demokracji**” (s. 72, podkr. J.K.). Słusznie partia ta stwierdzała, że istotą demokracji jest to, „aby obywatele mieli równe szanse wpływania na życie publiczne” (s. 72–73), że „życie polityczne w [...] Polsce musi opierać się na zasadach

¹² Można się zastanowić, ilu wyborców SLD rozumiało to hasło.

demokratycznej legitymacji” (s. 7), że nowoczesna demokracja musi zakładać daleko posunięte oddzielenie mechanizmu demokratycznego od mechanizmu rynku, z powodu stałego napięcia między nimi, że nieodzownym elementem demokracji jest konkurencja między partiami politycznymi.

SLD poruszył problematykę demokracji przy okazji omawiania problematyki samorządowej. Deklarował: „Sojusz Lewicy Demokratycznej chce demokracji opartej na dialogu i poszukiwaniu porozumienia” (s. 33). Konsekwentnie więc zapowiadał, że będzie „uspołeczniać każdą władzę” (s. 35). Niezrozumiałe było natomiast stanowisko SLD stanowiące drugą część cytowanego zdania o tym, jakiej demokracji chce ta partia, wskazujące, iż „**dyktaturę większości** powinien zastąpić respekt dla mniejszości” (s. 33, podkr. J.K.). Stanowisko to rodziło kilka pytań: w jakich obszarach życia publicznego SLD dostrzegał istnienie owej „dyktatury większości”?; czyżby SLD było przeciwne podstawowej regule demokracji, iż w demokratycznych procedurach o podejmowanych rozstrzygnięciach decyduje wola większości, przy zagwarantowaniu uprawnień mniejszości?; w czym ma się wyrażać ów „respekt dla mniejszości”, o którym mówił SLD? Jedna krótka wypowiedź na bardzo ważny w demokracji temat, a tyle rodziła wątpliwości.

Jeżeli chodzi o demokrację przedstawicielską, to w tych sprawach wypowiedział się w programie wyborczym jedynie Ruch P, PiS zaś w Prog. zas. Stanowisko Ruchu P dotyczyło kwestii struktury, składu i wyłaniania przedstawicielstwa i wyrażało się w trzech postulatach:

1. Likwidacji Senatu (a więc jednoizbowości parlamentu).
2. Ograniczenia liczby posłów w Sejmie do 360.
3. Wprowadzenia mieszanego systemu wyborów do Sejmu – w połowie proporcjonalnego, w połowie większościowego z jednomandatowymi okręgami wyborczymi.

Za zmniejszeniem składu Sejmu do 360 posłów opowiedział się także PiS, jak również za zmniejszeniem składu Senatu do 50 senatorów (z możliwością zasiadania w drugiej izbie także byłych prezydentów RP).

Gdy idzie o demokrację bezpośrednią (partycypacyjną), to najwięcej uwagi poświęcił tym sprawom PiS w Prog. zas., słusznie postulując rozszerzenie ilości form tej demokracji, z których mogą korzystać obywatele. Propozycje PiS w tym zakresie obejmowały „dowartościowanie instytucji referendum”, przez wprowadzenie czterech ważnych rozwiązań dotyczących tej władczej formy demokracji bezpośredniej:

1. Obywatelskiej inicjatywy referendalnej przysługującej grupie co najmniej 500 tys. obywateli.
2. Upoważnienia Prezydenta – w przypadku jego odmowy podpisania ustawy – do samodzielnego zarządzenia referendum w sprawie tej ustawy.
3. Przyznania „odpowiednio dużej” grupie posłów prawa inicjowania referendum w sprawie ustawy, której projekt odrzuciła sejmowa większość.

4. „Zmniejszenia progu dostępu” do referendum na szczeblu lokalnym (wszystkie cytaty s. 81).

Interesującą propozycję w sprawach demokracji partycypacyjnej sformułował w Prog. wyb. SLD, postulując wprowadzenie instytucji „lokalnej obywatelskiej inicjatywy prawodawczej” (s. 18), oznaczającej możliwość zgłoszenia inicjatywy obywatelskiej dotyczącej uchwał organów stanowiących samorządu terytorialnego. SLD – na co już zwracaliśmy uwagę – opowiedział się także za instytucją konsultacji publicznych wszystkich ważniejszych decyzji podejmowanych przez władzę. Na potrzebę konsultacji społecznych przez rząd jego projektów i pomysłów, przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych środków technicznych, wskazała w Prog. wyb. PO. Partia ta zapowiadała, że wprowadzi „obowiązek analizy propozycji płynących od obywateli przez rządowe centrum analityczne” (s. 145).

6. Prawo jako podstawa funkcjonowania państwa

W programach dwóch partii politycznych – PiS i PSL – znalazły się generalne uwagi dotyczące polskiego prawa. W Prog. wyb. PiS słusznie oceniał, iż: „W Polsce powstaje za dużo marnej jakości przepisów, które są często zmieniane, a więc nawet prawnicy mają problemy z ich stosowaniem”. Partia ta zapewniała: „Chcemy, żeby prawo było jasne i jednoznaczne” (oba cytaty – s. 22). W Prog. zas. PiS deklarowało, że zamierza urzeczywistniać w państwie „rządy prawa jako stanu, w którym z żelazną konsekwencją przestrzega się zasady równości wobec prawa, a konstytucja i ustawy nie tylko ograniczają władzę publiczną, lecz także zobowiązują ją do efektywnej obrony wolności i praw obywateli” (s. 7). PSL wskazało w Prog. wyb. na potrzebę „doskonalenia porządku prawnego” (s. 21), w czym zawierała się immanentnie pewna, chociaż łagodna, krytyka istniejącego stanu prawa. Na labilność przepisów prawnych wskazał w Prog. wyb. SLD.

Na temat obowiązującej Konstytucji RP z 1997 r. wypowiedział się w programie wyborczym jedynie SLD. Będąc w tych sprawach konsekwentny, stwierdził zdecydowanie: „W opinii Sojuszu Lewicy Demokratycznej zatwierdzona w ogólnonarodowym referendum Konstytucja RP z 1997 r. jest – w swoich założeniach i pryncypach – dobrą ustawą zasadniczą. Nie istnieje potrzeba głębokiej przebudowy tworzonych przez nią modelu ustrojowego” (s. 88). W związku z problemami, jakie pojawiły się w praktyce ustrojowej na tle 14-letniego obowiązywania tej Konstytucji, zwłaszcza w związku z uczestnictwem Polski w Unii Europejskiej, SLD uznał za celowe dokonanie przeglądu przepisów ustawy zasadniczej i dostosowania jej treści do stanu rozwoju integracji europejskiej. Ponowił więc propozycję powołania „Rady Konstytucyjnej” (s. 88), w skład której weszliby m.in. byli i aktualni marszałkowie Sejmu i Senatu, rzecznicy praw obywatelskich, wybitni prawnicy

– konstytucjonaliści, której zadaniem byłoby zebranie, przeanalizowanie i ocenienie wszystkich pojawiających się propozycji zmian Konstytucji (a było ich sporo), a następnie wypracowanie jednolitego stanowiska w sprawie tych zmian i poddanie go konsultacjom społecznym.

Dokonana w Prog. zas. przez PiS ocena obowiązującej Konstytucji była zdecydowanie krytyczna. PiS uznał ustawę zasadniczą za wyraz godnego potępienia kompromisu między „lewicą postkomunistyczną a Unią Wolności” (s. 79). Partia ta zignorowała zupełnie fakt, że Konstytucję zaakceptowała w referendum 25 maja 1997 r. bezwzględna większość jego uczestników będących przedstawicielami Narodu-suwerena, a więc że ustawa zasadnicza ma demokratyczną legitymację najwyższego stopnia. Ta ocena PiS była konsekwencją stanowiska wyrażanego przez tę partię od kilku już lat, iż należy całkowicie odrzucić obowiązującą Konstytucję z 1997 r. i uchwalić zupełnie nową. W rezultacie PiS ogłosiła w 2005 r. swój autorski projekt Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a jego nową, zmienioną wersję przedstawiła w styczniu 2010 r. Żaden z tych projektów PiS nie został zgłoszony do parlamentu jako oficjalny projekt ustawy o zmianie Konstytucji z 1997 r.

Pozostałe parlamentarne partie polityczne (PO, PSL, Ruch P) nie wskazywały na potrzebę uchwalenia całkowicie nowej Konstytucji RP. Swoją projekt zmian w Konstytucji RP przedstawiło PSL w 2009 r., ale nie zgłosiło go formalnie parlamentowi. Z projektem ustawy o zmianie Konstytucji RP wystąpili natomiast do parlamentu w lutym 2010 r. posłowie PO (druk sejmowy nr 2989). Nie doprowadziło to jednak do zmiany obowiązującej ustawy zasadniczej.

Jeżeli chodzi o polski system źródeł prawa, to jedynie PiS w swoim Prog. zas. wskazało na potrzebę dokonania w tym systemie dosyć istotnych zmian. Postulowało mianowicie:

1. Wprowadzenie instytucji: „rozporządzeń z mocą ustawy” (s. 80 i 89), które miałby prawo wydawać Prezydent na wniosek Rady Ministrów, ale których – i tu uwaga – warunkiem wejścia w życie byłoby „uprzednie zatwierdzenie przez Sejm” (s. 83), co miałyby zapewnić temu aktowi ustawodawczemu „demokratyczne legitymizowanie” (s. 83).
2. Rozszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych do wydawania rozporządzeń (o Radę Polityki Pieniężnej i Prezesa Narodowego Banku Polskiego), a także dopuszczenie wydawania przez Radę Ministrów, oprócz rozporządzeń wykonawczych wobec konkretnych ustaw, również rozporządzeń „dostosowawczych” – na podstawie ogólnych upoważnień ustawowych (podobnych do dzisiejszych uchwał samoistnych Rady Ministrów).

Trzy partie polityczne – PO, PiS i Ruch P – wypowiedziały się w programach wyborczych w sprawach procedur tworzenia prawa, a także treści tworzonego prawa. Hasło PO brzmiało: „dobre prawo” (s. 141). Postulaty tej partii dotyczące dobrego prawa obejmowały kilka istotnych kwestii:

1. Projekty ustaw miały być procedowane w organach rządowych po przejściu rygorystycznego badania ich przydatności dla obywateli i innych podmiotów (zwłaszcza przedsiębiorców).
2. Projekty ustaw wnoszonych do parlamentu miały obowiązkowo uwzględniać przegląd najlepszych praktyk krajów najbardziej zaawansowanych w danej dziedzinie.
3. Każda ustawa miała zawierać przepis o obowiązku parlamentu przeglądu jej efektów – maksymalnie po trzech latach obowiązywania, tak aby można było porównać założenia ze skutkami (można się było zastanawiać, czy przy ogromnej ilości uchwalanych ustaw byłoby to możliwe do wykonania).
4. Dyrektywy Unii Europejskiej miały być implementowane w polskim prawie jedynie w zakresie absolutnie obowiązkowym („w wersji minimum” – s. 141).

PiS w Prog. wyb. zasadnie oceniało, że istniejący tryb ustawodawczy jest nieprzejrzysty, ułatwia utrzymanie anonimowości autorów poprawek wnoszonych do projektów ustaw, a psujących te ustawy, co umożliwia wpływ na treść ustaw ukrytym grupom interesów. Partia ta deklarowała: „Tak zmienimy prawo, aby odpowiedzialność za tworzone przepisy przestała być anonimowa” (s. 22). Trudno natomiast byłoby uznać zasadność ocen Prog. wyb. Ruchu P, który bardzo krytycznie odnotowywał fakt, iż „posłowie nie piszą ustaw”, że to rząd przygotowuje ustawy, „a posłowie tylko udają, że są autorami”. Partia ta bezpodstawnie uważała – przy przyjętym w naszej Konstytucji modelu podziału władzy i równowagi władz – że „oznacza to złamanie jednej z naczelných zasad demokracji – rozdziału funkcji władzy wykonawczej i ustawodawczej” (wszystkie cytaty s. 20).

W dokumentach wyborczych PSL i SLD, a także w Prog. zas. PiS mowa była także o zagadnieniach stosowania i egzekwowania prawa w Polsce. Uwagi w tym zakresie były zdecydowanie krytyczne. Wskazywano zwłaszcza na takie negatywne zjawiska, jak: przewlekłość postępowań (PSL, SLD, PiS), bezpodstawne aresztowania (PSL, SLD), opieszałość egzekucji zasądzonych przypadków mienia lub należności (PiS, PSL), „bezsilność” obywateli w sporach prawnych z organami władzy publicznej (SLD), niską sprawność działania policji i innych służb porządkowych (PSL). Na tym tle formułowano, zwłaszcza PiS, konkretne propozycje mające poprawić istniejącą sytuację.

Z innych kwestii prawnych poruszanych w programach wyborczych niektórych partii politycznych warto wskazać zwłaszcza na dwie: wzmacnianie ochrony prawnej obywateli i udzielanej im pomocy prawnej przez państwo i przez korporacje prawnicze, w tym pomocy bezpłatnej (PO, PiS, SLD), oraz upowszechnianie wiedzy o prawie i kształtowanie świadomości prawnej obywateli (PO).

7. System organów państwowych

Rozważając ten zespół zagadnień, skoncentrowano się na konstatacjach, ocenach i propozycjach zawartych w programach wyborczych partii politycznych, uznając, że partie świadomie wskazały w tych dokumentach na swoje priorytety dotyczące systemu organów państwowych RP. Jedynie sporadycznie sięgano do innych dokumentów programowych partii, a zawarte tam myśli starano się prezentować w sposób syntetyczny, odsyłając zainteresowanych do ewentualnego bliższego zapoznania się z nimi bezpośrednio.

Niewiele uwagi poświęcono w programach wyborczych problemom organów władzy ustawodawczej (Sejmowi i Senatowi). Mówiono o tych organach wprost jedynie w Prog. wyb. Ruchu P. Oprócz wskazanych już postulatów tej partii dotyczących likwidacji Senatu, zmniejszenia liczebności Sejmu i zmian systemu wylaniania Sejmu, znajdujemy tam jeszcze jeden, a mianowicie (s. 16) „powołanie w Parlamencie (czytaj w Sejmie – uwaga J.K.) komisji stałej do walki z biurokracją” (zapewne zamiast istniejącej wcześniej nadzwyczajnej komisji „Przyjazne państwo”). PO, na co zwracaliśmy już uwagę, zapowiadała zmiany procedury ustawodawczej w Sejmie. Natomiast PiS swoje pomysły, wzorowane na projekcie Konstytucji RP autorstwa tej partii, przedstawiło wyłącznie w swym Prog. zas., opowiadając się zwłaszcza za utrzymaniem dwuizbowości parlamentu i za wzrostem roli prawnoustrojowej Senatu.

Wszystkie partie polityczne przedstawiły w programach wyborczych – w bardziej lub mniej rozwiniętej postaci – swoje stanowisko w sprawie organów władzy wykonawczej, szczególnie administracji rządowej (poglądy PSL w tych sprawach już zostały przedstawione). Natomiast PiS w swym Prog. zas. poświęcił sporo uwagi Prezydentowi, generalnie – zgodnie z wcześniejszym stanowiskiem tej partii – optując za wydatnym umocnieniem pozycji prawnoustrojowej Prezydenta, „ulokowanego” w systemie organów państwowych nie w ramach władzy wykonawczej, która sprawowana miałaby być przez Radę Ministrów, ale obok, a nawet trochę ponad strukturami podzielonej władzy. Natomiast w Prog. wyb. PiS zapowiedział ograniczenie biurokracji, zreformowanie urzędów centralnych i administracji gospodarczej (więcej uwagi na ten temat w jego Prog. zas.).

W Prog. wyb. PO w ramach problematyki władzy wykonawczej skoncentrowano uwagę na zagadnieniach administracji rządowej. Hasło przewodnie PO w tych sprawach brzmiało: „sprawna administracja [...], służebne urzędy, ograniczenie biurokracji”, jako jeden z filarów „inteligentnego rozwoju” (oba cytaty s. 129). Sprawnej administracji poświęcono kilka spostrzeżeń i postulatów także w dalszych częściach Prog. wyb. tej partii. PO wskazała najpierw na osiągnięcia swego rządu w tym obszarze („rewolucja cyfrowa” w administracji, wprowadzenie systemu Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, wprowadzenie

zasady „niewinności podatnika” do momentu podjęcia prawomocnej decyzji) i zapowiedziała dalsze konkretne kroki w tym kierunku, służące również ograniczaniu biurokracji (uproszczenie i usprawnienie niektórych procedur administracyjnych, połączenie urzędów administracji w sieć informatyczną, wzrost zaufania administracji do obywatela, większa sprawność działania administracji). PO zadeklarowała, iż chce, aby rządowa administracja centralna w większym stopniu wykorzystywała wiedzę, aktywność społeczną oraz posiadane zasoby materialne. Zapowiedziała „opracowanie reform centrum administracyjnego państwa, by zwiększyć efektywność władzy wykonawczej przez jej konsolidację i większe ukierunkowanie na myślenie strategiczne” (s. 145).

Celem postulowanych w Prog. wyb. Ruchu P zmian było „nadanie administracji charakteru usługowego”, „odzyskanie urzędów dla obywateli”, aby obywatele ci nie mieli poczucia, że są „żebrakami w urzędach”. Proponowane przez tę partię zmiany miały w skutkach doprowadzić do „odwrócenia relacji między urzędnikiem a petentem” (wszystkie cytaty s. 13). Obowiązkiem urzędnika powinno być załatwienie sprawy obywatela i na tym powinno zależeć obu stronom. Dróg prowadzących do tego celu upatrywał Ruch P w przyjęciu następujących, ciekawych i daleko idących rozwiązań:

1. Przyjęcia „zasady milczącej zgody” (s. 14), oznaczającej, iż niewydanie ostatecznej decyzji administracyjnej w określonym ustawowo okresie oznaczać będzie, że jest ona wydana jako korzystna dla obywatela.
2. Konsekwentnego wyeliminowania zaświadczeń z postępowania administracyjnego i zastąpienie ich oświadczeniami obywatela (pod karą za fałszywe oświadczenie).
3. Jawności funkcjonowania urzędów administracji publicznej.
4. Osobistej odpowiedzialności urzędników za błędne decyzje podjęte z naruszeniem obowiązującego prawa.

Interesującym hasłem przewodnim Prog. wyb. SLD w sprawach administracji było „prawo do dobrej administracji” (s. 16-17), jakie przysługuje obywatelom RP. Prawo do dobrej administracji zostało potraktowane przez tę partię jako realizacja jednego z elementów wspomnianego paktu lojalności między państwem a obywatelem. SLD słusznie postrzegał dobrą administrację jako administrację „rzetelną, kompetentną, bezstronną i życzliwą” (s. 16-17), „dostępną, szanującą czas obywatela” (s. 20). Prawo do dobrej administracji gwarantuje obywatelom Unii Europejskiej Karta Praw Podstawowych UE (art. 41). Konieczność zapewnienia obywatelom dobrej administracji wynika także, zdaniem SLD, z postanowień Wstępu i przepisów Konstytucji RP. Partia ta uznała więc, że zapewnienie obywatelom dobrej administracji to „naczelne zadanie państwa” (s. 17).

SLD krytycznie oceniał obecną maszynę biurokratyczną, która zmusza tysiące osób do czasochłonnego załatwiania spraw w urzędach. Z tej trafnej oceny wynikały

ciekawe propozycje mające przybliżyć ideał dobrej administracji. Warto wśród nich wskazać na następujące:

1. Uproszczenie i poprawę struktur administracji, przede wszystkim szczebla centralnego.
2. Racjonalizację zatrudnienia w administracji.
3. Udoskonalenie prawnych podstaw działania administracji, zwłaszcza uchwalenie zmian w Kodeksie postępowania administracyjnego i opracowanie jednej, wspólnej ustawy o samorządzie terytorialnym.
4. Umocnienie służby cywilnej w organach administracji rządowej oraz stworzenie zrębów takiej administracji w organach administracji samorządowej.
5. Przygotowanie i uchwalenie, wzorem Unii Europejskiej, kodeksu dobrej administracji.
6. Wzmocnienie normatywnych gwarancji prawa do dobrej administracji przez rozszerzenie przesłanek umożliwiających wniesienie skargi do Trybunału Konstytucyjnego.
7. Ukształtowanie „administracji otwartej na społeczeństwo obywatelskie” (s. 95), co oznaczać miało jawność działań administracji, publiczną ocenę urzędników podejmujących decyzje, łatwość dostępu obywatela do usług świadczonych przez administrację, zdolność administracji do reagowania na nowe pomysły, postulaty i potrzeby obywateli.

Dwie partie polityczne – PO i SLD – poświęciły w swych programach wyborczych sporo uwagi zagadnieniom władzy sądowniczej, zwłaszcza sądów. Natomiast PSL w Prog. wyb. wskazało jedynie na niezbędność „usprawnienia systemu sądownictwa” (s. 22, bez jakichkolwiek szczegółów) i zapowiedziało, że „będzie dążyć do dokonania ustawowych zmian w pracy sądów, mających na celu zdecydowane usprawnienie ich pracy oraz przejrzystość i zasadność działań prewencyjnych” (s. 23). W Prog. wyb. Ruchu P kwestie władzy sądowniczej zostały właściwie pominięte. Natomiast PiS poruszało je szeroko w swym Prog. zas., w którym mowa była zarówno o Trybunale Konstytucyjnym (z reguły krytycznie), jak i o sądach, sędziach oraz Krajowej Radzie Sądownictwa.

PO uważała, że jednym z warunków dokonania przez Polskę „prawdziwego skoku cywilizacyjnego” powinien być „efektywnie działający wymiar sprawiedliwości” (oba cytaty s. 129), ponieważ „sprawne państwo zależy od sprawnego wymiaru sprawiedliwości” (s. 130)¹³. Partia oceniała, że w zakresie owej sprawności Polska ma wieloletnie zapóźnienia, które rząd PO w latach 2007–2011 starał się niwelować. PO wskazywała na liczne osiągnięcia w tym zakresie (e-sądy, księgi wieczyste dostępne w Internecie, niezależność prokuratury, ułatwienie dostępu do

¹³ PO za element „wymiaru sprawiedliwości” uważała także, inaczej niż jest to w Konstytucji, prokuraturę.

zawodów prawniczych itp.), ale konstatowała, iż „wymiar sprawiedliwości wymaga jeszcze wielu zmian, które mają na celu pełne przystosowanie go do standardów nowoczesnego państwa” (s. 130). W związku z tym deklarowała podjęcie zasadnych i potrzebnych działań służących poprawie sytuacji, spośród których za najważniejsze uważała następujące: zmianę organizacji wewnętrznej sądów, polegającą na tym, iż sądami pokierują specjaliści od zarządzania, a prezesi sądów skoncentrują się na kierowaniu działalnością orzecniczą sądów i pracą z sędziami; skrócenie czasu postępowań sądowych średnio o jedną trzecią za pomocą lepszego zarządzania sądami i ich informatyzacji; wdrożenie systemu oceny pracy sędziów, połączonego z indywidualnym planem rozwoju każdego z nich, co powinno wpłynąć w znaczący sposób na wzrost jakości ich pracy.

W swoim Prog. wyb. SLD odniósł się do Trybunału Konstytucyjnego i sądów. Partia ta oceniała: „Trybunał Konstytucyjny ciągle jeszcze należy do instytucji cieszących się znacznym autorytetem”. Ale dodawała: „Jesteśmy na najlepszej drodze do zmarnowania tego kapitału” (oba cytaty s. 94). Nie bez racji oceniała, iż zaszczytna funkcja sędziego Trybunału coraz częściej staje się obiektem politycznych rozgrywek; do TK trafiają w rezultacie czynni politycy albo osoby niekompetentne, co daje o sobie znać w sposób negatywny w pracach Trybunału. Propozycje SLD dotyczące poprawy tej sytuacji zasadnie obejmowały przede wszystkim postulaty zmiany sposobu powoływania sędziów TK, tak aby prawo wskazywania Sejmowi kandydatów do TK miała Krajowa Rada Sądownictwa oraz zgromadzenia ogólne Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, a także aby wprowadzona została zasada zgłaszania kandydatury sędziego co najmniej kilka tygodni przed wyborem przez Sejm, aby kandydatura mogła stać się przedmiotem publicznej debaty.

Hasło przewodnie SLD dotyczące sądów – sformułowane nie bez pewnej pretensjonalności – brzmiało: „Wymiar sprawiedliwości dla obywateli i demokracji” (s. 87). Partia ta słusznie oceniała, że „sądownictwo w Polsce wyróżnia daleko idąca niewydolność” (s. 89), wyrażająca się zwłaszcza w tym, że czas oczekiwania na sprawiedliwość liczy się w latach, co sprawia, że konstytucyjne prawo jednostki do sądu postrzegane jest przez obywateli jako iluzoryczne. Uważała, iż nadmierna długość rozstrzygania spraw przez polskie sądy to jeden z głównych powodów, dla których obywatele RP pozywają Rzeczpospolitą przed Europejski Trybunał Praw Człowieka. W związku z tą niedobłą sytuacją SLD proponował podjęcie działań zaradczych, spośród których za najbardziej zasadne i istotne można uznać następujące¹⁴: uchwalenie nowoczesnej ustawy określającej ustrój sądownictwa powszechnego w Polsce, gdyż

¹⁴ Świadomie pominięty został w tym wyliczeniu trafny postulat SLD rozważenia konstytucjonalizacji prokuratury, co zapobiegłoby ewentualnemu powrotowi prokuratury pod kontrolę rządu i Prezesa Rady Ministrów (za czym z kolei opowiada się PiS).

obecnie obowiązująca jest niespójna i nieczytelna; wprowadzenie zmian organizacyjnych w funkcjonowaniu sądów (tu sformułowano wiele konkretnych propozycji); rozważenie przywrócenia tzw. wydziałów grodzkich w małych i średnich sądach rejonowych; odciążenie sądów od niektórych zadań mających charakter czynności administracyjnych (np. prowadzenie ksiąg wieczystych); opracowanie nowych zasad powoływania sędziów – tzw. drogi do urzędu sędziego¹⁵.

Konkluzje

Dokonana analiza pozwala na sformułowanie kilku wniosków podsumowujących.

1. Problematyka państwa znalazła swoje odzwierciedlenie w programach wyborczych wszystkich partii politycznych reprezentowanych w Sejmie VII kadencji, chociaż w sposób zróżnicowany objętościowo i treściowo. Najwięcej uwagi poświęcono tym kwestiom w Prog. wyb. SLD (który jednak w całości wydawał się zbyt „przegadany”), a następnie w Prog. wyb. Ruchu P (program dosyć zwarty) oraz w Prog. wyb. PO (który także był zdecydowanie za obszerny). W syntetycznej postaci zaprezentowało zagadnienia państwa w swym Prog. wyb. PSL (dosyć powściągliwym). Natomiast w Prog. wyb. PiS (nazbyt chyba skrótowym) potraktowano te kwestie raczej pobieżnie i skrótowo (licząc być może, że wyborca sięgnie do Prog. zas. tej partii).
2. Partie polityczne, które nie uczestniczyły w sprawowaniu władzy w latach 2007–2011, nader krytycznie oceniały stan państwa polskiego (dotyczy to zwłaszcza PiS). Partiom rządzącym w tym okresie albo zabrakło ocen krytycznych wobec stanu państwa (PO), albo oceny te były dosyć powściągliwe (PSL).
3. W programach wyborczych PO, Ruchu P, PSL oraz SLD zostały zarysowane generalne wizje państwa. W Prog. wyb. PiS znalazły się jedynie ogólne hasła, natomiast wizja została przedstawiona w Prog. zas. tej partii. W zaprezentowanych przez partie wizjach generalnych wystąpiły pewne elementy wspólne, ale więcej było odmiennych. Najbogatsze wizje zostały zaprezentowane w programach wyborczych PO, PSL, Ruchu P, relatywnie najskromniejsza – w Prog. wyb. PiS (rozwinęto ją w Prog. zas. tej partii).
4. Problemy relacji między państwem a jednostką znalazły swoje odzwierciedlenie w programach wyborczych PO, Ruchu P, PSL i SLD. Brak ich było w Prog. wyb. PiS, natomiast znajdowały się w Prog. zas. tej partii. Najwięcej uwagi

¹⁵ Wielce dyskusyjna wydała się natomiast propozycja SLD, aby do Konstytucji wprowadzić przepis zobowiązujący Prezydenta RP do powoływania na sędziów kandydatów rekomendowanych przez Krajową Radę Sądownictwa. Realizacja tej propozycji sprowadziłaby bowiem rolę głowy państwa przy powoływaniu sędziów do funkcji notariusza, a decyzja ostateczna zapadałaby *de facto* w KRS.

problemom relacji między państwem a jednostką poświęcił w swoim Prog. wyb. SLD. Znajdujemy tam wiele trafnych spostrzeżeń i propozycji. Relatywnie skromnie przedstawiają się kwestie stosunku między państwem a jednostką w programach wyborczych PO (co trochę dziwi), PSL i Ruchu P. O sprawach tych nic nie mówiono w Prog. wyb. PiS, a i w Prog. zas. tej partii niewiele.

5. Zagadnienia stosunku państwa do szeroko rozumianego społeczeństwa obywatelskiego zajęły sporo miejsca w programach wyborczych PO, Ruchu P oraz SLD. Nie zajmowano się nimi w programach wyborczych PSL i PiS (były obecne w Prog. zas. PiS). Spośród różnych problemów społeczeństwa obywatelskiego najwięcej uwagi poświęcono pluralizmowi politycznemu (Ruch P, PiS), kolejno pluralizmowi wyznaniowemu (Ruch P, SLD) i pluralizmowi gospodarczemu (PO). Najmniej miejsca zajęły sprawy pluralizmu społecznego i pluralizmu mediów.
6. Problemy demokracji w państwie nie były przedmiotem szczególnej uwagi w programach wyborczych partii politycznych, również tych, które w swoich nazwach mają przymiotnik „demokratyczny” (SLD) lub „obywatelski” (PO). Najwięcej miejsca poświęcił tym sprawom PiS, ale nie w Prog. wyb., a w swoim Prog. zas. Trzy partie polityczne – PiS, SLD i Ruch P bez pardonowo krytykowały faktyczne lub urojone naruszenia i niedostatki demokracji w Polsce. Konkretnych propozycji pozytywnych było jednak niewiele, a dotyczyły one struktury, liczebności i wyłaniania parlamentu (Ruch P, PiS) oraz form demokracji bezpośredniej (PiS, SLD, PO).
7. Polskie prawo, jako podstawa funkcjonowania państwa, nie spotkało się z pozytywną oceną w programach wyborczych partii politycznych. Na odwrót, znalazły się tam oceny zdecydowanie krytyczne (szczególnie PiS, ale także PSL i SLD). SLD uznał Konstytucję RP z 1997 r. za akt normatywny, który jest dobrą ustawą zasadniczą w swych założeniach i pryncypiach, wymaga więc jedynie nowelizacji (podobnie uważały PO i PSL). Za odrzuceniem Konstytucji z 1997 r. i zastąpienie jej nową konsekwentnie opowiedział się PiS. Cztery partie polityczne – PO, PSL, Ruch P i PiS – wskazały w programach wyborczych, a PiS w Prog. zas. na potrzebę zmian w procedurach tworzenia prawa, a także w procesach stosowania i egzekwowania prawa.
8. Jeżeli chodzi o problematykę systemu organów państwowych, to najwięcej uwagi skupiło w programach wyborczych funkcjonowanie administracji rządowej i sądów. Oceny w przypadku obu grup tych organów były zdecydowanie krytyczne. Negatywne zjawiska to w przypadku administracji biurokratyzm, mitręga petentów, nieufność do obywatela, niesprawność. W przypadku sądów główne mankamenty to nieuzasadniona przewlekłość postępowań oraz niewłaściwy system promowania sędziów. Na tle tych ocen formułowano hasła „sprawnej administracji” (PO), „dobrej administracji” (SLD), „administracji usługowej”

(Ruch P) i wskazywano drogi osiągnięcia tych ideałów. Wymiar sprawiedliwości powinien działać „efektywnie” (PO), być „dla obywateli i demokracji” (SLD). Aby taki stan osiągnąć, obie partie postulowały realizację konkretnych reform dotyczących sądownictwa.

Bibliografia

- Gulczyński M., *Krajobraz polityczny po „IV RP”*, w: *Wybory 2007 i media – krajobraz po „IV RP”*. *Wybrane problemy*, D. Waniek (red.), Warszawa 2009.
- Gulczyński M., *Zrozumieć „IV RP”*, w: *Idea ustrojowa a rzeczywistość „IV Rzeczypospolitej”*, J. Kornaś (red.), Kraków 2010.
- Karwat M., *Autorytarne oblicze „IV RP”*, w: *Wybory 2007 i media – krajobraz po „IV RP”*. *Wybrane problemy*, D. Waniek (red.), Warszawa 2009.
- Krajewski M., *Polska solidarna (socjalna) czy Polska liberalna*, w: *Partie polityczne w wyborach 2005*, D. Waniek (red.), Warszawa 2006.
- Kuciński J., *Nauka o państwie i prawie*, Warszawa 2008.
- Kuciński J., *Nowe elementy wizji państwa w dokumentach programowych głównych sił politycznych*, w: *Wybory 2007 i media – krajobraz po „IV RP”*. *Wybrane problemy*, D. Waniek (red.), Warszawa 2009.
- Kuciński J., *Wizje państwa w dokumentach programowych głównych sił politycznych*, w: *Partie polityczne w wyborach 2005*, D. Waniek (red.), Warszawa 2006.
- Szmulik B., Żmigrodzki M., w: *Wprowadzenie do nauki o państwie i polityce*, B. Szmulik, M. Żmigrodzki (red.), Lublin 2006.
- Zieliński E., *Nauka o państwie i polityce*, Warszawa 1999.

Summary

The state in electoral programs of political parties

The article presents the state as an object of interest in electoral programs of the political parties which won seats in the Parliament as a result of parliamentary elections of 9 October 2011: Platforma Obywatelska, Prawo i Sprawiedliwość, Ruch Palikota, Polskie Stronnictwo Ludowe and Sojusz Lewicy Demokratycznej. The subject of analysis are condition of state, general visions of state, state and unit, state and civil society, democracy in state, law as a base of functioning of state, system of state authorities. Most attention is directed to these issues in the programs of 3 parties: SLD, Ruch P and PO, the least in the programs of PSL and PiS (PiS announced in 2011 its political program where the state issues get much attention).

Uwagi w sprawie zasadności reformy instytucji kapitału zakładowego w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością

1. W związku z ogromnym rozwojem wymiany handlowej oraz technik finansowych współcześni prawodawcy pozostają pod presją nieustannego odpowiadania na wyzwania związane z potrzebami obrotu gospodarczego. Na ich decyzje zaczynają także stopniowo wpływać zjawiska zachodzące w systemach prawnych innych państw, przede wszystkim rezultaty prac legislacyjnych oraz treść zagranicznych orzeczeń sądowych. Rozwój tego typu procesów prowadzi w rezultacie do nieraz bardzo radykalnej przebudowy wielu tradycyjnych instytucji prawa gospodarczego prywatnego.

Jak się okazuje, w naszych warunkach konstatacja ta dotyczy w szczególności konstrukcji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (spółki z o.o.), której funkcjonowanie było dotychczas oparte na wyodrębnionym kapitale zakładowym jako instrumencie służącym zasadniczo zagwarantowaniu wypłacalności tej osoby prawnej.

Należy zaznaczyć, że od początku transformacji ustrojowej w Polsce instytucja ta cieszy się największą (obok spółki cywilnej) popularnością wśród polskich przedsiębiorców. Ogromna liczba tego typu spółek kapitałowych sprawia, że przepisy regulujące ich funkcjonowanie mają decydujące znaczenie dla rozwoju i jakości życia gospodarczego w naszym kraju. Nie może więc dziwić fakt wywiązania się ożywionej dyskusji w związku z przedstawieniem przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego projektu zasadniczej reformy przepisów Kodeksu spółek handlowych¹ poświęconych regulacji tej instytucji².

* Mgr, doktorant w Wyższej Szkole Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

¹ Ustawa z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.; dalej „k.s.h.”.

² Tekst projektu wraz z uzasadnieniem został zamieszczony w „Przeglądzie Prawa Handlowego” (PPH) 2010, nr 12, s. 5 i n. (dalej jako *Uzasadnienie*).

2. Kapitał zakładowy należy zaliczyć do jednej z podstawowych instytucji prawa o spółkach państw kontynentalnej Europy, w tym także Polski. Godne podkreślenia jest, iż tradycyjnie postrzegano tę konstrukcję jako instrument zwiększający w istotnym stopniu poziom bezpieczeństwa obrotu gospodarczego. Wynikać to miało z pełnienia przez kapitał zakładowy określonych funkcji gwarancyjnych w zakresie stworzenia realnych i wiarygodnych zabezpieczeń finansowych wobec kontrahentów i wierzycieli spółek kapitałowych. W praktyce obrotu brak osobistej i majątkowej odpowiedzialności udziałowców tego typu struktur korporacyjnych z tytułu ich zobowiązań powodował określone trudności (zwłaszcza w związku z licznymi nadużyciami czy występowaniem zjawisk kryzysowych prowadzących często do bankructw spółek). Zrodziło to przekonanie o konieczności podjęcia odpowiednich działań na rzecz wzmocnienia bazy majątkowej spółek kapitałowych. W rezultacie poszukiwania odpowiednich mechanizmów uznano, iż spółki tego typu powinny zostawać obligatoryjnie wyposażane przez ich udziałowców w zasób majątkowy w stopniu pozwalającym na realną ochronę interesów wierzycieli. Wprowadzenie tego typu rozwiązań musiało się odbywać oczywiście kosztem współników czy też akcjonariuszy spółek akcyjnych, którzy musieli ponosić ekonomiczne koszty wyposażenia tych instytucji w stosowny majątek. W zamian za to uzyskiwali oni pewne korzyści, przede wszystkim dzięki wzmocnieniu wiarygodności kredytowej spółek (a więc uzyskaniu tym samym możliwości pozyskiwania obcych funduszy na kredytowanie prowadzonej działalności), w których uczestniczyli³.

3. W obecnej postaci kapitał zakładowy można określić jako należący do grupy kapitałów własnych fundusz ujawniany w pasywach bilansu spółki kapitałowej. Występuje on w postaci stałej kwoty pieniężnej określającej minimalną wysokość łącznego zobowiązania udziałowców do wniesienia wkładów oraz wyznaczającej zakres ograniczeń dysponowania majątkiem spółki na rzecz udziałowców.

Kapitał zakładowy musi istnieć przez cały okres trwania spółki, przy czym zgodnie z art. 157 § 1 k.s.h. wskazanie jego wysokości w treści umowy spółki stanowi niezbędną przesłankę jej zawiązania. Przez określenie minimalnej wysokości łącznego zobowiązania udziałowców do wniesienia wkładów kapitał zakładowy decyduje o powstaniu majątku spółki, stanowi jej fundusz startowy przeznaczony do rozpoczęcia i prowadzenia określonej działalności. Ustawodawca bowiem wychodzi z założenia, iż wobec braku osobistej odpowiedzialności udziałowców do obrotu można dopuścić tylko spółkę wyposażoną przez uczestników w taki właśnie majątek początkowy, który potem jest chroniony przed zwrotem na rzecz współników. Majątek ten poza jego wykorzystaniem do realizacji zamierzonych celów spółki zwiększa

³ Bliżej problematykę dotyczącą genezy powstania i rozwoju kapitału zakładowego przedstawia A. Opalski, *Kapitał zakładowy. Zysk. Umorzenie*, Warszawa 2002, s. 17–21.

jednocześnie stopień jej wypłacalności względem wierzycieli. Zostaje w ten sposób osiągnięty stan, w którym w przypadku niepowodzenia określonego przedsięwzięcia w pierwszej kolejności to jego udziałowcy (inwestorzy) utracą zaangażowane przez siebie środki. Natomiast w dalszej kolejności uszczerbek majątkowy dotknie wierzycieli bankrutującej spółki z o.o. Tym samym można uznać, że z założenia kapitał zakładowy służy jako instrument swoistego kompromisu pomiędzy brakiem ponoszenia przez udziałowców jakichkolwiek następstw gospodarczej porażki a ich odpowiedzialnością całym majątkiem⁴.

Jak się wydaje, decydujące znaczenie dla zrozumienia istoty omawianej instytucji prawnej ma analiza pełnionej przez kapitał zakładowy funkcji gwarancyjnej. Ma ona polegać na ograniczeniu wpływu strat poniesionych przez spółkę (w następstwie prowadzonej przez nią działalności) na zdolność regulowania przez nią własnych zobowiązań. Chodzi tutaj o zapobieżenie sytuacji, w której straty spółki prowadziłyby do powstania stanu jej niewypłacalności, rozumianego jako występowanie nadwyżki zobowiązań nad aktywami. Dlatego też ustawodawca wzmacnia wspomnianą funkcję kapitału zakładowego w art. 158 § 3 k.s.h. (przedmiot wkładu na kapitał pozostaje w wyłącznej dyspozycji zarządu) oraz art. 189 § 2 k.s.h. (zakaz wypłat dla wspólników z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego)⁵.

Tak więc zgodnie z tradycyjnym punktem widzenia sformalizowane procedury wnoszenia wkładów na pokrycie tego kapitału oraz prawne gwarancje jego stałości mają na celu utrzymanie w spółce składników majątkowych o wartości co najmniej równej wartości nominalnej kapitału zakładowego. W ten sposób kapitał zakładowy powinien stanowić zabezpieczenie dla ewentualnych wierzycieli spółki, gwarantując im występowanie w ramach jej struktury majątkowej przedmiotów, z których możliwe będzie przeprowadzenie ewentualnej egzekucji.

4. Wypełnianie funkcji gwarancyjnej przez konstrukcję prawną w postaci kapitału zakładowego stanowi przedmiot licznych kontrowersji podnoszonych w literaturze przedmiotu⁶. Dotychczasowe rozwiązania prawne, których kształt został zasadniczo podporządkowany uczynieniu z tej instytucji instrumentu

⁴ Por. S. Sołtysiński, w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1996, s. 96, a także chociażby A. Opalski, *Kapitał...*, *op.cit.*, s. 18–19 czy C. Wiśniewski, *Funkcje kapitału zakładowego w spółce z o.o.*, „Przegląd Podatkowy” 1992, nr 2, s. 1.

⁵ Omawiana funkcja stanowi także przedmiot orzecznictwa Sądu Najwyższego. Zob. szerzej J.A. Strzępka, E. Zielińska, w: J.A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Pinior, H. Urbańczyk, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, J.A. Strzępka (red.), Warszawa 2003, s. 381–383.

⁶ Zob. na przykład M. Minas, *Zdolność aportowa*, „Rejent” 1995, nr 9, s. 88–91, A. Szlęzak, *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6, s. 78; C. Wiśniewski, *Funkcje...*, *op.cit.*, s. 1; C. Żuławska, *Aporty w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością. Przedmiot i wycena*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 7–8, s. 5–6.

chroniącego w dostatecznym stopniu interesy wierzycieli, nie wytrzymują w chwili obecnej próby krytyki. Kierowanie się przez ustawodawcę tego typu przesłankami doprowadziło w rezultacie do powstania zbytnio sformalizowanej i nadmiernie rozbudowanej regulacji prawnej normującej funkcjonowanie spółki z o.o. W efekcie w praktyce te skomplikowane reguły mogą być często postrzegane jako raczej niepotrzebne obciążenie dla spółek, krępujące ich funkcjonowanie oraz podnoszące koszty operacyjne ponoszone w ramach tych instytucji. Wynika to przede wszystkim z wprowadzenia sformalizowanych wymagań w zakresie podwyższania i obniżania kapitału zakładowego, dokonywania wypłat na rzecz wspólników, nabywania przez spółkę własnych udziałów czy też przeprowadzania czynności restrukturyzacyjnych⁷.

W dodatku coraz powszechniej kwestionuje się tezę o wiodącej roli kapitału zakładowego w zakresie zapewniania optymalnej ochrony interesów wierzycieli spółek. W doktrynie wskazuje się w szczególności, iż omawiana instytucja w znacznym stopniu ma charakter fasadowy. Przede wszystkim nie odpowiada finansowym potrzebom otoczenia spółki, dla którego informacja o wysokości kapitału zakładowego ma w istocie rzeczy drugorzędne znaczenie. Wierzyciele bowiem są zainteresowani nie tyle posiadaniem przez spółkę nadwyżki całości aktywów nad zobowiązaniami, ile zachowaniem przez nią określonego stopnia wypłacalności. Dlatego też pierwszorzędne znaczenie mają dla nich takie czynniki ekonomiczne, jak suma kapitałów własnych, ich relacja do kapitałów obcych (dłużnych) zaangażowanych w danym przedsiębiorstwie, współczynniki wypłacalności, wysokość, rodzaj czy rotacja należności, wreszcie portfel zamówień bądź perspektywy rozwoju określonej spółki. Tymczasem w wielu przypadkach kapitał zakładowy nie wychodzi naprzeciw oczekiwaniom wierzycieli, ponieważ opierając się wyłącznie na kryteriach bilansowych, nie odnosi się do problemu utrzymania przez spółkę wystarczającej płynności finansowej⁸.

Warto w tym miejscu uzmysłowić sobie, że utrzymaniu skomplikowanych mechanizmów w zakresie egzekwowania i utrzymania w spółce z o.o. kapitału zakładowego towarzyszy jednocześnie wyraźna erozja tej instytucji w postaci obowiązku zgromadzenia go w zgłę symbolicznej wysokości pięć tysięcy złotych. Suma taka nie pełni jakiegokolwiek realnej funkcji gwarancyjnej w obecnych

⁷ *Uzasadnienie, op.cit.*, s. 11.

⁸ *Ibidem*. Bliżej na temat dyskusji, analiz oraz prac legislacyjnych toczących się w organach Unii Europejskiej, poszczególnych państwach członkowskich, a także wykazu stosownej literatury (także zagranicznej) w tym względzie zob. w szczególności M. Romanowski, *W sprawie spółki z o.o. „light” i efektywności kapitału zakładowego*, PPH 2010, nr 1, s. 5 i n., a także A. Opalski, *Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2, s. 435 i n.

realiach gospodarczych. Może to budzić bardzo poważne wątpliwości w ocenie, czy tego typu rozwiązania sprzyjają tworzeniu spójnego porządku prawnego, a także prowokować do stawiania pytań o odpowiednie uzasadnienie utrzymania tego typu regulacji prawnej.

Ponadto podkreśla się, że wkłady wniesione na pokrycie kapitału zakładowego nie tworzą wyodrębnionego funduszu, stanowiącego formę blokady środków umożliwiającej wierzycielom zaspokojenie ich ewentualnych roszczeń. Tak więc nawet wykazywanie przez spółkę istnienia kapitału zakładowego o stosunkowo wysokiej wartości nie może być potraktowane jako wyraz gwarancji jej wypłacalności (nawet do kwoty odpowiadającej wartości nominalnej kapitału zakładowego)⁹.

Na wysokość kapitału zakładowego wpływa nie tylko to, czy udziałowcy rzeczywiście wniesli wkłady, jaką miały one wartość, lecz także to, czy majątek spółki odpowiada tej kwocie. Kapitał ten nie może być pod żadnym pozorem utożsamiany z całością majątku spółki, natomiast wartość tego majątku rozstrzyga o stopniu pokrycia kapitału zakładowego, a więc o istnieniu majątku odpowiadającego kwocie kapitału zakładowego. Kapitał zakładowy bowiem jest w istocie „abstrakcyjnym zapisem księgowym”, a nie „realną wielkością finansowo-rzeczową”¹⁰.

Nawet przy założeniu, że wkłady zostały rzeczywiście wniesione i miały wartość co najmniej równą wartości nominalnej objętych za nie udziałów, można co najwyżej uznać, że w chwili wniesienia do spółki wkładów w jej majątku znajdowały się składniki określonej wartości. Stan aktualny może znacząco (niestety, także na niekorzyść) odbiegać od stanu z chwili gromadzenia kapitału zakładowego z powodu np. wydatkowania przez spółkę środków pieniężnych w toku jej działalności lub obciążenia majątku rzeczowego.

Brak ograniczenia dysponowania poszczególnymi przedmiotami wkładów czy to na rzecz samych udziałowców, czy też osób trzecich sprawia, że ochronie podlega jedynie majątek potrzebny do pokrycia kapitału zakładowego, nie zaś składniki wniesione przez uczestników spółki. Mogą być one przez cały czas istnienia spółki wykorzystywane do prowadzonej w jej ramach działalności, co powoduje określone ryzyko. W rezultacie wartość przedmiotów majątkowych stanowiących wkłady na kapitał zakładowy może ulec utracie, deprecjacji lub zużyciu. W praktyce obrotu gospodarczego często wartość tego majątku podlega pewnym fluktuacjom, podczas gdy kapitał zakładowy musi przez cały okres istnienia spółki pozostawać na ściśle określonym poziomie.

Ponadto w praktyce realizacja gwarancyjnej funkcji kapitału zakładowego może być także postrzegana jako iluzoryczna ze względu na możliwość wnoszenia na pokrycie wkładów w spółce z o.o. wkładów niepieniężnych (tzw. aportów), w postaci

⁹ Zob. A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. II, Warszawa 1991, s. 98 i n.

¹⁰ *Ibidem*, s. 100–101.

np. know-how czy podlegających konwersji wierzytelności. Określone trudności może tutaj powodować oczywiście brak zdolności likwidacyjnej tych wkładów przy jednoczesnym braku kontroli wykwalifikowanych podmiotów zewnętrznych w zakresie wyceny tych wkładów¹¹.

W doktrynie słusznie podkreśla się, że gwarancyjna funkcja kapitału zakładowego ma charakter abstrakcyjny, nie zaś konkretny ani przedmiotowy¹². Nie istnieje bowiem podstawa prawna do sformułowania obowiązku posiadania przez spółkę z o.o. kapitału zakładowego w wysokości pozwalającej na odgrywanie przez ten kapitał roli instrumentu realnie ograniczającego wpływ strat na zdolność wypełniania zobowiązań przez spółkę. W rezultacie oznacza to, że obecnie interesy udziałowców (możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w zamian za zaangażowanie zgola symbolicznych środków) są promowane w oczywisty sposób kosztem interesów wierzycieli. Wypełnienie przez kapitał zakładowy przypisanej mu funkcji gwarancyjnej osłabiają ponadto stanowiące następstwo stosunków faktycznych w spółkach kapitałowych trudności w dochodzeniu roszczeń o zwrot bezprawnych wypłat uzyskanych przez udziałowców¹³.

W praktyce nie brak sytuacji, w których instytucje finansowe dostarczające spółkom środków żądają jako formy zabezpieczenia utrzymywania kapitału zakładowego na nieracjonalnie wysokim poziomie. Utrudnia to spółce ukształtowanie kapitałów własnych stosownie do prowadzonej działalności. Nadmierna alokacja środków do kapitału zakładowego (bez nadwyżki przelewanej do kapitału zapasowego) zaburza oczekiwane relacje właścicielskie w spółkach¹⁴.

Krytycy kapitału zakładowego często zwracają uwagę na arbitralność w zakresie ustalenia jego kwoty, tzn. pozostawienie tej kwestii (z zastrzeżeniem ustawowego minimum na poziomie pięciu tysięcy złotych) do decyzji samych wspólników. Warto zwrócić uwagę, że utrzymanie niskiego poziomu tego kapitału nie wzmacnia realnie marginesu wypłacalności spółki z punktu widzenia kryteriów bilansowych, co z pewnością nie poprawia pozycji wierzycieli. Jednocześnie brakuje możliwości skonstruowania (na podstawie obiektywnych kryteriów) normy prawnej skierowanej do ogółu spółek nakazującej utrzymywanie „odpowiedniego” poziomu kapitału zakładowego. Tymczasem w praktyce każda branża charakteryzuje się innymi

¹¹ Zwraca na to uwagę P. Bryłowski, w: *Prawo spółek 2006/2007*, A. Kidyba (red.), Warszawa 2006, s. 729. Warto podkreślić, że ustawodawca wprowadził reguły takiej kontroli w przypadku wnoszenia wkładów niepieniężnych do spółek akcyjnych. Zob. art. 312 k.s.h.

¹² A. Opalski, *Kapitał...*, op.cit., s. 21.

¹³ *Ibidem*, s. 359.

¹⁴ M. Rodzyńkiewicz, *Spółka z o.o.: w obronie reformy struktury majątkowej*, „Rzeczpospolita” z 5 maja 2011 r.

potrzebami inwestycyjnymi lub wymaganiami związanymi z wyposażeniem spółki w kapitały własne czy też innym ryzykiem wystąpienia strat¹⁵.

Generalnie można uznać, iż wobec braku normatywnego związku pomiędzy kwotą kapitału zakładowego a rozmiarem i rodzajem prowadzonej przez spółkę działalności uzasadnione wydaje się podjęcie prac legislacyjnych zmierzających do gruntownej przebudowy struktury majątkowej spółki z o.o. Postulowanie zresztą *de lege ferenda* normatywnego uregulowania związku pomiędzy kwotą kapitału zakładowego a rodzajem i rozmiarem prowadzonej działalności byłoby utrudnione przede wszystkim ze względu na założenia konstrukcyjne omawianej instytucji. Kapitał ten stanowi przecież pewną stałą kwotę, podlegającą zmianom jedynie w nader sformalizowanym trybie; ponadto brak wiarygodnego i obiektywnego kryterium wyznaczenia sumy kapitału zakładowego odpowiedniego z punktu widzenia interesów wierzycieli spółki. Podkreśla się także, iż wprowadzenie obowiązku polegającego na dostosowaniu tej kwoty do rodzaju i rozmiaru prowadzonej działalności poważnie ograniczyłoby swobodę reguł finansowania spółek kapitałowych¹⁶.

5. Nie bez znaczenia dla kształtu zaproponowanej reformy struktury majątkowej spółki z o.o. jest fakt, iż współcześnie w Europie przeważa krytyczny stosunek do kapitału zakładowego. Chodzi tutaj nie tylko o uwzględnienie negatywnego stanowiska wielu przedstawicieli nauki, ale także zmiany legislacyjne dokonywane w porządkach prawnych wielu państw. Niektóre z nich w ogóle odeszły od wymogu w postaci minimalnej wysokości kapitału zakładowego w spółkach z o.o. (np. Francja czy Holandia). Jednocześnie w pewnych krajach Unii Europejskiej tworzy się nowatorskie konstrukcje normatywne w postaci spółek niemających określonej przez ustawodawcę wysokości minimalnej kapitału zakładowego¹⁷.

Warto odnotować, że w konkurencyjnym, anglosaskim systemie ochrony wierzycieli w ogóle nie jest znana instytucja minimalnego majątku startowego jako

¹⁵ *Uzasadnienie, op.cit.*, s. 11.

¹⁶ A. Opalski, *Kapitał...*, *op.cit.*, s. 359.

¹⁷ Na przykład w stanowiących ojczyznę kapitału zakładowego Niemczech od 2008 r. istnieje nowy podtyp bezkapitałowej spółki z o.o. w postaci tzw. spółki „light” (niem. *Unter-nehmungsgesellschaft*, tzn. UG). Jest on tworzony bez konieczności zgromadzenia kapitału startowego na etapie powstawania spółki, jednakże w późniejszym okresie wspólnicy mają obowiązek uzupełnienia kapitału do dotychczasowego minimalnego pułapu (25 tys. euro), przeznaczając na ten cel część zysków. Zasadniczym motywem wprowadzenia tej reformy były obawy związane z ekspansją angielskich konstrukcji prawnych (a zwłaszcza spółek typu Limited, w ostatnich latach powstających u naszych sąsiadów na coraz większą skalę). Zob. szerzej M. Lutter, *Reforma GmbH w Niemczech*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 23, s. 1266–1268, a także rozmowę z tym autorem, zamieszczoną w dzienniku „Rzeczpospolita” z 21 czerwca 2010 r. Co ciekawe, M. Lutter podkreśla, iż nowy podtyp GmbH nie zagroził utrzymaniu pozycji tradycyjnej spółki z o.o. (z utrzymanym wymogiem minimalnego kapitału w wysokości 25 tys. euro), ponieważ odpowiada on przede wszystkim na potrzeby małego biznesu.

przesłanka zawiązania spółki. W angielskich oraz w irlandzkich spółkach prywatnych (stanowiących odpowiedniki kontynentalnych spółek z o.o.) bowiem znane są zupełnie odmienne sposoby oceny wiarygodności finansowej tych podmiotów. Wszelkie wypłaty na rzecz udziałowców (z tytułu dywidendy, nabycia przez daną spółkę własnych praw udziałowych lub ich umorzenia) poddane są tzw. testowi płynności finansowej (ang. *liquidity test*) oraz tzw. testowi wypłacalności, czyli testowi stosunku aktywów do zobowiązań (ang. *balance sheet test*). Spółka zatem może wypłacić dywidendę w przypadku utrzymania płynności finansowej po spełnieniu świadczenia z jednoczesnym zachowaniem sumy aktywów na poziomie odpowiadającym co najmniej sumie zobowiązań. Jednocześnie jest znany inny wariant testów wypłacalności, zakładający konieczność utrzymania przez spółkę określonych nadwyżek ponad wszystko to, co jest niezbędne do utrzymania płynności finansowej i wypłacalności¹⁸.

Analiza rozwiązań anglosaskich prowadzi wielu autorów do wysnucia (zapewne paradoksalnego dla wielu prawników) wniosku, iż w aspekcie problematyki utrzymania płynności finansowej w istocie chronią one lepiej interesy wierzycieli od systemów kontynentalnych. W tych ostatnich bowiem świadczenia na rzecz udziałowców są obecnie traktowane na tych samych zasadach co świadczenia na rzecz osób trzecich, co stanowi zaprzeczenie idei ochrony wierzycieli spółek kapitałowych. W dodatku naruszana jest podstawowa dla konstrukcji kapitału zakładowego zasada, w myśl której udziałowcy są uprawnieni do otrzymywania świadczeń kosztem majątku spółki tylko o tyle, o ile nie prowadzi to do zagrożenia sytuacji jej wierzycieli¹⁹.

6. Starając się przybliżyć sens zmian zaproponowanych przez Komisję Kodyfikacyjną, w maksymalnym uproszczeniu można powiedzieć, iż zmierzają one do gruntownej przebudowy dotychczasowej, tradycyjnej („kontynentalnej”) konstrukcji spółki z o.o.²⁰ Projekt bowiem zasadniczo zmierza do istotnego osłabienia kapitałowego charakteru tej instytucji za sprawą sprowadzenia kapitału zakładowego (wpisanego w istotę spółki kapitałowej) jedynie do roli elementu fakultatywnego. Miałby on więc być wprowadzany jedynie wolą zainteresowanych jego istnieniem współników, przy czym w myśl proponowanych założeń minimalna wysokość tego kapitału miałaby wynosić jedynie 1 zł.

¹⁸ M. Romanowski, *W sprawie...*, op.cit., s. 9.

¹⁹ *Ibidem*. Jednocześnie autor postuluje uzupełnienie systemu ochrony wierzycieli za pomocą kapitału zakładowego o test płynności finansowej. Zob. w tej kwestii także A. Opalski, M. Romanowski, *O potrzebie zasadniczej reformy prawa spółek*, PPH 2008, nr 6, s. 4.

²⁰ Projekt reformy ograniczono jedynie do jednego typu spółki kapitałowej, jaki stanowi spółka z o.o., ponieważ spółki akcyjne w świetle Drugiej dyrektywy prawa spółek z 1976 r. (także po zmianach dokonanych w 2006 r.) mają obowiązek posiadania kapitału zakładowego.

Zasadniczemu osłabieniu kapitałowego charakteru spółki z o.o. miałoby także towarzyszyć zaproponowanie nieznanej dotychczas prawu polskiemu konstrukcji spółki z udziałami bez wartości nominalnej i bez kapitału zakładowego.

Tego typu propozycje jednak nie mają w istocie rzeczy w pełni nowatorskiego charakteru, gdyż wpisują się one w pewien długotrwały trend dokonującej się od wielu lat ewolucji polskiego prawa spółek. Należy wspomnieć o licznych zmianach legislacyjnych polskiego ustawodawcy, nieraz w gruntowny sposób modyfikującego tradycyjną naturę poszczególnych typów spółek handlowych²¹.

W związku z tym w doktrynie często zwraca się uwagę na zniekształcanie klarownego podziału na spółki osobowe i kapitałowe. Niewątpliwie dążenie do rezygnacji z posługiwania się kapitałem zakładowym jako zasadniczym elementem konstrukcyjnym spółki z o.o. oraz projekt zasadniczej przebudowy przepisów regulujących jego wniesienie i utrzymanie stanowi zasadniczy etap na drodze rozwoju tego procesu. Przyjęcie proponowanych rozwiązań prowadzi w rezultacie do upodobnienia reżimu prawnego dotyczącego wniesienia wkładów w tej formie prawnej do rozwiązań charakterystycznych dla spółek osobowych. Warto uzmysłwić sobie, iż w przypadku tych ostatnich podmiotów ustawodawcy tradycyjnie pozostawiają wspólnikom swobodę decydowania co do wniesienia i wyceny wkładów. Jest to nader racjonalne rozwiązanie z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu i ochrony wierzycieli, ponieważ w przypadku każdego typu spółki osobowej występuje co najmniej jeden wspólnik odpowiedzialny z tytułu zobowiązań osobiście, z własnego majątku.

Prezentowany projekt dąży zdecydowanie do poszerzenia zakresu autonomii woli uczestników spółki z o.o. w zakresie podejmowania decyzji o tym, czy ustanowić kapitał zakładowy i w jakiej wysokości go określić. Można więc uznać, że w ten sposób nastąpi zbliżenie tej instytucji do spółek osobowych, a tym samym sprzyjać to będzie dalszemu zatarciu różnic pomiędzy spółkami osobowymi a kapitałowymi²².

Wymaga jednak dogłębnego rozważenia, czy o kapitałowym charakterze spółki z o.o. nie rozstrzyga przede wszystkim jej wyposażenie w kapitał zakładowy i jego obligatoryjnie określona wysokość, czy też raczej inne podstawowe cechy tej osoby prawnej. Chodzi tu przede wszystkim o brak osobistej odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki bądź określenie zakresu jego uprawnień korporacyjnych

²¹ W szczególności dotyczyło to wyposażenia w Kodeksie spółek handlowych „modelowej” handlowej spółki osobowej, a więc spółki jawnej (celem zwiększenia stopnia jej popularności) w liczne elementy charakterystyczne dla spółek kapitałowych. Dotyczyło to np. możliwości przeniesienia ogółu praw i obowiązków wspólnika tej spółki na inny podmiot (zgodnie z art. 10 § 1 i 2 k.s.h.). Bliżej na ten temat zob. A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, Warszawa 2010, s. 39–44.

²² Taki zarzut pod adresem projektowanej zmiany formuluje A. Kidyba, w: „Rzeczpospolita” z 12–13 lutego 2011 r.

w zależności od stopnia zaangażowania kapitałowego w danej spółce. Ogromną rolę odgrywa także kapitałowy charakter udziału wspólnika. Bez znaczenia jest przy tym, czy jest on przypisany do kapitału zakładowego czy też jest objęty innym reżimem prawnym.

7. Z punktu widzenia oceny kształtu projektu zmian dotyczących kapitału zakładowego w spółce z o.o. nader istotną rolę odegrała nowelizacja przepisów Kodeksu spółek handlowych w październiku 2008 r.²³, polegająca na radykalnym obniżeniu niezbędnego (minimalnego) poziomu kapitału zakładowego. Decydując się na wprowadzenie tej zmiany, ustawodawca kierował się przede wszystkim założeniem, że ustawowe minimum kwoty kapitału zakładowego ogranicza zawiązywanie spółek kapitałowych przez drobnych przedsiębiorców. Tak więc przedsiębiorcy niedysponujący wkładami wystarczającymi na pokrycie kapitału zakładowego w minimalnej wysokości nie mogą wyłączyć osobistej odpowiedzialności z tytułu prowadzonej działalności.

Należy podkreślić, że w piśmiennictwie w zdecydowanej większości nader krytycznie oceniono dziesięciokrotne obniżenie (z 50 do 5 tys. zł) minimalnej wysokości kapitału zakładowego. Zmianę tę określono jako fragmentaryczną i połowiczną, zarzucono też brak należytego uzasadnienia jej dokonania, a także w istocie pozorne efekty jej wprowadzenia. W szczególności wskazywano (słusznie zresztą), że samo obniżenie poziomu kapitału zakładowego w spółce z o.o. stanowi niewystarczający (a w dodatku nie do końca jasny) sposób uelastycznienia instytucji tego kapitału²⁴.

Nie negując w zupełności głosów krytycznych wobec tamtej reformy²⁵, nie można nie wspomnieć o pozytywnych aspektach jej wprowadzenia. Jednakże zalety te są dostrzegalne pod warunkiem oceniania ich z dłuższej (kilkuletniej) perspektywy, tzn. w szerszym kontekście dokonywanego od wielu lat doskonalenia

²³ Ustawa z 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 217, poz. 1381; weszła w życie 8 stycznia 2009 r.

²⁴ Obniżenie wysokości kapitału zakładowego w spółce z o.o. ocenili krytycznie m.in. A. Kidyba (zob. np. wywiad zamieszczony w dzienniku „Rzeczpospolita” z 4 sierpnia 2008 r. pt. *Prawa spółek nie można zmieniać na kolanie*) oraz J. Okolski, M. Szyszka, *Ocena najważniejszych zmian kodeksu spółek handlowych dokonanych nowelizacją z 23.10.2008*, PPH 2009, nr 6, s. 8–10.

²⁵ Wypada wspomnieć, że nie poziom minimum kapitałowego, lecz uniknięcie tzw. opodatkowania wspólników (tzn. na poziomie spółki kapitałowej oraz na poziomie wypłaty zysku w postaci dywidendy) w spółce z o.o. stanowi czynnik decydujący o skali popularności tej instytucji pośród uczestników obrotu gospodarczego. Potwierdzeniem tej tezy może być fakt, iż w ciągu dwóch i pół roku od przeprowadzenia reformy liczba tego typu spółek utrzymała się na zbliżonym poziomie, podczas gdy wielu uczestników obrotu uświadomiło sobie podatkowe zalety handlowych spółek osobowych. Ponadto, jak się wydaje, autorzy zmian legislacyjnych przecenili wpływ tzw. konkurencji prawa spółek w polskim obszarze prawnym, chociaż z pewnością problem występowania tego zjawiska będzie narastał w przyszłości. Wskazuje na to rozwój sytuacji w ojczyźnie kapitału zakładowego, czyli w Niemczech (zob. przypis 17).

polskiego prawa spółek. W takim znaczeniu zarówno projektowane zmiany w zakresie struktury majątkowej spółki z o.o., jak i wprowadzone obniżenie poziomu kapitału zakładowego powinny stanowić elementy spójnej i kompleksowej reformy polskiego prawa spółek, dokonywanej pod wpływem obserwacji procesów legislacyjnych w zagranicznych porządkach prawnych. Ponadto dostrzegalnym plusem wdrożenia operacji radykalnego zmniejszenia minimalnego progu kapitałowego jest wywołanie dyskusji nad sensem dalszej efektywności gwarancyjnej funkcji kapitału zakładowego.

Przedstawiony przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego projekt zasadniczej reformy opiera się na gruntownej krytyce kapitału zakładowego (a zwłaszcza jego funkcji gwarancyjnej). Projektowana zmiana nie zmierza do całkowitego usunięcia tej konstrukcji, lecz stara się jedynie dostosować jego kształt jurystyczny do wymagań współczesnego obrotu gospodarczego. Autorzy projektu bowiem wychodzą ze słusznego założenia, iż przy wszystkich swoich słabościach instytucja ta może pełnić pewne funkcje gwarancyjno-ochronne, tak istotne dla zapewnienia prawidłowego rozwoju życia ekonomicznego. Jest to jednak uzależnione od utrzymania odpowiedniego poziomu tego kapitału w spółkach z o.o. Proponowane jest nadanie kapitałowi zakładowemu charakteru w pełni fakultatywnego, uzależnionego od decyzji wspólników ujawnionej w umowie spółki.

8. Podsumowując niniejsze wywody, należy podkreślić, że omawiany projekt powinien być postrzegany przede wszystkim jako wyraz poszukiwania przez ustawodawcę alternatywnych i elastycznych mechanizmów służących wzmocnieniu i urealnieniu ochrony wierzycieli spółek z o.o. Jednocześnie autorzy projektowanych zmian wydają się świadomi tego, że powodzenie reformy wymaga kompleksowego przebudowania najważniejszych obszarów funkcjonowania tej spółki. Innymi słowy, dla swojej skuteczności nowe instrumenty służące zapewnieniu adekwatnego poziomu funduszy własnych powinny oddziaływać nie tylko w sferze bilansowej czy płynnościowej, ale również w kwestiach dotyczących odpowiedzialności zarządu spółki. Opisywane w niniejszym artykule przesłanki generalnie przemawiają za słuszością proponowanych zmian.

Bibliografia

- Bryłowski P., w: *Prawo spółek 2006/2007*, A. Kidyba (red.), Warszawa 2006.
 Kidyba A., *Handlowe spółki osobowe*, Warszawa 2010.
 Lutter M., *Reforma GmbH w Niemczech*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 23.
 Minas M., *Zdolność aportowa*, „Rejent” 1995, nr 9.

- Okolski J., Szyszka M., *Ocena najważniejszych zmian kodeksu spółek handlowych dokonanych nowelizacją z 23.10.2008*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 6.
- Opalski A., *Kapitał zakładowy*. Zysk. Umorzenie, Warszawa 2002.
- Opalski A., *Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2.
- Opalski A., Romanowski M., *O potrzebie zasadniczej reformy prawa spółek*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6.
- Rodzinkiewicz M., *Spółka z o.o.: w obronie reformy struktury majątkowej*, „Rzeczpospolita” z 5 maja 2011 r.
- Romanowski M., *W sprawie spółki z o.o. „light” i efektywności kapitału zakładowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 1.
- Sołtysiński S., w: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1996.
- Strzępka J.A., Zielińska E., w: J.A. Strzępka, E. Zielińska, W. Popiołek, P. Piniór, H. Urbańczyk, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, J.A. Strzępka (red.), Warszawa 2003.
- Szlęzak A., *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 6.
- Wiśniewski A.W., *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny*, t. II, Warszawa 1991.
- Wiśniewski C., *Funkcje kapitału zakładowego w spółce z o.o.*, „Przegląd Podatkowy” 1992, nr 2.
- Żuławska C., *Aporty w spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością. Przedmiot i wycena*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 7–8.

Summary

Remarks on the legitimacy of the reform of share capital in a limited liability company

Share capital has to be regarded as one of the principal institutions of company law in the Continental Europe, which at the same time determines the essence of a limited liability company constituting (next to the civil law partnership) the most popular form of pursuing business activity by a group of entities among Polish businesses. Recently, as a result of a proposal by the Civil Law Codification Committee to fundamentally reform the regulations in the area of companies and partnerships which pertain to this issue, there has been ranging a dispute among legal theoreticians about the future of share capital.

This article is meant to describe the nature and function of this legal instrument, and also to indicate its drawbacks and positives, especially in the context of the demands of business practice. All this will be set against the backdrop of the development of economic and regulation processes in other countries which (it seems) have a significant impact on the shape of the proposals put forward as part of the planned reform of the ownership structure of the limited liability company.

Prawotwórcza rola parlamentów narodowych w Unii Europejskiej po traktacie lizbońskim

Stopniowe poszerzanie kompetencji Wspólnot Europejskich (WE), a potem Wspólnot i Unii Europejskiej (UE) oznaczało zmniejszenie uprawnień parlamentów narodowych na rzecz instytucji unijnych. Ponieważ dawniej decyzje były podejmowane głównie przez przedstawicieli egzekutyw krajowych lub funkcjonariuszy, często mówiono o deficycie demokracji w WE i UE, co rozumiano jako niedostatek „demokracji przedstawicielskiej” (choć nie jest to jedyny rodzaj demokracji). W demokracji przedstawicielskiej bowiem decyzje, w tym prawotwórcze, podejmują uprawnieni w wyborach reprezentanci obywateli. Unia Europejska wykreowała zaś struktury instytucjonalne i system decyzyjny wykraczający poza reguły funkcjonowania parlamentaryzmu na szczeblu krajowym, co dało skutek uboczny w postaci kryzysu bezpośredniej legitymacji demokratycznych instytucji prawodawczych. Unia często jest postrzegana jako „klasyczny przykład stopniowego redukowania procesu demokratyzacji na skutek integracji” (choć nie jest to trafne, bo demokracja pośrednia, to również demokracja) oraz dążenia do efektywności decyzyjnej¹. Wybory bezpośrednie i rozwój kompetencji Parlamentu Europejskiego częściowo niwelowały ten proces. Jednakże próba jego pełnej demokratyzacji wymagała także włączenia doń parlamentów narodowych państw UE, co dla Traktatu z Lizbony i jego poprzedników było zadaniem niełatwym. Dlatego przed podjęciem analizy stanu prawnego wprowadzonego przez Traktat z Lizbony warto dokonać historycznego oglądu omawianego problemu. Należy także zauważyć, że do tekstu

* Dr, adiunkt, Uczelnia Vistula w Warszawie.

¹ Por. A. Maurer, *Parlamenty narodowe po Amsterdamzie: adaptacja, dostosowanie skali oraz sukcesywna europeizacja*, Dokument przygotowany na posiedzenie grupy roboczej XXIV Konferencji Specjalnych Komisji Parlamentarnych ds. Europejskich (COSAC), 8–9 kwietnia 2001 r. oraz J. Sozański, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie Lizbońskim*, PWP Iuris, Warszawa 2010, s. 79 i n.

tego traktatu wprowadzano poprawki, a tekst ostateczny po korektach ukazał się w Dzienniku Urzędowym w marcu 2010 r.²

1. Ewolucja roli parlamentów narodowych od traktatu paryskiego do traktatu lizbońskiego

1.1. Od traktatu paryskiego do Nicei

Pierwszym wspólnotowym quasi-parlamentem było Wspólne Zgromadzenie, zwane też Zgromadzeniem Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (EWWiS). Było ono organem (instytucją) EWWiS, przewidzianym w traktacie paryskim. Liczyło 78 członków delegowanych przez parlamenty krajowe, w tym z Francji 18 członków, RFN – 18, Włoch – 18, Belgii – 10, Holandii – 10 oraz Luksemburga – 4. Zgromadzenie pełniło funkcje deliberacyjne i doradcze³. Po traktatach rzymskich przekształciło się w Europejskie Zgromadzenie Parlamentarne, wspólne dla: EWWiS, Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (EWG) i Euratomu (od 1958 r.). Składało się z delegacji parlamentów narodowych i liczyło wtedy 142 członków. Nazwa: Parlament Europejski obowiązuje od 1962 r. W 1979 r. obywatele Wspólnoty po raz pierwszy mogli wybrać swoich przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego w bezpośrednich wyborach według ordynacji krajowych⁴. Wcześniej, 20 września 1976 r., Rada osiągnęła

² Dz.Urz. UE 2010 C 83. Dokonano kilku zmian terminologicznych, również w postanowieniach protokołu nr 1 i 2. Między innymi „akt prawodawczy” nosi obecnie nazwę „akt ustawodawczy”, a „zwykła procedura prawodawcza” – „zwykła procedura ustawodawcza”. Trudno zgodzić się z celowością tych zmian w polskim przekładzie, gdyż głównym zarzutem wobec traktatu konstytucyjnego było używanie „terminologii państwowej”, w tym nazw: ustawa i ustawodawczy. Por. J. Barcz, *Unia Europejska na rozstajach. Traktat z Lizbony. Dynamika i główne kierunki reformy ustrojowej*, wyd. 2, IW Europrawo, Warszawa 2010.

³ Na podstawie art. 20 Traktatu ustanawiającego EWWiS powołano zgromadzenie złożone z „przedstawicieli narodów państw zjednoczonych we Wspólnocie”. Art. 21 ust. 3 brzmiał następująco: „Zgromadzenie opracowuje projekty mające na celu umożliwienie przeprowadzenia powszechnych wyborów bezpośrednich zgodnie z jednolitą procedurą we wszystkich państwach członkowskich. Rada, działając jednomyślnie, ustanawia odpowiednie przepisy, których przyjęcie zaleca państwom członkowskim zgodnie z ich odpowiednimi wymogami konstytucyjnymi”. Przepis przeszedł do art. 138 ust. 3 Traktatu ustanawiającego EWG. Art. 138 postulował też ustanowienie europejskich partii politycznych (jako elementu służącego integracji).

⁴ Według pierwotnego projektu (który nie wszedł w życie) wybory odbywałyby się w całej Wspólnocie zgodnie z przepisami krajowymi w ciągu tych samych trzech dni. Dopuszczano podwójne mandaty parlamentarne, lecz nie było to zalecane. Uzgodniono wykaz stanowisk na szczeblu EWG, których nie wolno byłoby łączyć z mandatem posła do Parlamentu Europejskiego. Liczba 355 miejsc (dla ówczesnych dziewięciu państw członkowskich) została rozdzielona proporcjonalnie według następującego schematu: Niemcy – 71, Wielka Brytania – 67, Włochy – 66, Francja – 65, Holandia – 27, Belgia – 23, Dania – 17, Irlandia – 13 i Luksemburg – 6. Przywileje i immunitety posłów bezpośrednio wybranych do Parlamentu Europejskiego i posłów do

porozumienie w sprawie aktu dotyczącego wyboru przedstawicieli Parlamentu Europejskiego w drodze bezpośrednich wyborów powszechnych (tzw. Akt o wyborach bezpośrednich). Akt ten, o statusie aktu prawa pierwotnego i wymagający ratyfikacji przez każde z państw członkowskich, został załączony do decyzji Rady⁵. Rada ustanowiła izbę złożoną z 410 deputowanych (dla ówczesnych dziewięciu państw EWG), przy czym cztery największe państwa otrzymały jednakową liczbę miejsc. W roku 1987, po wejściu w życie Jednolitego aktu europejskiego (JAE), nasiliły się obawy o stan demokratycznej reprezentacji (deficyt demokracji), zwłaszcza wobec uprawnień ustawodawczych Parlamentu Europejskiego. Intensyfikacja debaty nad określeniem znaczenia parlamentów krajowych w konstrukcji europejskiej zaowocowała przyjęciem Deklaracji dotyczącej roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej, dołączonej do traktatu przyjętego w 1992 r. w Maastricht. Wzywała ona do intensyfikacji wymiany informacji i spotkań pomiędzy parlamentami narodowymi i Parlamentem Europejskim oraz do przekazywania propozycji legislacyjnych Komisji Europejskiej w celach informacyjnych bądź ich ewentualnego rozpatrzenia. Jednakże dopiero w traktacie amsterdamskim z 1999 r. nastąpiło usankcjonowanie roli parlamentów krajowych na mocy Protokołu o roli parlamentów narodowych państw członkowskich Unii Europejskiej. Nadało to analizowanemu problemowi wyższą rangę – deklaracja pomimo wyraźnego wydzwiku politycznego nie ma wiążącej mocy prawnej, podczas gdy dyspozycje protokołu mają wartość normatywną równą regulacjom traktatowym⁶.

Protokół o roli parlamentów narodowych dołączony do traktatu amsterdamskiego składał się z dwóch części. Pierwsza z nich zawierała regulacje obligujące Komisję Europejską do informowania parlamentów krajowych o wszelkich planowanych działaniach w ramach Unii, w tym o planach uchwalenia aktów prawa wspólnotowego umożliwiającego parlamentom narodowym przedkładać opinie w sprawie propozycji wspólnotowych aktów prawnych oraz ich weryfikacji pod względem przestrzegania zasady subsydiarności. Przyznane parlamentom prerogatywy

parlamentów krajowych miały być równorzędne. Ponadto na szczeblu krajowym decydowano by o granicy wieku wyborców i kandydatów, obsadzaniu wakatów, zasadach funkcjonowania partii politycznych i warunkach pracy posłów w Parlamencie. Do czasu wdrożenia jednolitej procedury wyborczej Parlament miał przyjąć regulamin weryfikacji referencji posłów.

⁵ Decyzja Rady 76/787/EWWiS, EWG, Euratom; Dz.U. L 278 z 8.10.1976.

⁶ Podstawy prawne działań parlamentów narodowych w tej sferze, w okresie między traktatem z Maastricht a traktatem konstytucyjnym stanowiły m.in.: art. 17(1) TUE – decyzja Rady Europejskiej o stopniowym określaniu wspólnej polityki obronnej; art. 34(2)(b) TUE – zbliżanie przepisów prawnych i wykonawczych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych; art. 42 TUE – Decyzja Rady ws. transferu działań z trzeciego do pierwszego filaru; art. 190(4) TWE – przyjmowanie przepisów w sprawie bezpośrednich wyborów do Parlamentu Europejskiego; art. 269 TWE – Decyzja Rady ws. przyjęcia przepisów dotyczących systemu zasobów własnych Wspólnoty.

wpłynęły na zwiększenie demokratyzacji Unii Europejskiej dzięki umożliwieniu monitorowania procesu legislacyjnego przez parlamenty krajowe także w obszarach o ograniczonych kompetencjach Parlamentu Europejskiego, np. w zakresie III filaru. Część druga Protokołu formalizowała i wprowadzała do traktatu rodzaj między-parlamentarnej współpracy z europejskimi strukturami instytucjonalnymi COSAC (*Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires*) – Konferencję Organów Wyspecjalizowanych w Sprawach Wspólnotowych. Konferencji przyznano prawo do poddania pod rozagę instytucjom europejskim każdej propozycji, jaką uzna za właściwą. COSAC uzyskał również prawo do opiniowania projektów aktów prawnych bądź inicjatyw prawotwórczych związanych z ustanawianiem wspólnej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, mogących wywierać bezpośredni wpływ na prawa i wolności jednostek. Ponadto protokół gwarantował tej instytucji prawo do przedłożenia swoich uwag odnośnie do działań legislacyjnych podejmowanych przez Unię. Prawo to dotyczyło zwłaszcza inicjatyw powstających w związku z tworzeniem obszaru wolności, bezpieczeństwa i wymiaru sprawiedliwości, praw podstawowych, jak również inicjatyw, co do których ma zastosowanie zasada subsydiarności.

Kwestia „europejskich” uprawnień parlamentów narodowych ponownie znalazła się w centrum debaty europejskiej w związku z planowanym procesem rozszerzenia Unii – została podniesiona w Deklaracji w sprawie przyszłości Unii dołączonej do traktatu nicejskiego. Uczestniczący w posiedzeniu Rady Europejskiej w Nicei szefowie państw i rządów, wzywając do „pogłębienia i poszerzenia debaty nt. przyszłego rozwoju Unii Europejskiej”, opracowali katalog kwestii wymagających rozpatrzenia w kontekście planowanego procesu rozszerzenia Unii Europejskiej. Zaliczyli do nich również „rolę parlamentów narodowych w architekturze europejskiej”.

1.2. Laeken, Konwent, Konstytucja

Nawiązując do wniosków przyjętych w Nicei, Rada Europejska na posiedzeniu w Laeken w grudniu 2001 r. nadała dalszy bieg kwestiom zasygnalizowanym w traktacie nicejskim. Jedną z nich stanowiło umocnienie legitymacji demokratycznej Unii. Rada w Deklaracji z Laeken zdefiniowała trzy następujące obszary działań dla parlamentów krajowych: 1) stworzenie nowej instytucji, funkcjonującej obok Rady i Parlamentu Europejskiego, reprezentującej parlamenty krajowe⁷; 2) przyznanie parlamentom narodowym kompetencji w zakresie II i III filaru, czyli

⁷ Szerzej na ten temat, zwłaszcza stanowisk poszczególnych państw członkowskich wobec tej koncepcji zob. M.V. Agostini, *The role of national parliaments in the Future EU*, „The International Spectator”, vol. XXXVI, nr 4, October – December 2001.

zasadniczo w obszarach działań europejskich pozostających poza zakresem kompetencji Parlamentu Europejskiego; 3) przyznanie parlamentom krajowym możliwości partycypacji w mechanizmie kontrolnym przestrzegania zasady subsydiarności.

Zgodnie z wytycznymi z Laeken prace nad umocnieniem legitymacji demokratycznej i umocnieniem roli parlamentów były kontynuowane w ramach Konwentu w Sprawie Przyszłości Europy. Prezydium Konwentu zainauguowało prace w tym zakresie dokumentem podczas posiedzenia plenarnego w dniach 6–7 czerwca 2002 r. Zaproponowano wydłużenie ram czasowych rozpatrywania propozycji aktów prawodawczych, upublicznienie posiedzeń Rady, włączenie przedstawicieli parlamentów narodowych w skład delegacji na posiedzenia Rady działającej w charakterze legislatora. Proponowano wprowadzenie do traktatów obowiązkowej konsultacji parlamentów w konkretnych przypadkach, w tym w odniesieniu do monitorowania zasady subsydiarności, w szczególności gdy Unia występuje z propozycją przyjęcia aktu prawnego bez posiadania w tym obszarze kompetencji wyraźnie przyznanych jej na mocy traktatów, jak również w odniesieniu do I i III filaru. Wysunięto propozycje implikujące bezpośrednie kolektywne zaangażowanie parlamentów w unijny proces decyzyjny, w tym utworzenie nowej instytucji bądź reprezentację parlamentów narodowych w ramach nowo stworzonej europejskiej „izby”. Ponadto podczas prezydencji hiszpańskiej przedstawiono szereg innych propozycji: zastosowanie formuły Konwentu przy dokonywaniu przyszłych rewizji traktatowych, ustanowienie Stałego Kongresu Parlamentów, umocnienie roli COSAC⁸. Sugestie Hiszpanii zostały poddane analizie w dwóch grupach roboczych⁹. Sugerowano możliwość skierowania do Trybunału Sprawiedliwości skargi w sprawie naruszenia zasady subsydiarności, ale propozycja ta została odrzucona przez grupę.

Rola parlamentów narodowych w traktacie konstytucyjnym stanowiła wypadkową propozycji grup roboczych, sugestii Prezydium oraz debaty na posiedzeniach plenarnych Konwentu. Zasadniczo została określona w dwóch dołączonych do traktatu protokołach stanowiących zgodnie z regulacjami art. IV–442 integralną część traktatu: Protokole nr 1 w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej i Protokole nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Kwestie uprawnień parlamentarnych ponadto uregulowano w tekście traktatu, przyznając m.in. prawo wniesienia skargi do Trybunału Sprawiedliwości państwom członkowskim i Komitetowi Regionów, w związku z naruszeniem przez europejski akt ustawodawczy zasady pomocniczości.

⁸ Zob. Dokument: The role of national parliaments in the European architecture, CONV 67/02, 29 May 2002.

⁹ Problematyka debaty w ramach grup roboczych Konwentu została opracowana w oparciu o publikację J. Barcza, *Przewodnik po Traktacie Konstytucyjnym*, Warszawa 2005.

W Protokole nr 1 w sprawie roli parlamentów narodowych uwidaczniała się inspiracja traktatem amsterdamskim. Zdefiniowano tam katalog dokumentów, które powinny zostać przekazane parlamentom narodowym po to, by mogły one jak najefektywniej wykonywać swoje uprawnienia kontroli rządów w ich działaniach legislacyjnych w Radzie Unii Europejskiej. Dokumenty poddane procesowi konsultacji oraz projekty europejskich aktów legislacyjnych na mocy protokołu miały być przekazywane parlamentom narodowym bezpośrednio przez Komisję. Protokół ugruntowywał i rozszerzał mechanizm współpracy międzyparlamentarnej w Unii. Współpraca ta miała przebiegać dwutorowo: na płaszczyźnie relacji pomiędzy Parlamentem Europejskim i parlamentami narodowymi, tworząc formalne ramy dla ugruntowania i rozwijania dotychczas praktykowanych form współpracy, zwłaszcza pomiędzy parlamentem narodowym a wyspecjalizowanymi komisjami ds. europejskich, oraz w ramach COSAC. Rozszerzono możliwości działania COSAC, który mógł przedkładać instytucjom europejskim „wszelkie uwagi, które uzna za właściwe” (zgodnie z obecnie obowiązującymi regulacjami kompetencje COSAC w tym zakresie są ograniczone jedynie do projektów aktów prawnych w Przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, mogących wywierać bezpośredni wpływ na prawa i wolności jednostek lub na prawa podstawowe, w zakresie przestrzegania zasady subsydiarności oraz w przypadku wyrażenia na to zgody przez państwa członkowskie). Protokół zachęcał do współpracy międzyparlamentarnej poprzez organizowanie konferencji na wybrane tematy. Nowatorski charakter miało odniesienie się w tym kontekście do obszaru wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, w tym wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony. Protokół nawiązywał do roli parlamentów narodowych w tzw. procedurze *passarelle* – uproszczonej procedurze zmiany określonej w art. IV-444 traktatu konstytucyjnego. Dawał on możliwość zmiany trybu głosowania w Radzie: przejście od głosowania jednomyślnego (umożliwiającego zawetowanie decyzji) do głosowania kwalifikowaną większością głosów bez konieczności odwoływania się do rewizji traktatowej oraz zmiana trybu głosowania nie dochodziła do skutku, jeśli sprzeciw w tej sprawie wyraził co najmniej jeden parlament krajowy. Temu samemu wymogowi została poddana procedura zastępowania szczególnej procedury ustawodawczej procedurą zwykłą (ust. 3). Do procedury *passarelle* nawiązywał również art. 6 Protokołu nr 1 do traktatu konstytucyjnego, nakładając na Radę Europejską obowiązek informowania parlamentów narodowych o powołaniu się na art. IV-444 ust. 1 lub 2 Konstytucji co najmniej sześć miesięcy przed podjęciem jakiejkolwiek decyzji. Podobnie art. IV-445, regulujący kwestię uproszczonej procedury zmiany dotyczącej polityk i działań zewnętrznych Unii, tzn. wszystkich dyspozycji traktatowych tytułu III części III (art. III-230 – III-285), przewidywał uczestnictwo parlamentów narodowych – decyzja europejska zmieniająca wyżej wymienione postanowienia

traktatowe miała wchodzić bowiem w życie po zatwierdzeniu przez państwa członkowskie zgodnie z ich odpowiednimi wymogami konstytucyjnymi.

Projekt traktatu konstytucyjnego na mocy art. I-11 oraz Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności wprowadzał nowy mechanizm monitorowania *ex ante* stanu respektowania na poziomie unijnym zasady subsydiarności. Tak zwany system wczesnego ostrzegania (*early warning system*) po raz pierwszy umożliwiał parlamentom narodowym bezpośredni wpływ na kształt przyjmowanych w Unii aktów prawnych. Protokół nakładał obowiązek ponownego przeglądu projektu aktu prawnego w sytuacji, gdy grupa parlamentów narodowych, reprezentująca co najmniej jedną trzecią ogólnej liczby przyznanych im głosów (każdy parlament miał dwa głosy) wyraziła uzasadnione opinie o niezgodności projektu europejskiego aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości. Po ponownym przeglądzie Komisja jako autor propozycji lub w stosownym przypadku grupa państw członkowskich, Trybunał Sprawiedliwości, Europejski Bank Centralny lub Europejski Bank Inwestycyjny (jeżeli projekt aktu pochodził od nich) mogła postanowić o utrzymaniu, zmianie lub wycofaniu projektu. Decyzja Komisji musiała być uzasadniona. Ponadto protokół przyznał parlamentom narodowym pośrednie prawo wnoszenia skargi do Trybunału Sprawiedliwości UE w związku z naruszeniem przez europejski akt ustawodawczy zasady pomocniczości, a Trybunał był właściwy do orzekania w sprawach skarg wnoszonych przez państwa członkowskie lub przekazanych przez nie w imieniu ich parlamentów narodowych lub izb parlamentarnych (tzw. pośrednia kontrola *ex post* parlamentów narodowych).

Traktat konstytucyjny przyznał parlamentom pewne prawa w obszarze bezpieczeństwa, wolności i sprawiedliwości. W art. I-18 traktat zakładał udział parlamentów narodowych w procesie kontrolowania środków podejmowanych przez Radę niezbędnych do osiągnięcia celów traktatowych w braku właściwych uprawnień traktatowych. W ramach procedury kontroli stosowania zasady subsydiarności określonej w art. I-11 ust. 3 Komisja Europejska zwracała uwagę parlamentów krajowych na projekty aktów prawnych, których podstawą był ten artykuł. W art. I-58 określono procedurę przyjmowania do Unii państw członkowskich, gdzie parlamenty narodowe notyfikowano o wpłynięciu wniosku w sprawie uzyskania statusu członkowskiego Unii. Umowy akcesyjne podlegały procedurze ratyfikacji zgodnie z wymaganiami konstytucyjnymi poszczególnych państw członkowskich. Artykuł IV-443 określał z kolei zwykłą procedurę zmiany traktatu konstytucyjnego. Nakładał on na Radę obowiązek notyfikowania parlamentom narodowym propozycji zmian traktatu. W przypadku zwołania Konwentu traktat przewidywał więc uczestnictwo parlamentów krajowych w wielu decyzjach.

1.3. Uogólnienie zmian w omawianym obszarze

Parlamenty narodowe od początku integracji odgrywały pewną, z czasem rosnącą rolę także w podejmowaniu decyzji we Wspólnotach, czemu towarzyszyło spore zainteresowanie doktryny¹⁰. Do zagadnienia tego autorzy przywiązywali dość dużą wagę¹¹. Analizowano zwłaszcza skutki procesu integracji dla pozycji ustrojowej parlamentów narodowych¹². Podnoszony był też problem efektywności parlamentarnej reprezentacji we wspólnotowych procesach decyzyjnych¹³. W związku z akcesją Polski do Unii Europejskiej parlament narodowy interesuje już nie tylko sprawowanie władzy przez suwerena w ramach form demokracji pośredniej, ale musiał być też postrzegany w szerszym mechanizmie wspólnotowego (dziś unijnego) procesu podejmowania decyzji¹⁴. Proces ten jednak był zdominowany przez organy władzy wykonawczej (rządy), co stanowiło jedną z zasadniczych przyczyn zjawiska „deficytu demokracji”¹⁵. W istotnym związku z tym problemem pozostawało poszukiwanie sposobów większego oddziaływania parlamentu narodowego na wspólnotowe procesy decyzyjne¹⁶.

Rola parlamentów narodowych we wspólnotowych procesach decyzyjnych podlegała interesującej ewolucji¹⁷. W Deklaracji nr 13 dotyczącej roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej, dołączonej do traktatu z Maastricht (1992) uznano, że pierwszorzędne znaczenie ma włączenie parlamentów narodowych w działalność WE i Unii. Chodziło w szczególności o zintensyfikowanie wymiany informacji między parlamentami narodowymi a Parlamentem Europejskim, a także o zapewnienie

¹⁰ Zob. np. M. Kudej, *Proces ustawodawczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Postępowanie ustawodawcze*, E. Zwierchowski (red.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1993; tenże, *Postępowanie ustawodawcze w Sejmie RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002, s. 51.

¹¹ Por. M. MacCarthy, *Conceptualizing the Role of National Parliaments in the EU System of Governance*, „Administration” 2006, nr 3, s. 71.

¹² Por. F. Duina, M.J. Oliver, *National Parliaments in the European Union: Are There any Benefits to Integration?*, „European Law Journal” 2005, nr 2, s. 176.

¹³ Zob. D.M. Farrell, R. Scully, *Representing Europe's Citizens? Electoral Institutions and the Failure of Parliamentary Representation*, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 23.

¹⁴ Zob. R. Grzeszczak, *Miejsce parlamentów narodowych w architekturze instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej i UE – scenariusze zmian*, w: *Unia Europejska w dobie reform. Konwent Europejski – Traktat Konstytucyjny – Biała Księga w sprawie rządzenia Europą*, VIII Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 27–28 marca 2003 r., C. Mik (red.), Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2004, s. 209.

¹⁵ Zob. J. Jaskiernia, *Rozwój instytucjonalny Unii Europejskiej a problem „deficytu demokracji”*, w: *Forum Spraw Publicznych, VII Konferencja, Przyszłość Unii Europejskiej*, 10 czerwca 2006, LAM – Wydawnictwo Akademii Finansów, Warszawa 2006, s. 17.

¹⁶ Zob. K. Neunreither, *The Democratic Deficit of the European Union: Towards Closer Cooperation between the European Parliament and National Parliaments*, „Government and Opposition” 1994, nr 3, s. 302.

¹⁷ Por. J. O'Brennan, T. Raunio, *National Parliaments within the Enlarged European Union: from "Victims" of Integration to Competitive Actors?*, Routledge, London 2007, s. 39 i n.

warunków do odbywania regularnych spotkań między parlamentarzystami krajowymi i europejskimi, zainteresowanymi podobną problematyką. Rządy państw członkowskich zostały zobowiązane do przedstawiania parlamentom krajowym propozycji legislacyjnych Komisji Europejskiej – z odpowiednim wyprzedzeniem, pozwalającym na zapoznanie się z ich treścią i ewentualne zajęcie stanowiska. Postanowienia te doczekały się jednak tylko fragmentarycznej realizacji. Propozycje Komisji były przekazywane parlamentom krajowym, ale tylko w niektórych państwach dotyczyło to spraw związanych z II i III filarem. Do wyjątków należały też państwa, w których parlamenty informowane były przez rządy o dalszym biegu działań prawotwórczych. Choć istniała praktyka rozpatrywania przez parlamenty narodowe propozycji legislacyjnych Komisji, to jedynie w niektórych przypadkach istniała możliwość opóźnienia przyjęcia propozycji Komisji ze względu na rozpatrywanie ich przez krajowe parlamenty. Czasem realizację utrudniała sama Komisja Europejska, gdyż przekazywała propozycje rządów tak późno, że ich poważna analiza w parlamencie narodowym nie była możliwa¹⁸.

Zapoczątkowana w traktacie z Maastricht tendencja do umocnienia roli parlamentów narodowych w procesach decyzyjnych UE utrwalona została w postanowieniach traktatu z Amsterdamu (1997). Dołączony wtedy został do TUE i TWE Protokół w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej¹⁹. Uściślono w nim warunki pozwalające parlamentom narodowym na monitorowanie procesu legislacyjnego na szczeblu wspólnotowym²⁰. Komisję Europejską zobowiązano do niezwłocznego przekazywania parlamentom narodowym takich dokumentów, jak zielone księgi, białe księgi i komunikaty, choć pominięto dokumenty dotyczące Wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (WPZiB). Ustalono też, że projekty legislacyjne Komisji muszą być przekazywane rządów państw UE z takim wyprzedzeniem, aby parlamenty miały czas na zapoznanie się z nimi. Postanowiono, że w odniesieniu do propozycji środków i projektów aktów prawnych objętych III filarem UE (po Amsterdamie: współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych) pomiędzy zgłoszeniem projektu we wszystkich językach urzędowych do Rady UE i Parlamentu Europejskiego a wpisaniem go do porządku obrad Rady w celu podjęcia decyzji: uchwalenia aktu prawnego lub przyjęcia wspólnotowego stanowiska

¹⁸ Zob. E. Popławska, *Organy i procedura stanowienia prawa wspólnotowego oraz udział w niej państw członkowskich*, w: *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 182–183.

¹⁹ Polski tekst: Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864. Por. Z. Brodecki, M. Drobysz, S. Majkowska, D. Pyć, M. Tomaszewska, I. Żużewicz, *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Z. Brodecki (red.), LexisNexis, Warszawa 2006, s. 13.

²⁰ Zob. A. Maurer, *Parlamenty narodowe po Amsterdamie: adaptacja, dostosowanie skali oraz sukcesywna europeizacja*, w: *Rola parlamentów narodowych w perspektywie rozszerzenia UE oraz Konferencji Międzyrządowej 2004*, Warszawa 2002, s. 210.

musi upłynąć co najmniej sześć tygodni. Było to ważne z punktu widzenia możliwości zapoznania się z tymi aktami przez parlamenty krajowe²¹.

W Deklaracji nr 23 o przyszłości Unii Europejskiej, dołączonej do traktatu z Nicei (2001) kwestię roli parlamentów narodowych uznano za jedną z pilniejszych do rozwiązania. Parlament Europejski sygnalizował, że „deficyt demokracji” w UE może się zaostrzyć z powodu braku postępu w sferze „demokratycznego monitorowania procesów demokratycznych”²².

Istotne znaczenie dla poszukiwania miejsca parlamentów narodowych we wspólnotowym procesie decyzyjnym miały prace Konwentu Europejskiego i przygotowany przezeń Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy²³. Zaproponowano w nim, by parlamenty narodowe otrzymały prawo do informacji, równocześnie z ustawodawcą unijnym, o projektach aktów, ich zmianie oraz uchwałach legislacyjnych Parlamentu Europejskiego i stanowiskach Rady Ministrów²⁴. Parlamenty narodowe mogły też przysyłać Parlamentowi Europejskiemu, Radzie Ministrów i Komisji uzasadnioną opinię na temat sprzeczności tych projektów z zasadą pomocniczości. Komisja musiała ponownie rozpatrzyć swój projekt w przypadku, gdy parlamenty narodowe wypowiedziałyby się co najmniej jedną trzecią głosów za istnieniem sprzeczności (w przypadku Przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości wystarczyłaby jedna czwarta głosów)²⁵. Z tym „systemem wczesnego ostrzegania” wiązano nadzieje na ograniczenie „deficytu demokracji”.

Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy (przyjęty 29 października 2004 r.) nie wszedł jednak w życie. Po odrzuceniu go w referendach we Francji i w Holandii, a także wyrażeniu sceptycyzmu w innych państwach (m.in. w Polsce i w Wielkiej Brytanii)²⁶ odstąpiono od kontynuacji jego procedury ratyfikacyjnej, zdecydowano się na okres refleksji oraz pracę nad formą traktatów wywołującą mniej zastrzeżeń państw członkowskich. Po ustaleniu mandatu negocyjacyjnego przez prezydencję niemiecką i negocjacjach przyjęto projekt traktatu reformującego. Został on podpisany 13 grudnia 2007 r. w Lizbonie.

²¹ Zob. E. Popławska, *Formy współpracy parlamentów w Unii Europejskiej*, w: *Parlamenty a integracja europejska*, M. Kruk, E. Popławska (red.), Warszawa 2002, s. 210.

²² J. Marszałek-Kawa, *Parlament Europejski a parlamenty narodowe w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Mado, Toruń 2005, s. 358.

²³ Zob. S. Martinelli, *Le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne*, „Revue du droit de l'Union européenne” 2004, nr 4, s. 756.

²⁴ Por. P. Küiver, *The Composite Case for National Parliaments in the European Union: Who Profits from Enhanced Involvement?*, „European Constitutional Law Review” 2006, nr 2, s. 231.

²⁵ Zob. M. Górka, *Udział Parlamentu Europejskiego i parlamentów narodowych w procedurach legislacyjnych w Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2, s. 92.

²⁶ Zob. J. Barcz, *Możliwość reformy ustrojowej UE w warunkach odrzucenia Traktatu konstytucyjnego*, w: *Prezydencja niemiecka a stan debaty o reformie Unii Europejskiej. Aspekty politycznoprawne*, J. Barcz (red.), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania, Warszawa 2007, s. 84.

2. Traktat z Lizbony a rola parlamentów narodowych

2.1. Mandat negocjacyjny dla traktatu reformującego

Podczas posiedzenia Rady Europejskiej w dniach 21–23 czerwca 2007 r. został przyjęty mandat stanowiący podstawę i ramy dla prac Konferencji Międzyrządowej, której celem było uzgodnienie ostatecznego kształtu traktatu reformującego (Traktatu z Lizbony). Mandat, który przyjął formę załącznika do konkluzji Rady Europejskiej, stanowił zwieńczenie działań dyplomatycznych podejmowanych podczas prezydencji niemieckiej, mających na celu przerwanie impasu konstytucyjnego powstałego w wyniku przegranych referendum we Francji i w Holandii w maju i czerwcu 2005 r. Niemcy postawiły sobie za cel m.in. umocnienie demokracji w Unii oraz dodatkowe, w porównaniu z regulacjami traktatu konstytucyjnego, ugruntowanie pozycji parlamentów krajowych. Proponowano dwutorowe wzmocnienie roli parlamentów narodowych: mandat wspomagał mechanizm monitorowania przestrzegania zasady subsydiarności (a także proporcjonalności i elastyczności) poprzez wydłużenie terminu dostarczenia przez parlamenty narodowe uzasadnionej opinii w sprawie projektu aktu prawnego z sześciu do ośmiu tygodni oraz wprowadzał zmiany do trybu procedowania Komisji, która w przypadku podjęcia decyzji o utrzymaniu projektu aktu prawnego, pomimo zakwestionowania go przez wymaganą liczbę parlamentów narodowych, musiała przedstawić opinię uzasadniającą zgodność aktu z zasadą subsydiarności. Opinia ta, wraz z opiniami parlamentów narodowych miała być brana pod uwagę w procesie legislacyjnym. Ostatecznie podobne rozwiązania przyjęto w Traktacie z Lizbony, wraz z mechanizmem kontroli przestrzegania zasady subsydiarności, co wyrażono w Protokole nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności.

Nie uzyskała natomiast poparcia jeszcze dalej idąca koncepcja proponowana przez Czechy i Holandię (wspierana przez Polskę) tzw. czerwonej kartki, zgodnie z którą każda inicjatywa ustawodawcza Komisji przepadałaby automatycznie, gdyby sprzeciwiła jej się jedna trzecia parlamentów narodowych. Jeśli większość Rady lub większości głosów oddanych w Parlamencie Europejskim uznają, że projekt nie jest zgodny z zasadą pomocniczości, projekt taki nie byłby dalej rozpatrywany. Parlamentom krajowym zostało również przyznane prawo pośredniego wnoszenia skarg na nieważność aktu prawnego z traktatami do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z uwagi na naruszenie zasady subsydiarności (art. 263 TFUE). Formalnie prawo do wnoszenia skargi przysługuje rządów państw członkowskich, ale powinny one, zgodnie z ich porządkiem prawnym, przekazywać do Trybunału odnośne skargi w imieniu parlamentu

krajowego lub jednej z jego izb (art. 8 Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności)²⁷.

2.2. Rola parlamentów narodowych

Projekty aktów legislacyjnych przekazywanych parlamentom powinny zawierać uzasadnienie pod kątem zasad subsydiarności i proporcjonalności. Stwierdzenie, że dany cel można osiągnąć lepiej na poziomie unijnym, musi być uzasadnione na podstawie wskaźników ilościowych i jakościowych. W projektach aktów legislacyjnych uwzględnia się konieczność postępowania w taki sposób, by wszelkie obciążenia finansowe czy administracyjne nakładane przez Unię na rządy krajowe, władze regionalne lub lokalne, podmioty gospodarcze i obywatele były możliwie najmniejsze i współmierne do zamierzonego celu. Parlament narodowy bądź jedna z jego izb może przeprowadzić, w razie potrzeby, konsultacje z parlamentami regionalnymi wyposażonymi w prerogatywy prawodawcze. Instytucje przedkładające projekt aktu legislacyjnego, które otrzymają opinie z uzasadnieniami, są zobligowane do ich uwzględniania. Każdy parlament krajowy dysponuje dwoma głosami, dzielonymi w zależności od krajowego systemu parlamentarnego. W systemie dwuizbowym każda z dwóch izb dysponuje jednym głosem. Jeżeli uzasadnione opinie przedłożone przez parlamenty (izby) stanowią co najmniej jedną trzecią głosów przyznanых parlamentom narodowym, projekt zostaje poddany ponownemu przeglądowi. Po dokonaniu przeglądu instytucja zgłaszająca projekt aktu legislacyjnego może postanowić o jego utrzymaniu, zmianie bądź wycofaniu. Ponadto, w sytuacji gdy opinie z uzasadnieniem o niezgodności danego projektu aktu legislacyjnego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej zwykłą większość głosów przysługujących parlamentom krajowym, projekt podlega przeglądowi. Po dokonaniu przeglądu Komisja może podjąć decyzję o utrzymaniu, zmianie bądź wycofaniu projektu. W sytuacji, w której Komisja podejmie decyzję o utrzymaniu projektu, musi przedstawić opinię uzasadniającą, że projekt jest zgodny z zasadą subsydiarności. Opinia ta oraz opinie parlamentów narodowych są przekazywane Parlamentowi Europejskiemu i Radzie w celu uwzględnienia ich w toku procedury legislacyjnej. Pociąga to za sobą określone postępowanie: jeżeli przed upływem zakończenia pierwszego czytania ustawodawca na podstawie większości w wysokości 55% członków Rady lub większością głosów oddanych w Parlamencie Europejskim stwierdzi, że jego zdaniem wniosek nie jest zgodny z zasadą pomocniczości, wniosek ustawodawczy nie będzie dalej analizowany.

²⁷ J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 97 i n.; A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, KUL, Lublin 2010, s. 117 i n.

Ponadto rola parlamentów jest znacząca w procedurze rozszerzania Unii i zmiany traktatów, a także współpracy w ramach Europolu i Eurojustu oraz wspólnej polityki podatkowej. Jednym z najpoważniejszych zarzutów, jaki traktatowi stawiali jego przeciwnicy m.in. w Irlandii, były postanowienia dotyczące art. 113 TFUE. Przepis ten mówi o powinnościach Komisji w kwestii harmonizacji polityki podatkowej państw członkowskich, tak aby umożliwić powstanie działającego wspólnego wewnętrznego rynku. Zmianą powodującą obawy przeciwników traktatu jest dodanie na końcu tego artykułu klauzuli, że działalność Komisji na tym polu powinna również zapewniać poszanowanie unijnych zasad konkurencji. Istotą zmiany według przeciwników jest to, że Komisja będzie mogła wpływać na poziom podatków, np. od działalności gospodarczej. Będzie mogła to uczynić, powołując się na naruszenia art. 26 TFUE oraz art. 101–109 TFUE, a także naruszenie przez kraj członkowski ogólnej zasady, że nie należy stwarzać systemu mogącego zakłócić funkcjonowanie konkurencji. Mógłby to być krok w kierunku stworzenia jednolitego europejskiego obszaru gospodarczego. Kolejną kwestią do rozważenia powinien być sposób podejmowania decyzji przez Komisję w razie, gdyby ta próbowała podjąć działania przeciw krajowi członkowskiemu na podstawie art. 113 TFUE. Irlandzcy przeciwnicy przekonywali, że zgodnie z nowymi zasadami głosowania obowiązywać będzie system większości kwalifikowanej, który umożliwi narzucenie zasad podatkowych innym krajom.

2.3. Protokół w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej – analiza postanowień

Zarysowując zasady Protokołu w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej²⁸, należy wskazać, że wprowadził on obowiązek współdziałania

²⁸ Przepisy Protokołu w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej brzmią następująco:

Tytuł I. Informacje dla parlamentów narodowych

Artykuł 1. Dokumenty konsultacyjne Komisji (zielone księgi, białe księgi i komunikaty) są przekazywane, po ich opublikowaniu, parlamentom narodowym bezpośrednio przez Komisję. Komisja przekazuje również parlamentom narodowym roczny program prac legislacyjnych oraz wszelkie inne dokumenty dotyczące planowania legislacyjnego lub strategii politycznej równocześnie z ich przekazaniem Parlamentowi Europejskiemu i Radzie.

Artykuł 2. Projekty aktów ustawodawczych kierowane do Parlamentu Europejskiego i do Rady są przekazywane parlamentom narodowym. Do celów niniejszego Protokołu przez „projekty aktów ustawodawczych” rozumie się wnioski Komisji, inicjatywy grupy Państw Członkowskich, inicjatywy Parlamentu Europejskiego, wnioski Trybunału Sprawiedliwości, zalecenia Europejskiego Banku Centralnego i wnioski Europejskiego Banku Inwestycyjnego mające na celu przyjęcie aktu ustawodawczego. Projekty aktów ustawodawczych pochodzące od Komisji są przekazywane parlamentom narodowym bezpośrednio przez Komisję równocześnie z ich przekazaniem Parlamentowi Europejskiemu i Radzie. Projekty aktów ustawodawczych

instytucji Unii (a zwłaszcza Komisji, Rady i Parlamentu Europejskiego) w procesie ustawodawczym z parlamentami narodowymi. Współdziałanie to polega na obowiązku informowania parlamentów krajowych o wszystkich inicjatywach ustawodawczych (na etapie ich projektowania) oraz uwzględniania stanowiska

pochodzące od Parlamentu Europejskiego są przekazywane parlamentom narodowym bezpośrednio przez Parlament Europejski. Projekty aktów ustawodawczych pochodzące od grupy Państw Członkowskich, Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego są przekazywane parlamentom narodowym przez Radę.

Artykuł 3. Parlamenty narodowe mogą przysyłać przewodniczącym Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji uzasadnioną opinię na temat zgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości, zgodnie z procedurą przewidzianą w Protokole w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Jeżeli projekt aktu ustawodawczego pochodzi od grupy Państw Członkowskich, przewodniczący Rady przekazuje uzasadnione opinie lub opinie rządów tych Państw Członkowskich. Jeżeli projekt aktu ustawodawczego pochodzi od Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego, przewodniczący Rady przekazuje uzasadnione opinie lub opinie danej instytucji lub organowi.

Artykuł 4. Termin między przekazaniem parlamentom narodowym projektu aktu ustawodawczego w językach urzędowych Unii a datą jego wpisania do wstępnego porządku obrad Rady w celu jego przyjęcia lub przyjęcia stanowiska w ramach procedury ustawodawczej wynosi osiem tygodni. W pilnych przypadkach możliwe są wyjątki, które zostają uzasadnione w akcie lub w stanowisku Rady. Z wyjątkiem przypadków pilnych, które zostały należycie uzasadnione, w ciągu tych ośmiu tygodni nie zawiera się żadnego porozumienia w sprawie projektu aktu ustawodawczego. Z wyjątkiem przypadków pilnych, które zostały należycie uzasadnione, termin między wpisaniem projektu aktu ustawodawczego do wstępnego porządku obrad Rady a przyjęciem stanowiska wynosi dziesięć dni.

Artykuł 5. Porządki obrad i wyniki posiedzeń Rady, w tym protokoły posiedzeń Rady rozpatrującej projekty aktów ustawodawczych, są przekazywane bezpośrednio parlamentom narodowym, równocześnie z ich przekazaniem rządów Państw Członkowskich.

Artykuł 6. Jeżeli Rada Europejska zamierza powołać się na artykuł 48 ustęp 7 akapit pierwszy lub drugi Traktatu o Unii Europejskiej, parlamenty narodowe są informowane o tej inicjatywie Rady Europejskiej co najmniej sześć miesięcy przed przyjęciem jakiegokolwiek decyzji.

Artykuł 7. Trybunał Obrachunkowy przekazuje swoje sprawozdanie roczne parlamentom narodowym w celach informacyjnych, równocześnie z przekazaniem go Parlamentowi Europejskiemu i Radzie.

Artykuł 8. Jeżeli krajowy system parlamentarny nie jest jednoizbowy, artykuły 1–7 stosuje się do izb tworzących parlament narodowy.

Tytuł II. Współpraca międzyparlamentarna

Artykuł 9. Parlament Europejski i parlamenty narodowe wspólnie określają sposób organizacji i wspierania skutecznej i systematycznej współpracy międzyparlamentarnej w ramach Unii.

Artykuł 10. Konferencja organów parlamentarnych wyspecjalizowanych w sprawach Unii może przedkładać wszelkie uwagi, które uzna za właściwe, pod rozwagę Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. Konferencja ta wspiera ponadto wymianę informacji i najlepszych praktyk między parlamentami narodowymi a Parlamentem Europejskim, w tym między ich wyspecjalizowanymi komisjami. Może także organizować konferencje międzyparlamentarne na wybrane tematy, w szczególności w celu omówienia zagadnień wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, w tym wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony. Uwagi przedłożone przez konferencję nie wiążą parlamentów narodowych ani nie przesądzają ich stanowiska.

(Dz.Urz. UE 2008 C 115/1).

parlamentów narodowych. W przypadku zastrzeżeń parlamentów krajowych wobec projektów aktu decyzja o procedowaniu powinna być rozpatrzona ponownie. Parlamente narodowe mają pełen wgląd do protokołów Rady w sprawie decyzji ustawodawczych. Termin między przekazaniem projektu aktu parlamentom narodowym a wpisaniem go do porządku obrad Rady (celem podjęcia decyzji co do projektu) wynosi osiem tygodni. W przypadku projektu zmiany Traktatu zarówno w procedurze zwykłej, jak i procedurze kładki, parlamente narodowe są informowane z wyprzedzeniem sześciu miesięcy. Problem udziału parlamentów narodowych w procedurze ustawodawczej jest przedmiotem prac specjalnych struktur współpracy (w tym międzyparlamentarnej) w omawianej sferze. Warto poświęcić więc tym postanowieniom więcej uwagi.

Postanowienia Traktatu z Lizbony²⁹ są kolejną próbą umocnienia roli parlamentów narodowych w procesach decyzyjnych UE. Protokół w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej dołączono do Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz do Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Energii Atomowej³⁰.

W preambule Protokołu przypomniano, że „sposób, w jaki parlamente narodowe sprawują kontrolę nad swoimi rządami w odniesieniu do działań Unii Europejskiej należy do organizacji i praktyki konstytucyjnej każdego państwa członkowskiego”. Przyjęcie Protokołu miało „zachęcić parlamente narodowe do bardziej aktywnego udziału w działaniach Unii Europejskiej i zwiększyć możliwość wyrażenia przez nie ich punktu widzenia w sprawie projektów aktów ustawodawczych Unii Europejskiej, a także w innych kwestiach, które mogą stanowić dla nich przedmiot szczególnego zainteresowania”.

Zasadnicza kwestia uwzględniona w Protokole dotyczy informowania parlamentów narodowych o istotnych decyzjach ustawodawczych, jest kontynuacją tych poszukiwań, które zapoczątkowano w protokołach do traktatów z Maastricht i Amsterdamu. Postanowiono tu, że „dokumenty konsultacyjne Komisji (zielone księgi, białe księgi i komunikaty) są przekazywane, po ich opublikowaniu, parlamentom narodowym bezpośrednio przez Komisję. Komisja przekazuje również parlamentom narodowym roczny program prac legislacyjnych oraz wszelkie inne dokumenty dotyczące planowania legislacyjnego lub strategii politycznej równocześnie z ich przekazaniem Parlamentowi Europejskiemu i Radzie” (art. 1).

Jednoznacznie też przesądzono w art. 2, że „projekty aktów ustawodawczych kierowane do Parlamentu Europejskiego i do Rady są przekazywane parlamentom narodowym”, przy czym przez „projekty aktów ustawodawczych” rozumie się

²⁹ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13 grudnia 2007 r., Dz.Urz. UE, 17.12.2007, C 306/148.

³⁰ Dz.Urz. UE, 17.12.2007, C 306/148.

w Protokole: wnioski Komisji, inicjatywy grupy państw członkowskich, inicjatywy Parlamentu Europejskiego, wnioski Trybunału Sprawiedliwości, zalecenia Europejskiego Banku Centralnego i wnioski Europejskiego Banku Inwestycyjnego mające na celu przyjęcie aktu ustawodawczego. Również „projekty aktów ustawodawczych pochodzące od Komisji są przekazywane parlamentom narodowym bezpośrednio przez Komisję równocześnie z ich przekazaniem Parlamentowi Europejskiemu i Radzie”. Podobnie rzecz się ma z projektami aktów ustawodawczych pochodzących od Parlamentu Europejskiego, które przekazywane są parlamentom narodowym bezpośrednio przez Parlament Europejski. Natomiast w odniesieniu do aktów ustawodawczych pochodzących od państw członkowskich, Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego obowiązuje zasada, że przekazywane są parlamentom narodowym przez Radę³¹.

W kwestii projektów aktów ustawodawczych obowiązuje więc zasada, że przekazywane są one parlamentom narodowym bezpośrednio przez „autorskie” struktury. W odniesieniu do aktów ustawodawczych pośredniczy Rada, chociaż pełna analiza przepisów wskazuje, że nie zwalnia to Komisji z działania. Bezpośrednim adresatem jest tu parlament narodowy oraz nie jest przewidziane pośrednictwo rządu krajowego. W ten sposób wyeksponowana jest podmiotowość parlamentów narodowych w unijnych procesach decyzyjnych. Jak stanowi art. 3 Protokołu, parlamenty narodowe mogą przysyłać przewodniczącym Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji „uzasadnioną opinię na temat zgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości, zgodnie z procedurą przewidzianą w Protokole w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności”³². Jeśli

³¹ Por. A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, op.cit., s. 71 i n. oraz J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, op.cit., s. 79 i n.

³² Protokół w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności (Dz.Urz. UE 2008 C 115/17):

Artykuł 1. Każda instytucja stale czuwa nad poszanowaniem zasad pomocniczości i proporcjonalności, określonych w artykule 5 Traktatu o Unii Europejskiej.

Artykuł 2. Przed zgłoszeniem wniosku dotyczącego aktu ustawodawczego Komisja prowadzi szerokie konsultacje. Konsultacje te, w stosownym przypadku, powinny uwzględniać wymiar regionalny i lokalny przewidywanych działań. W szczególnie pilnych przypadkach Komisja nie prowadzi konsultacji. W swoim wniosku uzasadnia taką decyzję.

Artykuł 3. Do celów niniejszego Protokołu, przez „projekty aktów ustawodawczych” rozumie się wnioski Komisji, inicjatywy grupy Państw Członkowskich, inicjatywy Parlamentu Europejskiego, wnioski Trybunału Sprawiedliwości, zalecenia Europejskiego Banku Centralnego i wnioski Europejskiego Banku Inwestycyjnego mające na celu przyjęcie aktu ustawodawczego.

Artykuł 4. Komisja przekazuje parlamentom narodowym swoje projekty i swoje zmienione projekty aktów ustawodawczych równocześnie z ich przekazaniem ustawodawcy Unii. Parlament Europejski przekazuje parlamentom narodowym swoje projekty i swoje zmienione projekty aktów ustawodawczych. Rada przekazuje parlamentom narodowym projekty i zmienione projekty aktów ustawodawczych pochodzących od grupy Państw Członkowskich, Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego.

projekt aktu pochodzi od grupy państw członkowskich, „przewodniczący Rady przekazuje uzasadnione opinie lub opinie rządom tych państw członkowskich”. Jeśli natomiast projekt aktu ustawodawczego pochodzi od Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego,

Rezolucje legislacyjne Parlamentu Europejskiego oraz stanowiska Rady są, po ich przyjęciu, przekazywane przez te instytucje parlamentom narodowym.

Artykuł 5. Projekty aktów ustawodawczych są uzasadniane w odniesieniu do zasad pomocniczości i proporcjonalności. Każdy projekt aktu ustawodawczego powinien zawierać szczegółowe stwierdzenie umożliwiające ocenę zgodności z zasadami pomocniczości i proporcjonalności. Takie stwierdzenie powinno zawierać dane umożliwiające ocenę skutków finansowych danego projektu aktu oraz, w przypadku dyrektywy, jej skutków dla regulacji wprowadzanych przez Państwa Członkowskie, w tym, w stosownym przypadku, dla prawodawstwa regionalnego. Podstawy stwierdzenia, że cel Unii może zostać lepiej osiągnięty na poziomie Unii, są uzasadniane na podstawie wskaźników jakościowych, a tam gdzie to możliwe, ilościowych. Projekty aktów prawodawczych biorą pod uwagę konieczność zminimalizowania wszelkich obciążeń finansowych lub administracyjnych nakładanych na Unię, rządy krajowe, władze regionalne lub lokalne, podmioty gospodarcze i obywatele oraz to, by takie obciążenia były współmierne do zamierzonego celu.

Artykuł 6. Każdy parlament narodowy lub każda izba parlamentu narodowego może, w terminie ośmiu tygodni od daty przekazania projektu aktu ustawodawczego w językach urzędowych Unii, przesłać przewodniczącym Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji uzasadnioną opinię zawierającą powody, dla których uznaje, że dany projekt nie jest zgodny z zasadą pomocniczości. Do parlamentu narodowego lub izby parlamentu narodowego należy konsultowanie się, w stosownym przypadku, z parlamentami regionalnymi mającymi kompetencje prawodawcze. Jeżeli projekt aktu prawodawczego pochodzi od grupy Państw Członkowskich, przewodniczący Rady przekazuje opinię rządom tych Państw Członkowskich.

Jeżeli projekt aktu ustawodawczego pochodzi od Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Banku Centralnego lub Europejskiego Banku Inwestycyjnego, przewodniczący Rady przekazuje opinię danej instytucji lub organowi.

Artykuł 7.1. Parlament Europejski, Rada i Komisja oraz, w stosownym przypadku, grupa Państw Członkowskich, Trybunał Sprawiedliwości, Europejski Bank Centralny lub Europejski Bank Inwestycyjny, jeżeli projekt aktu ustawodawczego pochodzi od nich, uwzględniają uzasadnione opinie wydane przez parlamenty narodowe lub izbę parlamentu narodowego. Każdy parlament narodowy dysponuje dwoma głosami rozdzielonymi w zależności od krajowego systemu parlamentarnego. W dwuizbowym krajowym systemie parlamentarnym każda z izb dysponuje jednym głosem. 2. W przypadku gdy uzasadnione opinie o niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej jedną trzecią głosów przyznanych parlamentom narodowym zgodnie z ustępem 1 akapit drugi, projekt zostaje poddany ponownej analizie. Próg ten wynosi jedną czwartą w przypadku projektu aktu ustawodawczego dotyczącego przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, przedłożonego na podstawie artykułu 76 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Po ponownej analizie, Komisja lub, w stosownym przypadku, grupa Państw Członkowskich, Parlament Europejski, Trybunał Sprawiedliwości, Europejski Bank Centralny lub Europejski Bank Inwestycyjny, jeżeli projekt aktu ustawodawczego pochodzi od nich, mogą postanowić o podtrzymaniu, zmianie lub wycofaniu projektu. Decyzja ta musi być uzasadniona. 3. Ponadto, jeżeli w ramach zwykłej procedury ustawodawczej uzasadnione opinie o niezgodności wniosku dotyczącego aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości stanowią co najmniej zwykłą większość głosów przyznanych parlamentom narodowym zgodnie z ustępem 1 akapit drugi, wniosek zostaje poddany ponownej analizie. Po ponownej analizie Komisja może postanowić o podtrzymaniu, zmianie lub wycofaniu wniosku. Jeżeli Komisja postanowi podtrzymać

„przewodniczący Rady przekazuje uzasadnione opinie lub opinie danej instytucji lub organowi”³³. Na analizę zasługuje tu pojęcie „uzasadnionej opinii”, jakim posługuje się Protokół. Chodzi tu, jak się wydaje, nie o to, że opinia ma być uzasadniona, co kładłoby punkt ciężkości na jej zawartość (bo wtedy rodziłoby się pytanie: czyje zdanie ma tu przesądzać o jej „zasadności”), a o to, że ma ona być istotna i zawierać wyjaśnienie motywacji.

W art. 4 Protokołu przesądzono, że termin między przekazaniem parlamentom narodowym projektu aktu ustawodawczego w językach urzędowych Unii a datą jego wpisania do porządku obrad Rady w celu jego przyjęcia albo stanowiska w sprawie procedury ustawodawczej wynosi osiem tygodni. W pilnych przypadkach możliwy jest wyjątek, uzasadniany w akcie lub stanowisku Rady. Z wyjątkiem przypadków pilnych, które zostały należycie uzasadnione, w ciągu tych ośmiu tygodni nie zawiera się żadnego porozumienia w sprawie projektu aktu ustawodawczego. Ponadto, z wyjątkiem przypadków pilnych, które zostały należycie uzasadnione, termin między wpisaniem projektu aktu ustawodawczego do porządku obrad Rady a przyjęciem stanowiska wynosi dziesięć dni.

Konstrukcja ta ma na celu zapewnienie niezbędnego czasu, by parlamenty narodowe przeprowadziły skutecznie proces opiniodawczy. Uwzględnia on czas na ewentualne zasięgnięcie opinii ekspertów i przygotowanie ich uwag, które mogłyby być wykorzystane w procedurze parlamentarnej. Instytucja trybu pilnego nie

wniosek, powinna przedstawić uzasadnioną opinię określającą przyczyny, dla których uważa, że wniosek ten jest zgodny z zasadą pomocniczości. Wspomniana uzasadniona opinia, a także uzasadnione opinie parlamentów narodowych powinny zostać przekazane ustawodawcy Unii w celu ich wzięcia pod uwagę w ramach procedury ustawodawczej: a) przed zakończeniem pierwszego czytania ustawodawcy (Parlament Europejski i Rada) rozważa zgodność wniosku ustawodawczego z zasadą pomocniczości, biorąc w szczególności pod uwagę powody podane i podzielane przez większość parlamentów narodowych, jak również uzasadnioną opinię Komisji; b) jeżeli większością głosów wynoszącą 55% członków Rady lub większością głosów oddanych w Parlamencie Europejskim prawodawca stwierdzi, że jego zdaniem wniosek nie jest zgodny z zasadą pomocniczości, wniosek ustawodawczy nie będzie dalej analizowany.

Artykuł 8. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w zakresie skarg w sprawie naruszenia przez akt prawodawczy zasady pomocniczości wniesionych przez Państwo Członkowskie zgodnie z zasadami określonymi w artykule 263 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub przekazanych przez nie zgodnie z jego porządkiem prawnym w imieniu jego parlamentu narodowego lub izby tego parlamentu. Zgodnie z zasadami określonymi w tym samym artykule skargi takie mogą być również wnoszone przez Komitet Regionów w odniesieniu do aktów ustawodawczych, do których przyjęcia Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wymaga jego konsultacji.

Artykuł 9. Komisja przedkłada co roku Radzie Europejskiej, Parlamentowi Europejskiemu, Radzie i parlamentom narodowym sprawozdanie w sprawie stosowania artykułu 5 Traktatu o Unii Europejskiej. To sprawozdanie roczne jest również przekazywane Komitetowi Ekonomiczno-Społecznemu i Komitetowi Regionów.

³³ Por. A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, op.cit., s. 91 i n. oraz J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, op.cit., s. 191 i n.

wzbudza tu wątpliwości, ponieważ znana jest także z procedur w parlamentach narodowych. Warto wskazać, że nie przewidziano żadnych reguł dla takich pilnych przypadków. O ile można uznać, że termin ośmiotygodniowy jest zbyt długi, o tyle celowe byłoby określenie pewnych minimalnych granic. Rada bowiem w pilnym przypadku nie jest związana żadnymi regułami. Zasada, że chodzi tu o przypadki, które „zostały należycie uzasadnione”, nie może tu być uznana za wystarczającą, gdyż nie określono procedury, w ramach której parlamenty narodowe mogłyby zakwestionować takie uzasadnienie. Na pełną ocenę skutków tej konstrukcji trzeba będzie poczekać. Dopiero bowiem praktyka jej stosowania pokaże, czy chodzi tu rzeczywiście o sytuacje wyjątkowe czy też jest to furtka, przez którą dochodzi do zasadniczego podważenia tej formuły o istotnym znaczeniu gwarancyjnym dla parlamentów narodowych.

Racjonalnym uzupełnieniem prezentowanych reguł jest to, że porządki obrad i wyniki posiedzeń Rady, w tym protokoły posiedzeń Rady rozpatrującej projekty aktów ustawodawczych, są przekazywane bezpośrednio parlamentom narodowym, równocześnie z ich przekazaniem rządów państw członkowskich (art. 5). Jeśli natomiast Rada Europejska, jak stanowi art. 6, zamierza powołać się na art. 48 ust. 7 akapit 1 lub 2 TUE, parlamenty narodowe są informowane o tej inicjatywie Rady Europejskiej co najmniej na sześć miesięcy przed przyjęciem jakiegokolwiek decyzji. Uzupełnieniem tych dyspozycji jest art. 7 Protokołu, w myśl którego Trybunał Obrachunkowy przekazuje swoje sprawozdanie roczne parlamentom narodowym w celach informacyjnych, równocześnie z przekazaniem go Parlamentowi Europejskiemu i Radzie UE.

Najistotniejsze znaczenie ma przewidziane już w Protokole w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności³⁴ uprawnienie parlamentu narodowego lub każdej izby parlamentu narodowego, by w terminie ośmiu tygodni od daty przekazania projektu w językach urzędowych Unii (jak stanowi art. 6) „przesłać przewodniczącym Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji uzasadnioną opinię zawierającą powody, dla których uznaje, że dany projekt nie jest zgodny z zasadą pomocniczości”. Do parlamentu narodowego lub izby parlamentu narodowego należy przy tym konsultowanie się, w stosownym przypadku, z parlamentami regionalnymi mającymi kompetencje ustawodawcze.

W przypadku gdy takie opinie o niezgodności stanowią co najmniej jedną trzecią głosów przyznanych parlamentom narodowym, projekt zostaje poddany ponownej analizie (art. 7 ust. 1). Próg ten jest niższy dla WPZiB i wynosi jedną czwartą w przypadku dotyczącym przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (art. 7 ust. 2).

³⁴ Dz.Urz. UE, 17.12.2007, C 306/150. Por. A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, op.cit., s. 91 i n. oraz J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, op.cit., s. 191 i n.

Tak więc „system wczesnego ostrzegania”, przewidziany w traktacie konstytucyjnym, ale niewdrożony w życie, uzyskał szansę realizacji, w znaczący sposób wzmacniając pozycję parlamentów narodowych we wspólnotowych procesach prawotwórczych.

W Protokole w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej znalazły się też postanowienia dotyczące współpracy międzyparlamentarnej. Artykuł 10 stanowi: „Konferencja organów parlamentarnych wyspecjalizowanych w sprawach Unii może przedkładać wszelkie uwagi, które uzna za właściwe, pod rozwagę Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. Konferencja ta wspiera ponadto wymianę informacji i najlepszych praktyk pomiędzy parlamentami narodowymi a Parlamentem Europejskim, w tym między ich wyspecjalizowanymi komisjami. Może także organizować konferencje międzyparlamentarne na wybrane tematy, w szczególności w celu omówienia zagadnień wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, w tym wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony. Uwagi przedłożone przez konferencję nie wiążą parlamentów narodowych ani nie przesądzają ich stanowiska”. Odnosi się to do Konferencji Komisji do Spraw Unijnych Parlamentów Unii Europejskiej, dla określenia której używa się skrótu COSAC³⁵. Jest ona strukturą poziomą, stanowiącą forum współpracy parlamentów narodowych państw członkowskich UE, ustanowioną w dniach 16–17 listopada 1989 r. w Paryżu. W konferencjach COSAC biorą udział sześćoosobowe delegacje komisji ds. europejskich państw członkowskich, a także – na równych prawach – sześćoosobowa delegacja Parlamentu Europejskiego. COSAC zbiera się dwa razy do roku w państwie aktualnej prezydencji Rady.

COSAC został inkorporowany do Traktatu o Unii Europejskiej przez traktat z Amsterdamu. TUE stanowi, że COSAC „może wnieść każde przedłożenie, jeśli uzna za stosowne zwrócenie uwagi instytucji Unii Europejskiej”, ale „te stanowiska nie powinny w żadnym stopniu wiązać parlamentów narodowych lub przesądzać ich stanowiska”. COSAC może też rozpatrywać każdy projekt aktu prawnego lub każdą inicjatywę ustawodawczą związaną z ustanowieniem obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, które mogą mieć bezpośredni wpływ na prawa i wolności jednostek, przy czym są o tym informowane Parlament Europejski, Rada i Komisja. Konferencja może także przedłożyć Parlamentowi, Radzie i Komisji każdą propozycję, którą uzna za odnoszącą się do działań prawodawczych Unii, w szczególności za dotyczącą stosowania zasady pomocniczości, obszaru wolności, bezpieczeństwa i wymiaru sprawiedliwości, jak również praw podstawowych. Mimo ograniczonego charakteru uprawnień COSAC wskazywano, że „instytucja ta wpisuje się w logikę kompensacji słabości Parlamentu Europejskiego przez włączenie

³⁵ Jest on akronimem francuskiej nazwy konferencji: *Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires*.

narodowych organów ustawodawczych w europejskie działania w dziedzinach »wrażliwych« stosunków między Unią a państwami członkowskimi»³⁶.

Nie sposób stwierdzić, czy Traktat z Lizbony w szczególności sposób wzmacnia usytuowanie COSAC. W Protokole posłużono się ogólną formułą „konferencji organów parlamentarnych wyspecjalizowanych w sprawach Unii”, co może wskazywać na elastyczne podejście w odniesieniu do przyszłego kształtu tego organu. Potwierdzone zostało inkorporowanie go do TUE, dokonane już w traktacie z Amsterdamu. Kompetencja do przedkładania „wszelkich uwag, które uzna za właściwe” wydaje się wzmacniać pozycję tego organu, przy silnym wszelako zaakcentowaniu jego opiniotwórczego charakteru. Jest bowiem oczywiste, że uwagi te nie są wiążące dla Parlamentu Europejskiego, Rady ani Komisji. Zarazem ponowne podkreślenie, że „uwagi przedłożone nie wiążą parlamentów narodowych ani nie przesądzają ich stanowiska” dobitnie wskazuje, że COSAC nie stanowi reprezentacji parlamentów narodowych, a w konsekwencji nie może sobie rościć prawa do odgrywania roli porównywalnej z pozycją Parlamentu Europejskiego. Jest to znamienne w sytuacji, gdy wysuwane były propozycje utworzenia drugiej izby Parlamentu Europejskiego³⁷, m.in. w postaci Senatu Europejskiego³⁸, przy czym jeden z rozważanych wariantów przewidywał podniesienie do tej rangi COSAC.

Postanowienia protokołów dołączonych do Traktatu z Lizbony, dotyczących roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej oraz zasad subsydiarności i proporcjonalności wskazują, że mimo niepowodzenia próby ratyfikacji Konstytucji dla Europy udało się ochronić te postanowienia, które wiążą się z umocnieniem parlamentów narodowych w unijnym procesie decyzyjnym. Nie potwierdziły się więc obawy, że odrzucenie traktatu konstytucyjnego zniweczy szansę na umocnienie roli Parlamentu Europejskiego, a także na zwiększenie znaczenia parlamentów narodowych, zwłaszcza w procesie kontroli zgodności aktów prawnych z zasadą pomocniczości³⁹. Wartości te uwzględnione zostały bowiem w Traktacie z Lizbony.

³⁶ E. Popławska, *Zasada subsydiarności w traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2000, s. 107–108.

³⁷ Por. R. Grzeszczak, *Parlamenty państw członkowskich w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 205. Propozycje utworzenia dwuizbowego Parlamentu Europejskiego wysunęli m.in. politycy niemieccy: J. Fischer i J. Rau. Zob. R. Grzeszczak, *Legitymizacja demokratyczna Unii Europejskiej (Ewolucja procesu legislacyjnego i rola parlamentów narodowych)*, w: *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, J. Kranz (red.), Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 237.

³⁸ Zob. G. van der Schyff, G.-J. Leenknegt, *The Case for a European Senate: a Model for the Representation of National Parliaments in the European Union*, „Zeitschrift für öffentliches Recht” 2007, nr 2, s. 239.

³⁹ Zob. H.F. Köck, *European Parliament and National Parliaments in the Draft Constitution for Europe*, w: *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, B. Banaszak (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 38.

Nie znaczy to, że Traktat z Lizbony przynosi zasadniczy przełom w charakterze procesu decyzyjnego w UE. Pozostaje on w dalszym ciągu zdominowany przez przedstawicieli rządów państw członkowskich, ale parlamenty narodowe uzyskały nową funkcję „strażnika zasady pomocniczości”. Mimo że efektem zasygnalizowania niezgodności z zasadą pomocniczości jest jedynie poddanie sprawy ponownej analizie, a Komisja może podtrzymać swe dotychczasowe stanowisko, zastrzeżenia, które uzyskałyby tak istotny zasięg, nie mogłyby być zlekceważone. Dopiero praktyka stosowania tej reguły pokaże, jak często i z jakim skutkiem parlamenty narodowe będą sięgały po ten instrument, ryzykując napięcie w stosunkach z Komisją Europejską (a może nawet zakłócenie czy zablokowanie procedur decyzyjnych, zwłaszcza legislacyjnych). Wtedy też będzie można dokonać pogłębionej analizy faktycznego znaczenia tej zmiany systemowej.

Traktat z Lizbony, wzmacniając pozycję parlamentów narodowych, a także poszerzając kompetencje Parlamentu Europejskiego, oznacza krok w kierunku zmniejszenia „deficytu demokracji” w Unii Europejskiej, ale nie prowadzi do pełnego wyeliminowania tego zjawiska (choć TUE odwołuje się także do demokracji pośredniej, a w takim ujęciu zanika deficyt). Ów deficyt wynika z konstrukcji reprezentowania państw w unijnych procesach decyzyjnych przez rządy⁴⁰. Tak długo, jak ten model będzie obowiązywał, nie sposób wyeliminować „deficytu demokracji” (bezpośredniej), a można działać jedynie na rzecz jego ograniczenia, poszerzając pola aktywności parlamentów narodowych, Parlamentu Europejskiego⁴¹, a także społeczeństwa obywatelskiego.

3. Debata nad rolą parlamentów narodowych w Unii Europejskiej pod rządami Traktatu z Lizbony

3.1. Debata na forum Konferencji Przewodniczących Parlamentów Unii Europejskiej (KPPUE)

Po wejściu w życie Traktatu z Lizbony przewodniczący parlamentów UE podkreślali wagę wdrożenia nowych uprawnień parlamentów narodowych dla sprawnego i demokratycznego funkcjonowania Unii i osiągnięcia efektywnych korzyści dla jej obywateli. Zachęcają oni parlamenty do wspólnych działań i wypracowania metod,

⁴⁰ Zob. J. Jaskiernia, *Kompetencja rządu do reprezentowania państwa we wspólnotowych procesach decyzyjnych a problem „deficytu demokracji” w Unii Europejskiej*, w: *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Mariana Grzybowskiego*, J. Czajowski i in. (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, s. 134.

⁴¹ J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 71 i n.

które z poszanowaniem narodowych zasad konstytucyjnych i tradycji przyczynią się do rozwinięcia współpracy międzyparlamentarnej i umożliwią zwiększenie demokratycznej legitymizacji unijnych decyzji. W opiniach na forum KPPUE⁴² dla wzmocnienia współpracy międzyparlamentarnej przewidzianej przez Traktat z Lizbony należy wykorzystywać istniejące struktury oraz unikać tworzenia nowych. Nie warto zwiększać liczby spotkań międzyparlamentarnych, lecz częściej odwoływać się do nowoczesnych technologii (np. videokonferencji), a także rozwijać elastyczną, szybką i skuteczną koordynację współpracy poprzez: 1) wzmocnienie funkcji koordynująco-planującej KPPUE; 2) zwiększenie zaangażowania komisji branżowych, zarówno we współpracę międzyparlamentarną, jak i monitorowanie zasady pomocniczości; 3) rozwijanie roli przedstawicieli parlamentów narodowych w Brukseli; 4) usprawnianie platformy IPEX⁴³.

Głównym kanałem wymiany informacji między parlamentami, w tym dotyczących zasady pomocniczości, powinien być IPEX, pomimo pozytywnej oceny i pracy grupy roboczej COSAC. KPPUE zachęca parlamenty do szybkiej wymiany informacji za pośrednictwem platformy IPEX poprzez m.in.:

- aktualizowanie na bieżąco informacji dotyczących kontroli projektów legislacyjnych i wzajemną wymianę informacji w ciągu ośmiu tygodni;
- publikowanie w języku angielskim lub francuskim streszczeń najważniejszych stanowisk oraz opinii parlamentów narodowych odnoszących się do pomocniczości;
- wymianę najlepszych praktyk w zakresie przepływu informacji dzięki współpracy Rady IPEX ze stałymi przedstawicielami parlamentów narodowych w Brukseli i Sekretariatem COSAC.

KPPUE podkreśla duże znaczenie parlamentów narodowych w ocenie i kontrolowaniu budowy obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (OWBiS) oraz definiowania nowych priorytetów. Wysuwa postulat intensyfikacji dialogu politycznego w OWBiS, jak również w odniesieniu do wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (dialog zainteresowanych komisji).

Problemy roli parlamentów narodowych i współpracy międzyparlamentarnej pod rządami Traktatu z Lizbony mają zostać przedyskutowane podczas koordynowanej otwartej debaty parlamentów narodowych na stronie IPEX (dostępne tylko dla parlamentów narodowych (IPEX Parliamentary Forum on the Lisbon Treaty - Lisbon Forum)).

⁴² Por. np. Konferencja Przewodniczących Parlamentów Unii Europejskiej. Konkluzje Prezydencji, Paryż, 27–28 lutego 2009 r.

⁴³ IPEX to akronim od *Interparliamentary EU Information Exchange*, czyli systemu komunikacji elektronicznej parlamentów państw UE. Uruchomiony w 2004 r. jest obsługiwany przez trzech korespondentów państw UE. Sekretarz Generalny Anders Forsberg kieruje grupą sterującą IPEX, reprezentującą przedstawicieli Danii, Francji, Polski, Szwecji, Wielkiej Brytanii i Włoch.

COSAC z kolei podkreśla, że rozwój mechanizmów umożliwiających parlamentom narodowym korzystanie z rozszerzonych uprawnień przyznanych im przez Traktat z Lizbony zależy od nich samych⁴⁴. W związku z tym konieczne jest wzmocnienie dialogu między parlamentami oraz pełna współpraca instytucji europejskich w celu wymiany informacji z parlamentami. W odniesieniu do mechanizmu wczesnego ostrzegania COSAC ustaliła, na podstawie raportu grupy roboczej przedstawicieli parlamentów narodowych przy UE ds. wprowadzenia w życie Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, że istnieje rozbieżność opinii między parlamentami narodowymi w sprawie ich współpracy przy stosowaniu tego protokołu. Parlamente były zgodne w następujących kwestiach:

- należy jak najwcześniej i w sposób elastyczny wymieniać informacje, w celu wzajemnego ostrzegania się o obawach związanych z zasadą pomocniczości;
- najbardziej właściwym forum wczesnego przekazywania informacji na temat pomocniczości oraz oficjalnych decyzji parlamentów w tej kwestii jest IPEX, który należy rozwijać (np. tworząc wiarygodną bazę danych zawierającą kompletne informacje na temat sytuacji w parlamentach narodowych w tym zakresie);
- przedstawiciele parlamentów w Brukseli są najbardziej skutecznym kanałem stałej wymiany wczesnych i nieformalnych informacji;
- istotna byłaby wymiana informacji z Parlamentem Europejskim na temat różnych aspektów zasady pomocniczości;
- COSAC mogłaby być forum wymiany między parlamentami narodowymi dobrych praktyk dotyczących stosowania wymienionego Protokołu.

Zdaniem COSAC ważne jest ustanowienie między instytucjami Unii Europejskiej a parlamentami narodowymi dobrze funkcjonujących procedur dotyczących kontroli parlamentarnej nad Europolem i oceny Eurojustu. COSAC zwróciła się do Komisji, aby zebrała ona opinie parlamentów narodowych i Parlamentu Europejskiego przed finalizacją wniosków dotyczących kontroli parlamentarnej nad Europolem i oceny Eurojustu. Poprosiła także Radę i Parlament Europejski o rozpoczęcie dialogu z parlamentami narodowymi po przedstawieniu tych wniosków przez Komisję, dając im odpowiedni termin na wyrażenie opinii. Wezwała prezydencję hiszpańską do priorytetowego traktowania dalszej dyskusji na ten temat⁴⁵. Parlamente narodowe mogą przekazywać uzasadnione opinie o projektach, zwłaszcza ich zgodności z zasadą pomocniczości i proporcjonalności.

⁴⁴ Konkluzje XLII COSAC, 5–6 października 2009 r. (pkt 1–2).

⁴⁵ Wkład XLII spotkania COSAC. Sztokholm 5–6 października 2009 r. (pkt 1). Por. *Note on the definition of legislative acts under the EU Treaties attached to the letter of the Chairman of the European Scrutiny Committee of the UK House of Commons, 28 January 2010.*

3.2. Debata na forum Parlamentu Europejskiego

7 maja 2009 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie rozwoju stosunków pomiędzy Parlamentem Europejskim a parlamentami krajowymi w kontekście postanowień Traktatu z Lizbony (sprawozdawca: Elmar Brok). Parlament wezwał do wypracowania nowych form dialogu między nim a parlamentami narodowymi; stworzenia stałej sieci komisji branżowych i zapewnienia środków finansowych na organizację spotkań tych komisji (pkt 6, 7 i 10); stworzenia eurodeputowanym szerszych możliwości działania (także nieformalnych) na forum parlamentów narodowych (pkt 9 i 10); włączenia Parlamentu Europejskiego do „inicjatywy Barrosa” (pkt 16); zintensyfikowania współpracy w zakresie finansowania WPZiB oraz EPBiO (pkt 19); wzmocnienia nadzoru nad rządami w zakresie realizacji polityk i działań UE (pkt 4, 5, 13); odniósł się także do zadań i organizacji pracy COSAC i udziału w nich Parlamentu Europejskiego (pkt 21–24)⁴⁶.

25 listopada 2009 r. Parlament Europejski przyjął decyzję w sprawie dostosowania Regulaminu Parlamentu Europejskiego do Traktatu z Lizbony. Jednocześnie zdecydowano, że zmiany tego Regulaminu, które dotyczą stosunków Parlamentu Europejskiego z parlamentami narodowymi, zostaną rozpatrzone w późniejszym terminie. 17 grudnia 2009 r. zaś, w związku z wejściem w życie Traktatu z Lizbony, Konferencja Przewodniczących Parlamentu Europejskiego zwróciła się do przewodniczącego Parlamentu Europejskiego o przeprowadzenie wstępnych rozmów z przewodniczącymi parlamentów narodowych w celu ustanowienia nowego systemu współpracy międzyparlamentarnej do maja 2010 r., a także powołała grupę sterującą, która w ścisłej współpracy z przewodniczącym będzie omawiać wszelkie środki odnoszące się do parlamentów narodowych i służące wprowadzeniu w życie postanowień Traktatu z Lizbony⁴⁷.

3.3. Stanowisko Komisji Europejskiej

W liście z 1 grudnia 2009 r. przewodniczący i wiceprzewodnicząca Komisji Europejskiej przekazali parlamentom narodowym szczegółowe ustalenia dotyczące trybu współpracy w trakcie kontroli przestrzegania zasady pomocniczości. Wskazali w nim m.in. na następujące istotne kwestie:

⁴⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 7 maja 2009 r. w sprawie rozwoju stosunków pomiędzy Parlamentem Europejskim a parlamentami krajowymi w kontekście postanowień Traktatu z Lizbony, P6_TA(2009)0388.

⁴⁷ Por. Protokół z posiedzenia Konferencji Przewodniczących PE, 17 grudnia 2009 r., s. 13, 22 oraz Decyzja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dostosowania Regulaminu Parlamentu Europejskiego do Traktatu z Lizbony, P7_TA(2009)0088.

- termin ośmioletniowy biegnie od momentu przekazania ostatniej wersji językowej danego dokumentu, jest on wymieniany w liście przewodnim (*lettre de saisine*), a sierpień nie wlicza się do biegu terminu;
- Komisja weźmie pod uwagę wszystkie uzasadnione opinie parlamentów narodowych, nawet jeśli będą podawać różne podstawy niezgodności i odnosić się do różnych postanowień projektu.

Jednocześnie autorzy listu podkreślają, że Komisja uznaje mechanizm wczesnego ostrzegania za element swoich szerszych stosunków politycznych z parlamentami narodowymi, i zapowiadają kontynuację dialogu politycznego (tzw. inicjatywa Barrosa). Per Westerberg, przewodniczący szwedzkiego Riksdagu i przewodniczący KPPUE, odpowiadając na list przewodniczącego i wiceprzewodniczącej Komisji, pozytywnie ocenił propozycje Komisji co do trybu współpracy w ramach mechanizmu wczesnego ostrzegania. Podkreślił znaczenie ogólnej kontroli spraw UE przez parlamenty narodowe oraz konieczność wymiany poglądów speakerów z Komisją na temat monitorowania⁴⁸.

Warto wskazać, że na Komisji spoczywa szczególna odpowiedzialność za implementację przepisów i decyzji w sprawie zwiększenia roli parlamentów narodowych w procesie prawodawczym.

3.4. Inne obszary wpływu, rola wyroku FTK a państwa członkowskie

Artykuł 12 TUE wymienia aspekty aktów prawnych kontrolowane przez parlamenty narodowe. Bardzo ważna jest proporcjonalność tych aktów, czyli dostosowanie użytych w akcie środków do założonych celów, a więc taki kształt aktu, który pozwoli na jego efektywność przy jak najniższej dolegliwości dla odbiorców. Jest to bardzo istotne w obszarze praw człowieka oraz w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (lit. c). Istotne znaczenie mają tu procedury kładki (art. 48 ust. 7 TUE) i specjalnej procedury kładki (art. 31 ust. 3 TUE) czy klauzuli elastyczności (art. 352 ust. 2 TFUE), a także działania w ramach art. 49. We wszystkich tych sferach parlamenty narodowe mogą mieć istotny wpływ na działalność prawotwórczą Unii. Umocnienie roli parlamentów krajowych może się przyczynić do podniesienia legitymacji demokratycznej Unii, a także wzmocnienia pozycji państw członkowskich⁴⁹. Tak zwana procedura kładki zwiększa elastyczność procesu decyzyjnego. O zamyśle podjęcia tego rodzaju decyzji muszą być jednak informowane parlamenty narodowe z wyprzedzeniem sześciu miesięcy (art. 48

⁴⁸ Por. D.M. Farrell, R. Scully, *Representing Europe's Citizens?...*, *op.cit.*, s. 79 i n.

⁴⁹ Do parlamentów narodowych odnosi się szereg postanowień traktatu lizbońskiego oraz dwa dołączone do niego protokoły: w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej oraz w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności (omówione wcześniej).

ust. 7 TUE). Umocniono też kontrolę stosowania procedury kładki w odniesieniu do prawa rodzimego (art. 81 ust. 3 *in fine* TFUE) oraz tzw. klauzuli elastyczności (art. 532 TFUE, d. art. 308 TWE). Traktat lizboński wskazuje, że „zwracanie uwagi” odbywa się „w ramach procedury kontroli stosowania zasady pomocniczości” (ust. 2); jeśli więc projekt decyzji byłby objęty zasadą pomocniczości, może zostać uruchomiona omówiona wyżej procedura jej przestrzegania. Zakres partycypacji parlamentów narodowych przy specjalnej procedurze kładki (na co zwracano uwagę w komentarzach do wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego – FTK – *vide* niżej) jest zdecydowanie mniejszy.

Zgodnie z wyrokiem FTK⁵⁰ wraz z ratyfikacją Traktatu z Lizbony wprowadzono w RFN dwie ustawy poszerzające uprawnienia niemieckiego parlamentu w sprawach UE⁵¹. Istotne jest tu zwłaszcza wprowadzenie procedury wniosku Bundestagu i Bundesratu do Trybunału Sprawiedliwości UE o weryfikację aktu prawnego UE pod kątem naruszenia reguły subsydiarności, co można uznać za wzmocnienie roli parlamentów narodowych⁵².

Należy zauważyć, że niezależnie od efektywności przyszłej praktyki, regulacje Traktatu z Lizbony wywarły już w wielu krajach (oprócz RFN) wpływ na powstanie

⁵⁰ Szerzej J. Barcz, *Wybrane problemy związane z wyrokiem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30.06.2009 r. na temat zgodności Traktatu z Lizbony z Ustawą Zasadniczą RFN*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 13.

⁵¹ 24 kwietnia 2008 r. przyjęte zostały ustawy: nowelizująca Ustawę Zasadniczą (UZ) oraz rozszerzająca i wzmacniająca uprawnienia Bundestagu i Bundesratu w sprawach Unii Europejskiej, zaakceptowane przez Bundesrat. Pierwsza ustawa została prawidłowo ogłoszona (Bundesgesetzblatt I vom 16. Oktober 2008 /S. 1926/) i weszła w życie wraz z Traktatem z Lizbony. Postanowienia drugiej wymagały zmiany art. 23 i 45 UZ RFN (§ 86 wyroku). Zasadniczą zmianą przewidzianą przez pierwszą ustawę, zgodnie z § 82 wyroku, będzie stworzenie na gruncie UZ RFN (nowy art. 23 ust. 1a) procedury występowania przez Bundestag i Bundesrat do Trybunału Sprawiedliwości UE celem weryfikacji aktu prawnego UE pod kątem naruszenia reguły subsydiarności. Bundestag będzie zobligowany uczynić to na wniosek jednej czwartej ustawowego składu izby.

⁵² Druga z ustaw towarzyszących ustawie ratyfikacyjnej stworzyła instrumenty pełnego korzystania z praw w partycypacji, które zostały przyznane przez Traktat z Lizbony (w tym prawa do wydania tzw. umotywowanych opinii), mających zabezpieczyć ochronę zasady subsydiarności. Ustawa zapewnia przedkładanie przez Rząd Federalny Bundestagowi i Bundesratowi szczegółowych informacji dotyczących wskazanych działań „bez zbędnej zwłoki”, najpóźniej jednak dwa tygodnie po rozpoczęciu ośmioletniego okresu. Bundestag i Bundesrat będą we własnym zakresie przyjmować decyzje zawierające zastrzeżenia dotyczące subsydiarności, które zostają przekazane do Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, a także jako informacja Rządowi Federalnemu.

Doktryna uznała, że omawiany wyrok tworzy kanon wskazówek „odpowiedzialnej integracji”, a więc respektującej prawa krajowej legislacji, a także proces współpracy między władzą ustawodawczą i wykonawczą w perspektywie integracji. Trybunał postanowił również ustalić granicę pomiędzy kompetencjami instytucji unijnych a organami RFN. FTK już wcześniej ostrzegał organy Unii, aby przestrzegały granic swoich kompetencji i nie stosowały daleko idącej wykładni norm, co może upoważniać do działań *ultra vires*.

regulacji współdziałania rządów i parlamentów krajowych państw członkowskich w procesie partycypacji. Odnosi się to również do Polski⁵³.

4. Podsumowanie

Analiza roli (głównie prawotwórczej) parlamentów narodowych na poziomie nowej Unii (w porównaniu do starej UE i Wspólnot) wskazuje na jej wyraźny wzrost. Parlamente narodowe przebyły długi proces umacniania swojej pozycji. W procesie odzyskiwania „utraconych” ongiś prerogatyw należy odnotować wyraźną tendencję do demokratyzacji Unii, zwłaszcza pod kątem realizowania przez parlamente funkcji kontrolnej i prawodawczej. Odnotować tu należy zwłaszcza dwa momenty. Pierwszy – po wejściu w życie Jednolitego aktu europejskiego i Traktatu o Unii Europejskiej, rozszerzających swobodę działania Wspólnot i Unii. Drugi – w perspektywie rozszerzenia Unii o 12 państw, w tym kraje Europy Środkowo-Wschodniej. Logiczna wydaje się ocena uprawnień przyznanych parlamentom narodowym w projekcie Traktatu z Lizbony według założeń określonych w Deklaracji z Laeken.

Omawiając wzmocnienie roli parlamentów narodowych w UE, autorzy eksponują problem deficytu demokracji. Są podstawy, by twierdzić, że ujęcie takie jest mało precyzyjne. Chodzi tu bowiem wyłącznie o deficyt demokracji bezpośredniej. W ujęciu TUE i TFUE wszystkie instytucje i organy UE mają charakter przedstawicielski realizowany w sposób pośredni lub bezpośredni. Warto wskazać, że niewiele struktur nie może funkcjonować w systemie reprezentacji bezpośredniej. Natomiast niedostatek tej formy demokracji pomniejszany jest istotnie wieloma normami (zasadami) wprowadzonymi przez TUE i TFUE, w tym zasadą aktywizacji społeczeństwa obywatelskiego⁵⁴.

Warto wskazać, że projekt wykreowania nowej instytucji reprezentującej parlamente narodowe (nowego modelu parlamentu UE) nie zyskał akceptacji członków Konwentu i koncepcja upadła na etapie prac nad przyszłą Konstytucją Unii. Pozostałe kwestie zyskały jednak przychyłność zarówno grup roboczych, jak i członków Konwentu. Zostały one potem zaakceptowane również przez Konferencje Międzyrządowe w 2004 i 2007 r. oraz zawarte w projekcie Traktatu z Lizbony. Za znaczący należy uznać obowiązek uprzedniego informowania parlamentów krajowych, jako warunek procedur uchwalania aktów prawnych. Interesująca ocena postanowień traktatu lizbońskiego w odniesieniu do parlamentów narodowych została zawarta

⁵³ Zob. polską ustawę z 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej, Dz.U. Nr 213, poz. 1395.

⁵⁴ Por. J. Barcz, *Unia Europejska na rozstajach. Traktat z Lizbony...*, op.cit., s. 35 i n.

w artykule *The Treaty of Lisbon: Implementing the institutional innovations*⁵⁵. Wskazano tam zwłaszcza na szerokie włączenie parlamentów narodowych do norm traktatowych odnoszących się do Przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a także do procedury *passarelle* i klauzuli elastyczności. Największe jednak znaczenie dla umocnienia pozycji parlamentów narodowych mają regulacje dotyczące ich uczestnictwa w procesie monitorowania zasady pomocniczości. Zasadzie tej nadano status probierza poprawności projektów legislacyjnych, a zadanie takiej oceny przydzielono parlamentom narodowym. Pozostająca także do ich dyspozycji zasada proporcjonalności wydaje się odgrywać tu auksyliarną rolę.

Wejście w życie traktatu lizbońskiego powinno umożliwić parlamentom krajowym wywieranie istotnego wpływu na unijny proces legislacyjny. Umiejętne wykorzystanie przez te parlamenty przyznanych im prerogatyw może przyczynić się do poprawy wizerunku legitymacji demokratycznej Unii, a także celowości i skuteczności tworzenia aktów prawnych, nie mówiąc o ich lepszym wyprofilowaniu dla dobra wspólnego. Skuteczność parlamentów w znacznej mierze zależy będzie od ich możliwości podjęcia w odpowiednim terminie uchwały o niezgodności danego projektu aktu prawnego z zasadami proporcjonalności i pomocniczości, a więc od ich inicjatywy. Wykreowanie tej efektywnej procedury kontrolnej będzie się również wiązało z koniecznością stworzenia kompetentnego zaplecza eksperckiego. Ale przede wszystkim będzie wymagało zerwania z oportunistycznym i tendencjami biurokratycznymi (które skłaniają zwykle do kwitowania tego typu problemów w stylu „nie wnosimy uwag”). W parlamentach dwuizbowych stworzenie efektywnej i fachowej procedury wydaje się dużo trudniejsze. Ważną rolę będzie odgrywać współpraca między poszczególnymi parlamentami państw UE. Powinna ona być na tyle sprawna, by umożliwić osiągnięcie w ośmiotygodniowym terminie odpowiedniej większości umożliwiającej zgłaszanie Komisji Europejskiej zastrzeżeń do projektów unijnych aktów prawnych (a więc ich faktyczne blokowanie). Nie można wykluczać prób harmonizacji procedur pracy parlamentów narodowych, chociaż byłoby to trudne do osiągnięcia – każdy parlament ma własną historię, doświadczenia i procedury. Istotną rolę w wypracowaniu skutecznego mechanizmu kontroli może więc odgrywać współpraca międzyparlamentarna (z wymianą doświadczeń i dobrych praktyk) oraz stworzenie efektywnych kanałów szybkiej wymiany informacji. Jednakże i te działania są bardzo praco- i czasochłonne, a działania wszystkich parlamentów cierpią na deficyt czasu. Istotny byłby oczywiście przepływ informacji o dokonywanej przez parlamenty narodowe selekcji projektów aktów prawnych. W przeciwnym razie może się okazać, iż każdy z parlamentów zajmuje się innymi dokumentami, co uniemożliwiłoby osiągnięcie większości niezbędnej do zakwestionowania ich zgodności z zasadą pomocniczości bądź proporcjonalności.

⁵⁵ *The Treaty of Lisbon: Implementing the institutional innovations*, CEPS, November 2007.

A podchodząc do rzeczy realnie – można zakładać, że obie obawy spełnią się w większości przypadków.

Chociaż stosowanie przyjętych w Traktacie z Lizbony rozwiązań może i powinno przyczynić się do pogłębienia kontroli demokratycznej nad działaniami instytucji UE, zwiększenia zainteresowania i zaangażowania parlamentarzystów narodowych w sprawy europejskie, nie brak obaw. Szersze włączenie parlamentów narodowych w proces stanowienia prawa może przyczynić się do wydłużenia i tak długiego procesu decyzyjnego w Unii, tym samym zagrażając jego efektywności (i to jest wielki, potencjalny mankament). Nie można wykluczyć również wykorzystywania spraw europejskich i uprawnień parlamentów do politycznych rozgrywek (wewnętrznych i międzypaństwowych) w postaci nieuzasadnionego blokowania procesu decyzyjnego. Do takiego wniosku skłania faktyczny brak możliwości weryfikacji obiektywności i rzetelności opinii zgłaszanej przez parlamenty w ramach systemu wczesnego ostrzegania. Zasada subsydiarności i proces jej stosowania pozostawia w praktyce znaczny margines uznaniowości. Warto przy tym zauważyć, że wnikliwe analizowanie projektów aktów UE i zgłaszanie zastrzeżeń przez wszystkie parlamenty narodowe prowadziłyby do (nawet całkowitego) zablokowania procesu prawodawczego UE. A taka konstatacja może podawać w wątpliwość rzetelność intencji „unijnego prawodawcy” w omawianej sferze.

Licząc na dobrą wolę parlamentów krajowych, a także aktywne uczestnictwo w procesie prawotwórczym Unii, punktem wyjścia ich działań będzie przede wszystkim sprawna wymiana przedmiotowych informacji oraz koordynacja działań. Pewne kroki w tym kierunku zostały już podjęte w ramach Konferencji Przewodniczących Parlamentów Państw UE oraz na forum COSAC. Istotną rolę, żeby nie obciążać dodatkowo zapracowanych parlamentarzystów krajowych, ma też do odegrania elektroniczny system IPEX.

Mimo wszystko można mieć uzasadnione obawy, że w większości przypadków odpowiednie komisje parlamentów krajowych będą kwitowały otrzymywane projekty unijnych aktów prawnych w sposób oportunistyczny i mechaniczny. Wtedy wielki wysiłek i rozwijany historycznie mechanizm na rzecz zaangażowania parlamentów narodowych w unijny proces prawotwórczy nie odniesie skutku, choć z czasem parlamenty będą się przekonywać do aktywnego w nim udziału.

Bibliografia

- Agostini M.V., *The role of national parliaments in the Future EU*, *The International Spectator*, vol. XXXVI, Nr 4, October – December 2001.
- Barcik J., Wentkowska A., *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

- Barcz J., *Możliwość reformy ustrojowej UE w warunkach odrzucenia Traktatu konstytucyjnego*, w: *Prezydencja niemiecka a stan debaty o reformie Unii Europejskiej. Aspekty politycznoprawne*, J. Barcz (red.), Wydawnictwo Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Zarządzania, Warszawa 2007.
- Barcz J., *Przewodnik po Traktacie Konstytucyjnym*, Warszawa 2005.
- Barcz J., *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, LexisNexis, Warszawa 2008
- Barcz J., *Unia Europejska na rozstajach. Traktat z Lizbony. Dynamika i główne kierunki reformy ustrojowej*, wyd. 2, IW Europrawo, Warszawa 2010.
- Barcz J., *Wybrane problemy związane z wyrokiem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30.06.2009 r. na temat zgodności Traktatu z Lizbony z Ustawą Zasadniczą RFN*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9.
- Brodecki Z., Drobysz M., Majkowska S., Pyć D., Tomaszewska M., Żużewicz I., *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Z. Brodecki (red.), LexisNexis, Warszawa 2006.
- Duina F., Oliver M.J., *National Parliaments in the European Union: Are There any Benefits to Integration?*, „European Law Journal” 2005, nr 2.
- Farrell D.M., Scully R., *Representing Europe's Citizens? Electoral Institutions and the Failure of Parliamentary Representation*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Górka M., *Udział Parlamentu Europejskiego i parlamentów narodowych w procedurach legislacyjnych w Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2.
- Grzeszczak R., *Legitymizacja demokratyczna Unii Europejskiej (Ewolucja procesu legislacyjnego i rola parlamentów narodowych)*, w: *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, J. Kranz (red.), Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006.
- Grzeszczak R., *Miejsce parlamentów narodowych w architekturze instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej i UE – scenariusze zmian*, w: *Unia Europejska w dobie reform. Konwent Europejski – Traktat Konstytucyjny – Biała Księga w sprawie rządzenia Europą*, VIII Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 27–28 marca 2003 r., C. Mik (red.), Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2004.
- Grzeszczak R., *Parlamenty państw członkowskich w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004.
- Jaskiernia J., *Kompetencja rządu do reprezentowania państwa we wspólnotowych procesach decyzyjnych a problem „deficytu demokracji” w Unii Europejskiej*, w: *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Mariana Grzybowskiego*, J. Czajowski i in. (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007.
- Jaskiernia J., *Rozwój instytucjonalny Unii Europejskiej a problem „deficytu demokracji”*, w: *Forum Spraw Publicznych, VII Konferencja, Przyszłość Unii Europejskiej*, 10 czerwca 2006, LAM – Wydawnictwo Akademii Finansów, Warszawa 2006.
- Kiiver P., *The Composite Case for National Parliaments in the European Union: Who Profits from Enhanced Involvement?*, „European Constitutional Law Review” 2006, nr 2.
- Köck H.F., *European Parliament and National Parliaments in the Draft Constitution for Europe*, w: *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, B. Banaszak (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004.

- Kudej M., *Postępowanie ustawodawcze w Sejmie RP*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002.
- Kudej M., *Proces ustawodawczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Postępowanie ustawodawcze*, E. Zwierchowski (red.), Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1993.
- Kuś A. (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, KUL, Lublin 2010.
- MacCarthy M., *Conceptualizing the Role of National Parliaments in the EU System of Governance*, „Administration” 2006, nr 3.
- Marszałek-Kawa J., *Parlament Europejski a parlamenty narodowe w Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Mado, Toruń 2005.
- Martinelli S., *Le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne*, „Revue du droit de l'Union européenne” 2004, nr 4.
- Mauer A., *Parlamenty narodowe po Amsterdamie: adaptacja, dostosowanie skali oraz sukcesywna europeizacja*, Dokument przygotowany na posiedzenie grupy roboczej XXIV Konferencji Specjalnych Komisji Parlamentarnych ds. Europejskich (COSAC), 8–9 kwietnia 2001 r.
- Maurer A., *Parlamenty narodowe po Amsterdamie: adaptacja, dostosowanie skali oraz sukcesywna europeizacja*, w: *Rola parlamentów narodowych w perspektywie rozszerzenia UE oraz Konferencji Międzyrządowej 2004*, Warszawa 2002.
- Neunreither K., *The Democratic Deficit of the European Union: Towards Closer Cooperation between the European Parliament and National Parliaments*, „Government and Opposition” 1994, nr 3.
- O'Brennan J., Raunio T., *National Parliaments within the Enlarged European Union: from „Victims” of Integration to Competitive Actors?*, Routledge, London 2007.
- Popławska E., *Formy współpracy parlamentów w Unii Europejskiej*, w: *Parlamenty a integracja europejska*, M. Kruk, E. Popławska (red.), Warszawa 2002.
- Popławska E., *Organy i procedura stanowienia prawa wspólnotowego oraz udział w niej państw członkowskich*, w: *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.
- Popławska E., *Zasada subsydiarności w traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2000.
- Schyff G. van der, Leenknecht G.-J., *The Case for a European Senate: a Model for the Representation of National Parliaments in the European Union*, „Zeitschrift für öffentliches Recht” 2007, nr 2.
- Sozański J., *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie Lizbońskim*, PWP Iuris, Warszawa 2010.

Summary

Law-making role of the national parliaments in the European Union after the Lisbon Treaty

Initially a little role of national parliaments in the Communities, and after the Maastricht Treaty also in the European Union, has gradually grown, especially in relation to law-making process. The

Maastricht Treaty introduced obligation (which has been increased by the Treaty of Amsterdam) to inform national parliaments about legislative plans and to send them legal acts drafts, created in this way their influence on the EC and the EU's legislative process. The Lisbon Treaty made dependent any legislative procedures upon earlier (8 weeks) sending of draft acts to the national parliaments, which received monitoring competences linked with principles of subsidiarity and proportionality. The obligation involved also acts of ancient second and third pillars. Will national parliaments profit from this competence (the first experiences are so far negative)? Which are the advantages and disadvantages of mentioned mechanism?

Autonomia biegłego związana z przeprowadzeniem ekspertyzy

1. Wprowadzenie

Organy prowadzące postępowanie karne w szerokim zakresie korzystają z dowodów z opinii biegłego. Biegły, czyli osoba mająca wiadomości specjalne, zostaje powołany do udziału w sprawie wówczas, gdy stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga owych wiadomości. Realizując natomiast swoją procesową rolę, biegły przeprowadza ekspertyzę, w ramach której wykonuje czynności badawcze i wydaje opinię.

Celem opracowania jest analiza autonomii biegłego w zakresie przeprowadzania ekspertyzy. Tym samym dążono do uzyskania odpowiedzi na następujące pytania: w jakim stopniu biegły zachowuje niezależność podczas przeprowadzania ekspertyzy, dokonuje samodzielnych ocen oraz co stanowi granicę jego czynności. W konsekwencji w opracowaniu dokonano analizy autonomii biegłego w sferze:

- kompletowania materiału badawczego;
- czynności badawczych realizowanych w ramach ekspertyzy;
- wyboru metody badań;
- sformułowania opinii.

Opracowanie wskazuje także na obowiązki organu procesowego – określenia zakresu i przedmiotu ekspertyzy, wpływających na kierunek prowadzonych czynności badawczych oraz dokonania kontroli i oceny pracy biegłego.

Podkreślona w przepisach rozdziału 22 ustawy karnoprosesowej¹ zasada formalnego kierowania przez organ procesowy ekspertyzą ma niewątpliwie

* Dr, Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm., dalej „k.p.k.”.

charakter procesowo-organizacyjny. Jej istota sprowadza się do podjęcia decyzji o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego w warunkach, o których stanowi art. 193 § 1 k.p.k., oraz określenia właściwego momentu, w którym powinno to nastąpić. Ponadto organ procesowy dokonuje wyboru wykonawcy ekspertyzy. Oddziałuje również na kierunek prowadzonych czynności badawczych przez określenie przedmiotu i zakresu ekspertyzy, gromadzenie materiału badawczego stanowiącego faktyczną podstawę opiniowania, a także kontrolowanie i ocenę efektów pracy biegłego.

W miarę potrzeby organ udostępnia biegłemu akta sprawy, decydując jednocześnie o zakresie dostępu, i wzywa go do udziału w przeprowadzeniu dowodów. Może również zastrzec swoją obecność podczas przeprowadzania przez biegłego niektórych lub wszystkich badań, pod warunkiem że nie wpłynie to ujemnie na ich wynik.

Organ procesowy jest także władny określić, czy opinia powinna być sporządzona w formie pisemnej czy ustnej. W wypadku zaś, gdy powołuje biegłych różnych specjalności, w myśl art. 193 k.p.k. podejmuje decyzję o tym, czy mają oni przeprowadzić badania wspólnie i wydać jedną opinię czy też opinie odrębne.

Organ procesowy, realizując zasadę formalnego kierowania ekspertyzą, nie może naruszać niezależności biegłego w ocenie materiału badawczego, prowadzeniu badań i wydaniu opinii. Poza sferą wpływu organu procesowego bowiem znajduje się kierowanie merytoryczną stroną ekspertyzy.

Z racji tego, że prawidłowa realizacja badań wymaga wiedzy specjalnej i są one podstawą wydania opinii, za którą odpowiedzialność ponosi wyłącznie biegły, ich wykonanie jest jego osobistym obowiązkiem. Biegły także – biorąc pod uwagę określony przez organ procesowy przedmiot i zakres ekspertyzy, zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz aktualny stan nauki i stosowane w konkretnej dyscyplinie dostępne metody badawcze – podejmuje decyzję w zakresie wyboru metody i techniki badań.

Wykonawca ekspertyzy ocenia również materiał badawczy, którego wartość (ilość oraz jakość) powinna być wystarczająca do przeprowadzenia badań w ramach zleconej przez organ procesowy ekspertyzy.

Formułując opinię, biegły zachowuje autonomię – samodzielność i niezależność w trakcie prac nad sprawozdaniem oraz częścią konkludującą – zawierającą stanowiące wyraz jego stanowiska wnioski końcowe. Podstawą ich opracowania są wyłącznie wyniki przeprowadzonych przez wykonawcę ekspertyzy badań, jego wiedza oraz doświadczenie zawodowe, a także aktualny stan reprezentowanej przez niego dziedziny.

Szerzej kwestie te zostaną rozwinięte w dalszej części opracowania.

2. Autonomia biegłego w sferze oceny materiału badawczego przedłożonego przez organ procesowy wraz ze zleceniem ekspertyzy

Organ procesowy powinien przedłożyć biegłemu do badań materiał, którego wartość powinna być, w ocenie organu, wystarczająca do przeprowadzenia badań w ramach zleconej ekspertyzy. Biegły bowiem, jako osoba z jednej strony mająca specjalistyczną wiedzę, z drugiej zaś zobowiązana do rzetelnego, zgodnego z aktualnym stanem wiedzy zrealizowania badań i wydania na tej podstawie trafnej opinii, jest nie tylko odpowiednio przygotowany, ale również uprawniony do dokonania tej oceny.

Mimo że o zakresie udostępnienia materiału badawczego decyduje organ procesowy, nie może on wkraczać w sferę ocen dokonywanych przez biegłego w odniesieniu do przedmiotu badań. Biegłemu bowiem przynależy prawo samodzielnego organizowania przebiegu ekspertyzy (wszelkich czynności, jakie wolno przedsięwziąć biegłemu podczas opracowywania opinii)².

W konsekwencji po dokonaniu analizy zlecenia zawartego w treści postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, identyfikacji materiału badawczego (w szczególności zorientowaniu się, co stanowi materiał dowodowy, a co ewentualnie porównawczy), sprawdzeniu, czy został on przekazany fizycznie zgodnie z treścią postanowienia, wykonawca ekspertyzy przystępuje do analizy i oceny przydatności materiału do badań oraz jego wystarczalności. Kryteria ocenne dotyczą: poprawności pobrania i zabezpieczenia materiału, ilości oraz stanu nasycenia go znamionami identyfikacyjnymi, rodzaju badań, jakie mają zostać zrealizowane, oraz wykorzystanej w tym celu specjalistycznej aparatury badawczej.

Pozytywna ocena materiału przedłożonego do badań skutkuje przejściem przez biegłego do następnego etapu czynności badawczych – badań identyfikacyjnych lub innych, właściwych dla tej dziedziny wiedzy, która dostarczyła wiadomości specjalnych, niezbędnych do przeprowadzenia ekspertyzy³. W sytuacji zaś negatywnej oceny materiału badawczego, uzasadniającej odmowę przeprowadzenia ekspertyzy w ogóle lub wykonania jej w ograniczonym zakresie, biegły może wystąpić do organu procesowego o uzupełnienie tego materiału, a nawet wskazać kierunek kompletowania lub za zgodą organu wziąć w nim udział, np. wówczas

² T. Tomaszewski, *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000, s. 42.

³ T. Hanausek przedstawia następujący typowy układ czynności badawczych: wstępna analiza materiału przeznaczonego do badań, szczegółowe oględziny materiału porównawczego oraz dowodowego, badania identyfikacyjne, inne badania, eksperymenty badawcze. T. Hanausek, *Ekspertyza kryminalistyczna*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1973, nr 1, s. 90–91.

gdy zostanie wezwany do udziału w oględzinach. Oczywiście w miarę możliwości organ procesowy powinien dążyć do uzupełnienia materiału.

Podkreślić jednak należy, że samodzielne podejmowanie czynności polegających na kompletowaniu materiału stanowiącego przedmiot badań nie leży w zakresie kompetencji procesowych biegłego. Aktywność biegłych nie może prowadzić do przekształcenia ekspertyzy w równoległe śledztwo, badające samodzielnie okoliczności sprawy i zbierające dowody, gdyż sprzeciwiłoby się to istocie ekspertyzy⁴.

Z tego też względu negatywnie należy ocenić praktykę rozsyłania przez biegłych wszelkich wezwań z żądaniem stawiennictwa w celu pobrania próbek. Wykluczone są także inne samodzielne inicjatywy biegłego, np. nie może on dokonywać przeszukań i w rezultacie zatrzymań rzeczy, które mogłyby posłużyć mu za materiał porównawczy, ani przesłuchiwać świadków lub podejrzanych. Nie ma znaczenia, czy są one dokonywane przez biegłego dla wyjaśnienia wątpliwości powstałych w toku ekspertyzy, a ich źródłem jest dążenie do pełnego i wyczerpującego wyjaśnienia zawartych w pytaniach wątpliwości organu procesowego⁵.

3. Autonomia biegłego w zakresie badań realizowanych w ramach ekspertyzy

Osoba, którą ze względu na posiadaną wiedzę bądź doświadczenie zawodowe wezwano do udziału w sprawie w charakterze biegłego, ma obowiązek poprzeździć wydanie opinii przeprowadzeniem badań – z wyjątkiem dotyczącym opinii abstrakcyjnej. Ramy wykonania tego obowiązku wyznacza treść wydanego przez organ procesowy postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. W postanowieniu tym m.in. określony zostaje przedmiot i zakres ekspertyzy⁶, materiał badawczy stanowiący podstawę opiniowania oraz w miarę potrzeby sformułowane zostają pytania szczegółowe.

⁴ J. Sehn, *Dowód z biegłych w postępowaniu sądowym*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3, s. 26.

⁵ T. Widła, *Metodyka ekspertyzy*, w: *Ekspertyza sądowa*, J. Wójcikiewicz (red.), Zakamycze, Kraków 2002, s. 30.

⁶ Z. Kegel definiuje przedmiot ekspertyzy jako zagadnienie dotyczące okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, wymagające do wyjaśnienia wiadomości specjalnych. Z. Kegel, *Ekspertyza ze stanowiska procedury i kryminalistyki*, Wrocław 1976, s. 67. Natomiast zakres ekspertyzy określa on jako:

- to, co warunkuje możliwość zaliczenia czynności procesowej do ekspertyzy, niezależnie od tego, jakiej nazwy użyto na określenie tej czynności w ustawie (np. oględziny połączone z otwarciem zwłok, obserwacja w zakładzie psychiatrycznym);
- granice badawcze, jakie organ procesowy wyznacza biegłemu w ramach przedmiotu ekspertyzy;
- sferę badań, jakie należy przeprowadzić w ramach przedmiotu ekspertyzy w myśl zasad określonych przez daną dziedzinę wiedzy (*ibidem*, s. 81).

Przeprowadzone przez biegłego badania powinny zostać zrealizowane w sposób rzetelny, obiektywny, znajdować oparcie w aktualnym stanie nauki oraz być wykonane na podstawie materiału badawczego o odpowiedniej wartości. W konsekwencji biegły, realizując badania, zachowuje autonomię w zakresie mieszczących się w ich ramach czynności badawczych, w sferze metod oraz technik badawczych wykorzystywanych do stwierdzenia okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy.

Jak wspomniano, wykonanie badań jest osobistym obowiązkiem biegłego. Wyłączenie tego obowiązku nie następuje nawet wówczas, gdy organ procesowy uczestniczy w badaniach, realizując – w myśl art. 198 § 2 k.p.k. – przynależne mu prawo zastrzeżenia obecności podczas badań. Co więcej, nie ogranicza to autonomii badawczej biegłego ani nie inicjuje prawa organu do wkraczania merytorycznego w sferę czynności badawczych. W doktrynie odnajdujemy nadto pogląd, że w sytuacji gdy biegły jest osobą, którą organ prowadzący postępowanie przez fakt powołania w tym charakterze obdarzył zaufaniem, to obecność organu procesowego podczas badań nie tyle powinna należeć do sytuacji wyjątkowych, ile ograniczać się do wypadków, gdy przebieg czynności badawczych biegłego ma istotne znaczenie dla oceny jego opinii albo dokonania ustaleń w sprawie. Tak może być np. w sprawach o przestępstwa drogowe. Podkreśla się także, że obecność organu procesowego wbrew art. 198 § 2 k.p.k. może w następstwie prowadzić do błędnych ustaleń⁷.

Obowiązek osobistej realizacji badań przez biegłego nie wyklucza możliwości podjęcia przez wykonawcę ekspertyzy decyzji o skorzystaniu z pomocy innych osób, zwłaszcza podczas przeprowadzania ekspertyz o szczególnie skomplikowanym charakterze. Chodzi tu np. o asystentów wykonujących czynności pomocnicze czy techniczne oraz konsultantów reprezentujących specjalności związane z analizowaną przez biegłego problematyką.

Z obowiązku osobistej realizacji badań nie wynika prawo przeprowadzającego je biegłego do powoływania dodatkowych biegłych w sytuacji dostrzeżenia potrzeby wyjaśnienia kwestii pozostających poza zakresem reprezentowanej przez niego specjalności. Decyzja ta, mimo że pozostaje w sferze wiadomości specjalnych, należy do organu procesowego. Oczywiście, nie ma przeszkód procesowych, by biegły złożył stosowny wniosek.

Jak już wspomniano, ramy realizowanych przez biegłego czynności wyznacza treść wydanego przez organ procesowy postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. Ujawnienie dodatkowych materiałów badawczych, powzięcie wiadomości o nowej metodzie badań, bezpośredni udział organu procesowego w realizowanych przez biegłego badaniach i analiza uzyskanych na tej podstawie

⁷ L.K. Paprzycki, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Plachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 510.

wyników czy też dokonana w trakcie ich przeprowadzania konsultacja z biegłym mogą powodować zmianę założeń przyjętych przez organ procesowy podczas wydawania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, a w konsekwencji realną potrzebę zmiany przedmiotu i zakresu ekspertyzy.

Podstawę prawną dokonywania zmian w zakresie ekspertyzy lub w postawionych pytaniach oraz możliwość stawiania pytań dodatkowych stwarza art. 198 § 3 k.p.k. Z unormowania tego wynika jednoznacznie, że kompetencje te ma zlecający przeprowadzenie ekspertyzy organ procesowy. Problemem jest, czy jakkolwiek rolę w tym zakresie można przypisać także jej wykonawcy.

Biegły, wyjaśniając zawarte w pytaniach wątpliwości organu procesowego, powinien dążyć do udzielenia jasnej i wyczerpującej odpowiedzi – jeżeli oczywiście jest to możliwe w świetle aktualnego stanu nauki, możliwości technicznych oraz przekazanego materiału badawczego. Czy realizując ów cel, może przekroczyć zakres pytań, a w konsekwencji samodzielnie dokonać zmian w granicach ekspertyzy określonych przez organ procesowy? Jak ma postąpić biegły, gdy np. dostrzeże w przedłożonym materiale informacje, o które zlecający przeprowadzenie ekspertyzy organ procesowy nie pyta, lub gdy zastosowana przez niego metoda badawcza pozwala wyjaśnić kwestie, które nie zostały zawarte w treści postanowienia, a które w ocenie biegłego mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy?

Kwestia zmiany granic ekspertyzy przez biegłego była i nadal jest często podejmowana w doktrynie. Odnajdujemy w niej zarówno poglądy wykluczające taką możliwość, jak i takie, które związaniu biegłego przedmiotem i zakresem ekspertyzy nie przypisują charakteru bezwzględnego.

Reprezentantami pierwszego nurtu są m.in. Z. Kegel i T. Tomaszewski⁸. Z. Kegel twierdzi kategorycznie, że na przeprowadzenie badań, które nie mieszczą się w zakresie ekspertyzy określonym treścią pytania postawionego przez organ procesowy, biegły powinien zawsze uzyskać zezwolenie organu ją zlecającego. Pogląd ten podziela T. Tomaszewski, negując możliwość samodzielnej zmiany przez biegłego wyznaczonego mu przedmiotu i zakresu ekspertyzy, a także samodzielne jego określanie.

Mniej kateryczne stanowisko zajmuje S. Kalinowski. Chociaż – jak twierdzi – w sytuacji gdy zaistnieje potrzeba zbadania nieobjętych pytaniami kwestii należących do dziedziny reprezentowanej przez biegłego, powinien on wniesć o rozszerzenie zakresu ekspertyzy, to jednocześnie dopuszcza możliwość samodzielnego podejmowania przez niego decyzji w tym zakresie. Autor ten uważa bowiem, że biegłemu wolno przekroczyć zakres pytań podstawowych i szczegółowych

⁸ Zob. Z. Kegel, *Ekspertyza...*, op.cit., s. 82-83; T. Tomaszewski, *Dowód z opinii...*, op.cit., s. 67; stanowisko to aprobuje także E. Gruza, *Granice opiniowania przez biegłego*, w: *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów*, Z. Kegel (red.), t. 2, Wrocław 2002, s. 917.

i z własnej inicjatywy udzielić odpowiedzi na inne kwestie, co do których pytań wprawdzie nie zadano, lecz których wyjaśnienie jest nieodzowne dla udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane albo udzielenie pełniejszej, dokładniejszej odpowiedzi⁹. S. Kalinowski dopuszcza także samodzielne rozszerzenie ekspertyzy przez biegłego w wypadku pośpiechu, gdy przedłużenie toku postępowania grozi utratą śladów¹⁰.

Przyjęcie stanowiska o możliwości samodzielnego przekraczania przedmiotu i zakresu ekspertyzy przez biegłego jednak nie jest wskazane ze względów procesowych. W sytuacji gdy biegły dostrzega potrzebę zmiany, powinien poinformować o tym organ procesowy. Ten zaś po dokonaniu analizy spostrzeżeń wykonawcy ekspertyzy może uznać, iż zmiana nie jest celowa, bądź uznając ją za zasadną, wydać postanowienie uzupełniające. Kodeks postępowania karnego – jak już wskazano – dopuszcza bowiem możliwość wprowadzania zmian jedynie przez organ procesowy zlecający przeprowadzenie ekspertyzy.

W praktyce mogą wystąpić także sytuacje, gdy biegły, dostrzegając potrzebę zmiany granic ekspertyzy, stwierdzi jednocześnie, iż wyjaśnienie kwestii, które nie zostały zawarte w treści postanowienia, a które w jego ocenie mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, leży poza zakresem reprezentowanej przez niego specjalności. Powinien on wówczas nie tylko zwrócić uwagę organowi procesowemu na potrzebę wyjaśnienia tych kwestii, ale także wskazać specjalność, z której zakresu należy powołać biegłego lub biegłych¹¹. Pozytywna decyzja organu procesowego znajdzie wówczas odzwierciedlenie w formalnym powołaniu takiej osoby do udziału w sprawie w charakterze biegłego.

Odrębny problem stanowi nieudolne, czy to pod względem merytorycznym, czy gramatycznym, sformułowanie pytań zawartych w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego. W praktyce biegły – w trosce o szybkość, ekonomikę i merytoryczną poprawność opinii – na podstawie własnego doświadczenia i intuicji dokonuje interpretacji tych zapisów. Jak trafnie zauważa E. Gruza, mimo że działanie takie nie jest poprawne z punktu widzenia przepisów ustawy, to nie wydaje się, aby zawsze było naganne. Dotyczy to jednak tylko tych wypadków, gdy błędy zawarte w pytaniach wynikają z braku umiejętnego posługiwania się terminologią kryminalistyczną czy nawet językiem polskim. Nie może zaś dotyczyć interpretacji rozszerzającej, idącej w kierunku wskazującym, co jeszcze można byłoby zrobić z danym materiałem dowodowym i porównawczym, na co zezwala wiedza biegłego, a co nie było zawarte w postanowieniu. Tak daleko idąca interpretacja

⁹ S. Kalinowski, *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972, s. 33.

¹⁰ *Ibidem*, s. 212; podobne stanowisko zajmuje M. Cieślak, w: M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 423.

¹¹ Zob. S. Kalinowski, *Opinia biegłego...*, *op.cit.*, s. 212.

jest niedozwoloną samowolą biegłego, sprzeczną z przepisami, a często także ze zdrowym rozsądkiem¹².

W praktyce opiniodawczej biegły może spotkać się też z innymi problemami. Osobliwym zwyczajem organów procesowych – na co zwraca uwagę T. Widła – jest cedowanie części ich władztwa w analizowanym obszarze na wykonawców ekspertyz. Organy procesowe po wskazaniu, jakich ustaleń oczekują od biegłego, pozostawiają zakres nieomknięty, np. używając sformułowania „i przeprowadzić inne badania według swego uznania”. W takiej sytuacji biegły powinien wykonać zlecenie organu procesowego. O podjęciu badań, których przeprowadzenie byłoby zasadne, mimo że nie wskazano ich wprost w postanowieniu, biegły powinien powiadomić organ, a co więcej zaproponować wydanie postanowienia uzupełniającego, jeżeli owe dotąd niewskazane badania wymagać będą zniszczenia lub choćby uszkodzenia materiału¹³.

4. Autonomia biegłego w zakresie wyboru metody badań

W trakcie realizacji badań biegły zachowuje autonomię w wyborze metod oraz technik badawczych wykorzystywanych do stwierdzenia okoliczności mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Stanowisko to uzasadnia się w doktrynie tym, że decyzja w tym zakresie determinowana jest wiadomościami specjalnymi. Podjąć ją więc może osoba mająca te wiadomości, biorąc pod uwagę:

- podlegające ocenie okoliczności;
- zebrany w sprawie materiał dowodowy;
- aktualny stan nauki i stosowane w konkretnej dyscyplinie nauki dostępne metody badawcze.

Pogląd ten podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z 6 listopada 1987 r.¹⁴ Autonomia biegłych w zakresie wyboru metody badawczej eksponowana jest także w orzeczeniach tego Sądu formułowanych na gruncie obowiązującej ustawy karprocesowej. W jednym z nich, z 25 czerwca 2003 r., Sąd Najwyższy stwierdził, że w doborze metod i badań specjalistycznych biegły jest niezależny od organu procesowego, co nie oznacza, iż nie podlega jego kontroli. Stanowisko organu procesowego w tej materii powinno być wypadkową procesowej powinności stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy oraz doświadczenia i wiedzy biegłych, którzy dzięki posiadanym wiadomościom

¹² E. Gruza, *Granice opiniowania...*, op.cit., s. 917–918.

¹³ T. Widła, *Metodyka ekspertyzy*, op. cit., s. 27–28.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego (SN) z 6 listopada 1987 r., IV KR 502/86, Lex nr 21002.

specjalnym mogą ocenić, czy przeprowadzenie badań specjalistycznych jest uzasadnione i celowe¹⁵.

Należy jednocześnie zauważyć, że wykonawca ekspertyzy podejmuje decyzję o wyborze metody, biorąc pod uwagę kwestie budzące wątpliwości organu zlecającego przeprowadzenie ekspertyzy, co sprawia, że w konsekwencji o wyborze metody przesądzą w pewnym sensie pytania zawarte w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, które przecież formułuje organ procesowy¹⁶.

Co więcej, zlecając przeprowadzenie ekspertyzy, organ procesowy może sugerować wykorzystanie odpowiednich metod badawczych. Wskazania te jednak nie wiążą bezwzględnie biegłego, który musi przedłożyć opinię bezstronną, zgodną z aktualnym stanem wiedzy w określonej dziedzinie. Może zatem pominąć sugerowane metody, jeżeli należycie uzasadni brak celowości ich zastosowania z racji zawodności, nieprzydatności itp. Uzasadnienie takie jest niezbędne ze względu na konieczność późniejszej kontroli oraz oceny opinii.

Autonomia biegłego związana z wyborem metody badań jest ograniczona w sytuacji, gdy organowi procesowemu wiadomo, że zastosowanie konkretnej metody może doprowadzić do nieodwracalnych zmian w materiale badawczym, np. spowodować zniszczenie bądź uszkodzenie dokumentu, a w rezultacie pozbawienie materiału istotnego dla rozstrzygnięcia waloru. Wówczas dokonanie wyboru metody leży w zakresie kompetencji organu procesowego, biegły zaś ma obowiązek podporządkować się jego woli¹⁷.

W kontekście suwerenności biegłego co do wyboru metody badawczej należy dokonać analizy wpływu stron w tym zakresie. Chociaż ich kompetencje nie sięgają tak daleko, aby decydowały, według jakich metod biegli powinni przeprowadzić ekspertyzę¹⁸, to jednak – jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 1987 r. – mają prawo kontrolowania, czy wszystkie dostępne metody badawcze znane są biegłym i czy były wykorzystane. Jeśli biegli nie uznają za celowe posłużenia się niektórymi z nich, powinni swoją decyzję należycie uzasadnić¹⁹. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w doktrynie²⁰.

¹⁵ Postanowienie SN z 25 czerwca 2003 r., IV KK 8/03, Lex nr 80290.

¹⁶ Zob. Z. Doda, A. Gaberle, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Dowody w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1997, s. 101; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 490; Z. Kegel, *O właściwe pojmowanie ustawowych pojęć – „przedmiot” i „zakres” ekspertyzy*, w: *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów*, Z. Kegel (red.), t. 2, Wrocław 2002, s. 893.

¹⁷ Zob. Z. Kegel, *Ekspertyza...*, op.cit., s. 93.

¹⁸ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego (SA) w Krakowie z 27 czerwca 2006 r., II AKZw 403/06, Lex nr 204211.

¹⁹ Wyrok SN z 6 listopada 1987 r., IV KR 502/86, Lex nr 21002.

²⁰ Zob. Z. Doda, A. Gaberle, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego...*, op.cit., s. 101–102; T. Grzegorzczak, *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998, s. 75–76; T. Tomaszewski, *Dowód z opinii...*, op.cit., s. 67.

Rozważenia wymaga także kwestia wykorzystania w procesie karnym metod nowych, dotąd nieznanymi biegłemu, czy takich, które w aktualnym stanie wiedzy nie zostały wielokrotnie sprawdzone. Stanowi to naturalną konsekwencję ciągłego rozwoju nauki i techniki w ogóle. Mimo że postępowania karnego nie można uchronić przed metodami niezbadanymi w wystarczającym stopniu i trudno wytyczyć granicę, poza którą metoda może funkcjonować jako niekwestionowany naukowo dowód²¹, to zjawisko to niewątpliwie należy ocenić pozytywnie. W podejściu do nowych metod jednak należy wystrzegać się dwóch skrajności. Pierwsza z nich polega na bezkrytycznym zaakceptowaniu nowej metody i uznaniu bez zastrzeżeń dokonanych za jej pomocą ustaleń za dowód. Druga jest konsekwencją nadmiernego konserwatyzmu i nieprzyjmowania do wiadomości stałego rozwoju nauki, co prowadzi do niedopuszczania dowodów opartych na nowych, dotychczas niestosowanych metodach identyfikacji²². Należy pamiętać, że rozwój nauki i techniki stwarza coraz lepsze możliwości poznawania prawdy, konserwatyzm prawniczy więc nie powinien ograniczać możliwości poznawczych²³.

Artykuł 193 § 1 k.p.k. nie daje podstaw do generalnego wyłączenia dopuszczalności ekspertyz określonego rodzaju, np. ekspertyzy osmologicznej, czy innych opartych na budzących spory metodach badawczych. Co więcej, przepis ten pozwala sformułować tezę, że dopuszczalne jest wyznaczanie bardzo różnorodnej gamy ekspertyz, a pośrednio także akceptowanie wykorzystywanych w ich ramach metod badawczych, pod warunkiem że te ekspertyzy i metody badawcze pomogą w stwierdzeniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i że stwierdzenie tych okoliczności wymaga wiadomości specjalnych²⁴. W konsekwencji w coraz większej liczbie spraw występują przyobleczone w postać ekspertyzy niezwykle skomplikowane i wyrafinowane techniki oraz metody identyfikacji osób i rzeczy. Stanowi to swoiste wyzwanie dla organów zobligowanych do (swobodnej) oceny takich dowodów. Organy, które dokonują swobodnej oceny dowodów także na podstawie wskazań wiedzy (art. 7 k.p.k.), powinny dysponować choćby ogólnymi kryteriami takiej oceny²⁵.

J. Widacki twierdzi, iż organ, rozstrzygając, czy nierutynowa metoda badań i dokonane za jej pomocą ustalenie może być dopuszczone jako dowód w toczącym

²¹ J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 84.

²² J. Widacki, *Kryminalistyka*, Warszawa 2008, s. 389.

²³ R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciągający*, Wrocław 1999, s. 54.

²⁴ T. Tomaszewski, *Metody badawcze kryminalistyki a nowy kodeks postępowania karnego z 1997 r.*, w: *Problemy współczesnej kryminalistyki*, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), t. 2, Warszawa 1998, s. 341-342; zob. także E. Gruza, *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystywania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7-8, s. 83.

²⁵ J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy...*, op.cit., s. 7.

się postępowaniu i jaką wagę należy przywiązywać do osiągniętych tą metodą wyników, powinien przed podjęciem decyzji uzyskać odpowiedzi na kilka pytań:

- Czy metodę tę oferuje osoba ciesząca się autorytetem naukowym w środowisku nauk sądowych, mająca jako zaplecze liczącą się placówkę naukową?
- Czy oferowana metoda była już opisywana w poważnej literaturze naukowej?

W szczególności, czy opis ten dotyczył:

- teoretycznych, naukowo sprawdzalnych założeń metody i metodyki jej stosowania? Czy opis metodyki jej stosowania był na tyle szczegółowy, że na jego podstawie badanie mógłby powtórzyć inny biegły?
- wartości diagnostycznej metody i jej wydolności, tj. empirycznie ustalonego procentu rozstrzygnięć trafnych, błędnych i ewentualnie procentu braku rozstrzygnięć uzyskanych przy stosowaniu tej metody, a nadto okoliczności, które mają lub mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcia błędne;
- Czy metoda ta była (jest) już stosowana w praktyce sądowej lub śledczej w krajach, w których poziom nauki i techniki w ogólności, a nauk sądowych w szczególności, a także ochrona praw człowieka należy do przodujących na świecie?²⁶

T. Tomaszewski zaś, wypowiadając się odnośnie do ostatecznej oceny wartości dowodowej opinii opartych na nowych bądź kontrowersyjnych (niekonwencjonalnych) metodach badawczych, stwierdza, iż cenną pomocą dla korzystających z opinii biegłych polskich sądów i organów prowadzących postępowanie przygotowawcze mogą być doświadczenia i wskazówki formułowane przez orzecznictwo i praktykę innych krajów. Nie sposób nie przyznać racji temu pogładowi, tym bardziej, że ani w orzeczeniach Sądu Najwyższego, ani w doktrynie nie odnajdujemy wyczerpujących i szczegółowych wypowiedzi dotyczących kryteriów oceny dowodów opartych na nowych metodach badawczych²⁷.

5. Autonomia biegłego związana ze sformułowaniem opinii

Formułując opinię, wykonawca ekspertyzy także zachowuje autonomię – samodzielność i niezależność w trakcie prac nad sprawozdaniem oraz częścią konkludującą, zawierającą stanowiące wyraz jego stanowiska wnioski końcowe. Ich podstawą są wyłącznie wyniki przeprowadzonych przez niego badań, jego wiedza oraz doświadczenie zawodowe, a także aktualny stan reprezentowanej przez niego dziedziny nauki. Za tak opracowaną opinię ponosi on wyłączną odpowiedzialność.

²⁶ J. Widacki, *Kryminalistyka*, *op.cit.*, s. 390–391.

²⁷ Zob. J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy...*, *op.cit.*, s. 9.

Sformułowana przez biegłego opinia oczywiście powinna odpowiadać wymaganiom formalnym określonym przez ustawę karnoproselową. Zgodnie z art. 200 § 2 k.p.k. opinia powinna zawierać w części wstępnej:

- dane personalne oraz pozwalające na ocenę kwalifikacji biegłego (informacje o stopniu i tytule naukowym, specjalności i stanowisku zawodowym);
- dane pozostałych osób uczestniczących w przeprowadzeniu ekspertyzy (jeżeli takie brały w niej udział), z uwzględnieniem czynności dokonanych przez każdą z nich;
- nazwę i siedzibę instytucji - w wypadku opinii instytucji naukowej lub specjalistycznej;
- określenie czasu przeprowadzonych badań;
- datę wydania opinii.

W opinii powinno być zawarte także sprawozdanie z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz wnioski. Podpisy wszystkich biegłych, którzy uczestniczyli w wydaniu opinii, są ostatnim jej elementem.

Dodatkowe wymagania co do treści opinii ustawa karnoproselowa stawia opinii dotyczącej stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Mimo że do tego rodzaju opinii znajdują zastosowanie przepisy o biegłych, zawarte w rozdziale 22 k.p.k., a więc także dotyczące zawartości opinii art. 200 k.p.k., to art. 202 § 5 k.p.k. wprowadza pewne odrębności uzasadnione jej szczególnym charakterem. W konsekwencji w treści opinii biegłych lekarzy psychiatrów powinny zostać zawarte stwierdzenia dotyczące:

- poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia czynu;
- aktualnego stanu zdrowia psychicznego oskarżonego;
- zdolności oskarżonego do udziału w postępowaniu;
- w razie potrzeby okoliczności wskazanych w art. 93 Kodeksu karnego²⁸.

Zawartość opinii psychiatrycznej stanowiła również przedmiot wypowiedzi Sądu Najwyższego²⁹.

Zasadniczymi członami każdego rodzaju opinii są: część opisowo-sprawozdawcza obejmująca sprawozdanie z przeprowadzonych czynności i spostrzeżeń oraz część konkludująca zawierająca wnioski końcowe, będące wyrazem stanowiska biegłego w kwestii wymagającej wiedzy specjalnej (opinia biegłego *sensu largo*; opinia *sensu stricto* jest tożsama z wnioskami w rozumieniu art. 200 § 2 pkt 5 k.p.k.).

²⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

²⁹ Zob. wyroki SN: z 17 października 1983 r., II KR 214/83, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego - Prokuratura Generalna” (OSNPG) 1984, nr 4, poz. 32; z 6 września 1979 r., Rw. 198/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego - Izba Karna i Wojskowa” (OSNKW) 1980, nr 1, poz. 9; z 12 marca 1979 r., I KR 27/79, OSNPG 1979, nr 10, poz. 138; z 5 kwietnia 1978 r., V KR 43/78, OSNPG 1978, nr 11, poz. 124; z 19 września 1973 r., III KR 187/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 18.

Formułując opinię, biegły określa jednocześnie stopień pewności wyciągniętych przez niego wniosków. Wynika to przede wszystkim z tego, że aktualny stan określonej dziedziny nauki nie zawsze umożliwia wydanie opinii kategorycznej. Niekiedy też wypracowane metody upoważniające *in abstracto* do stwierdzeń kategorycznych w konkretnych sytuacjach nie pozwalają na takie opiniowanie bądź to ze względu na charakter materiału badawczego, bądź możliwości techniczne³⁰.

Chociaż biegły tam, gdzie jest to możliwe, powinien formułować opinie kategoryczne i do realizacji tego celu powinien też dążyć organ procesowy, np. przedkładając odpowiedniej wartości materiał badawczy, to biegłemu nie należy odmawiać prawa do wydania opinii prawdopodobnej w sytuacji, gdy kategorycznej wydać nie może. Co więcej, opinię taką należy traktować jako równoprawny środek dowodowy z innymi środkami dowodowymi i opiniami kategorycznymi, podlegający oczywiście kontroli i ocenie organu procesowego³¹.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na negatywne praktyki biegłych: tendencję do formułowania „za wszelką cenę” opinii kategorycznych tam, gdzie brak podstaw ku temu, czy też wręcz przeciwnie – wydawanie opinii prawdopodobnych wówczas, gdy możliwości badawcze pozwalają na wyrażenie wniosków kategorycznych. Źródłem pierwszej z postaw jest najczęściej dążenie do sprostania oczekiwaniom organów procesowych w negatywnym tego słowa znaczeniu, druga zaś jest wynikiem przyjęcia przez biegłego postawy asekuracyjnej bądź zwykłej niewiedzy. Negatywnie również należy ocenić sytuację, gdy wydanie opinii poprzedzone zostaje analizą przekazanych akt sprawy celem „dopasowania” stopnia pewności stwierdzeń zawartych w opinii do całokształtu okoliczności sprawy.

Dlatego też należy zgodzić się z T. Tomaszewskim, że możliwość akceptacji opinii prawdopodobnych powinna być obwarowana dwoma podstawowymi warunkami: opinia i jej wnioski muszą być szczegółowo uzasadnione, wywody biegłego zaś poddane wnikliwej kontroli, i to takiej, która nie jest fikcją, a w konsekwencji bezkrytycznym zaaprobowaniem przedłożonej przez niego ekspertyzy. Jest zarazem oczywiste, że przyznanie opinii prawdopodobnej odpowiednio wysokiej wartości dowodowej i wyważenie jej wpływu na rozstrzygnięcie sprawy jest możliwe tylko na tle innych zebranych w sprawie dowodów, gdyż stanowi ona jedno z ogniw rozumowania organu procesowego³².

³⁰ Zob. Z. Kegel, *Ekspertyza...*, *op.cit.*, s. 128.

³¹ Pogląd taki wyraża T. Tomaszewski, w: *Wartość niekategorycznych opinii biegłych*, „Nowe Prawo” 1981, nr 9, s. 66. Stanowisko to podziela także M. Cieślak, który podkreśla znaczenie opinii probabilistycznej wówczas, gdy wskazuje ona na fakty korzystne dla obrony oskarżonego. Jednocześnie zauważa on, że opinie niesłuszne (a takie musiałyby one być w pewnym odsetku wypadków przy stosowaniu schematycznej zasady, że biegły musi zawsze wypowiedzieć się kategorycznie) byłyby chyba bardziej niebezpieczne niż opinie probabilistyczne – M. Cieślak, w: M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria...*, *op.cit.*, s. 429.

³² T. Tomaszewski, *Dowód z opinii...*, *op.cit.*, s. 120.

6. Kontrola i ocena pracy biegłego przez organ procesowy

Specyfika dowodu z opinii biegłego, przejawiająca się w tym, iż ten rodzaj dowodu pozostaje w sferze wiadomości specjalnych, nie wyklucza czynności kontrolnych i ocennych organu procesowego. Co więcej, stanowią one jego obowiązek. W rezultacie opinia podlega kontroli i ocenie organu procesowego zarówno od strony formalnej oraz logicznej poprawności wnioskowania biegłego, jak i pod kątem merytorycznej trafności zawartych w niej ustaleń i ocen. W szczególności ich zakres obejmuje:

- zastosowane w trakcie przeprowadzania ekspertyzy metody i techniki badawcze;
- spełnianie przez biegłego kwalifikacji zawodowych i moralnych;
- analizę odpowiedzi na sformułowane przez organ pytania ze względu na kryterium ich jasności oraz pełności;
- wystarczalność materiału dowodowego oraz porównawczego, ze względu na jego ilość oraz stan cech identyfikacyjnych i ich przydatność do badań;
- poprawność i sposób przeprowadzenia czynności badawczych;
- badanie opinii pod kątem spójności i logicznego powiązania poszczególnych jej elementów składowych (samego sprawozdania z przeprowadzonych czynności i dokonanych spostrzeżeń, sprawozdania z poprzedzającymi je i następującymi po nim wywodami oraz z wnioskami końcowymi, a także spójności czy stopnia kategoryczności samych wniosków) oraz na tle innych zgromadzonych w sprawie środków dowodowych.

Organ procesowy nie powinien więc bezkrytycznie aprobować ostatecznego efektu pracy biegłego w postaci opinii i w sytuacji dostrzeżenia wad, o których stanowi art. 201 k.p.k., czyli niepełności, niejasności, sprzeczności w samej opinii czy między różnymi opiniami w tej samej sprawie, ma obowiązek dążyć do ich usunięcia przez ponowne wezwanie tych samych biegłych albo powołanie innych.

Opinia biegłego jest jednym ze środków dowodowych możliwych do otrzymania w procesie karnym. Dowód pozytywnie oceniony w trakcie oceny jednostkowej, uznany za trafne wyjaśnienie szczegółowej kwestii, jest powtórnie oceniany finalnie, w kontekście informacji płynących z innych dowodów. Dopiero bowiem wszechstronna ocena wszystkich ujawnionych dowodów i wynikających z nich okoliczności może prowadzić do wykrycia prawdy i poczynienia w tym zakresie ustaleń.

Zewnętrznym wyrazem oceny dokonanej przez organ jest uzasadnienie wydanego orzeczenia. Sąd bowiem ma obowiązek należycie, logicznie i przekonująco uzasadnić swoje rozstrzygnięcie.

7. Wnioski

Autonomia biegłego niewątpliwie dotyczy tych decyzji, które determinowane są wiadomościami specjalnymi. W konsekwencji decyzje te podjąć może osoba mająca odpowiednie wiadomości, biorąc pod uwagę nie tylko takie czynniki, jak podlegające ocenie okoliczności czy zgromadzony w sprawie materiał badawczy, ale również aktualny stan nauki w określonej dziedzinie.

Decyzje biegłego dotyczą wartości przedłożonego do badań materiału badawczego (dowodowego i porównawczego), którego ilość oraz jakość powinna być wystarczająca do przeprowadzenia badań w ramach zleconej przez organ procesowy ekspertyzy, zakresu realizowanych w ramach ekspertyzy czynności badawczych, w szczególności wyboru metody i techniki badań. Również formułując opinię, biegły zachowuje autonomię – samodzielność i niezależność w trakcie prac nad sprawozdaniem oraz częścią konkludującą zawierającą – stanowiące wyraz jego stanowiska – wnioski końcowe.

Mimo że organ procesowy określa przedmiot i zakres ekspertyzy w postanowieniu o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, nie może wkraczać w sferę ocen dokonywanych przez biegłego w ramach realizowania przynależnego mu prawa organizowania sobie ekspertyzy, naruszać przynależnej biegłemu autonomii badawczej. Nie wyklucza to natomiast podejmowania przez organ procesowy czynności kontrolnych i ocennych. Organ ten nie ma bowiem obowiązku, by uznawać bezkrytycznie każdy efekt pracy biegłego; co więcej ma uprawnienie do przyjęcia bądź odrzucenia wydanej przez niego opinii.

Bibliografia

- Cieślak M., w: M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991.
- Doda Z., Gaberle A., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Dowody w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1997.
- Gruza E., *Granice opiniowania przez biegłego*, w: *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów*, Z. Kegel (red.), t. 2, Wrocław 2002.
- Gruza E., *Przyczynek do zagadnienia dopuszczalności i wykorzystywania „dowodów naukowych” w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7-8.
- Grzegorzczak T., *Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1998.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009.
- Hanausek T., *Ekspertyza kryminalistyczna*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1973, nr 1.
- Jaworski R., *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999.

- Kalinowski S., *Opinia biegłego w postępowaniu karnym*, Warszawa 1972.
- Kegel Z., *Ekspertyza ze stanowiska procedury i kryminalistyki*, Wrocław 1976.
- Kegel Z., *O właściwe pojmowanie ustawowych pojęć – „przedmiot” i „zakres” ekspertyzy*, w: *Problematyka dowodu z ekspertyzy dokumentów*, Z. Kegel (red.), t. 2, Wrocław 2002.
- Paprzycki L.K., w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Sehn J., *Dowód z biegłych w postępowaniu sądowym*, „Nowe Prawo” 1956, nr 3.
- Tomaszewski T., *Dowód z opinii biegłego w procesie karnym*, Kraków 2000.
- Tomaszewski T., *Metody badawcze kryminalistyki a nowy kodeks postępowania karnego z 1997 r.*, w: *Problemy współczesnej kryminalistyki*, E. Gruza, T. Tomaszewski (red.), t. 2, Warszawa 1998.
- Tomaszewski T., *Wartość niekategorycznych opinii biegłych*, „Nowe Prawo” 1981, nr 9.
- Widacki J., *Kryminalistyka*, Warszawa 2008.
- Widła T., *Metodyka ekspertyzy*, w: *Ekspertyza sądowa*, J. Wójcikiewicz (red.), Zakamycze, Kraków 2002.
- Wójcikiewicz J., *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000.

Summary

Autonomy of an expert witness in preparing opinion

The paper analyses the autonomy of an expert witness in: gathering the material for analysis, research procedures, choice of research method and preparing opinion. The author also indicates the duties of the court – defining the scope and subject of opinion influencing the direction of research activities as well as controlling evaluating the expert witness's work.

Umowny zakaz cesji *de lege ferenda*

1. Zagadnienia wprowadzające

Przelew wierzytelności (cesja) jest umową zawieraną przez wierzyciela (cedenta) z osobą trzecią (cesjonariuszem), na mocy której cesjonariusz nabywa od cedenta przysługującą mu wierzytelność (tj. prawo podmiotowe wierzyciela do żądania od dłużnika świadczenia, a nie cały stosunek zobowiązaniowy). Podstawę prawną przelewu stanowi art. 509 § 1 k.c.¹, zgodnie z którym wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią, chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania.

Ustawowy zakaz przenoszenia wierzytelności statuują m.in. art. 449 (w zasadzie wskazujący na niezbywalność wierzytelności odszkodowawczych *ex delicto* przewidzianych w art. 444–448), art. 595 (niezbywalność prawa odkupu), art. 602 (niezbywalność prawa pierwokupu) i art. 912 k.c. (niezbywalność prawa dożywocia). W wymienionych przypadkach chodzi o wierzytelności ściśle związane z osobą uprawnionego. Należy również wskazać, że zakazy przelewu mogą wynikać z przepisów ustaw szczególnych lub unormowań dotyczących innych gałęzi prawa (np. prawa pracy, por. art. 84 k.p.²). Zakazy ustawowe przelewu wierzytelności mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących, co oznacza, że dokonanie cesji z ich naruszeniem powoduje nieważność umowy (art. 58 § 1 k.c.).

Kolejne źródło ograniczeń w zbywaniu wierzytelności wynika z właściwości zobowiązania. Taką właściwość mają liczne wierzytelności o charakterze osobistym, których przeniesienie na inną osobę – mimo braku zakazu ustawowego – stałoby w sprzeczności z charakterem tych wierzytelności (uprawnień). Do tej kategorii wierzytelności należy np. prawo do alimentacji (art. 128 i n. k.r.o.³), prawo zaskarżania

* Doktorant Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

¹ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej „k.c.”.

² Ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.

³ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. Nr 9, poz. 59 ze zm.

przez wierzyciela czynności dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzyciela (art. 527 k.c.), prawo do renty⁴ (art. 903 k.c.) oraz większość umów zlecenia, usług, o dzieło, kiedy spełnienie świadczenia przez dłużnika związane jest z jego cechami osobistymi⁵.

Trzecie źródło ograniczenia w zbywaniu wierzytelności jest związane z *pactum de non cedendo*, czyli zastrzeżeniem umownym wyłączającym lub ograniczającym możliwość przeniesienia uprawnienia (wierzytelności) z umowy w drodze przelewu (tzw. zakaz cesji). Ograniczenie może polegać np. na konieczności uzyskania zgody dłużnika lub spełnieniu innych warunków określonych w umowie⁶.

Zakaz cesji może być zawarty w czynności prawnej kreującej wierzytelność (stosunek obligacyjny) albo w umowie zawartej później (bądź klauzuli dodanej przez strony umownego lub pozaumownego stosunku zobowiązaniowego). Zakaz cesji może być również ustanowiony przed powstaniem stosunku zobowiązaniowego (jako zobowiązanie o charakterze warunkowym).

Wskazując na charakter prawny *pactum de non cedendo*, należy podkreślić, że jest to element złożonego stosunku prawnego o charakterze majątkowym (składającego się z zobowiązania do zapłaty ceny za wierzytelność oraz zobowiązania do nieprzenoszenia wierzytelności), stanowiącego zobowiązanie polegające na nieczynieniu (*non facere*).

2. Zagadnienia szczegółowe dotyczące *pactum de non cedendo*

Możliwość ograniczenia przelewu wierzytelności przez zawarcie porozumienia o zakazie cesji stanowi w polskim prawie odstępstwo od zasady, że przez czynność prawną nie można wyłączyć lub ograniczyć uprawnienia do przeniesienia prawa, które według ustawy jest zbywalne (przenoszalne; art. 57 § 1 k.c.). Regulacja *pactum de non cedendo* zezwala w drodze wyjątku od zasady wyrażonej w art. 57 k.c. na umowne pozbawienie wierzytelności cechy przenoszalności ze skutkiem wobec wszystkich, którzy zechcieliby nabyć taką wierzytelność. Takie ograniczenie jest akceptowane, gdyż wierzytelność jest prawem skutecznym *inter partes*. Ograniczenie zbywalności nie byłoby z kolei możliwe np. w odniesieniu do skutecznego *erga*

⁴ Dopuszczalne jest natomiast zbycie w drodze przelewu poszczególnych, wymagalnych rat rentowych, tak J. Mojak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 142.

⁵ Tak K. Zagrobelny, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), wyd. 4, Warszawa 2011, s. 944.

⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego (SN) z 25 marca 1969 r., III CRN 416/68, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” (OSN) 1970, nr 2, poz. 34.

omnes prawa własności⁷. Tak więc art. 509 k.c. ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 57 k.c.

3. Ograniczanie znaczenia *pactum de non cedendo*

Zastrzeżenie umowne wyłączające lub ograniczające możliwość przeniesienia wierzytelności nie wymaga *de lege lata* dla swojej ważności formy pisemnej czy formy szczególnej. Taka konstrukcja ma na celu szczególną ochronę dłużnika.

Zgodnie 514 k.c., jeżeli wierzytelność jest stwierdzona pismem, zastrzeżenie umowne, iż przelew nie może nastąpić bez zgody dłużnika, jest skuteczne względem nabywcy tylko wtedy, gdy pismo zawiera wzmiankę o tym zastrzeżeniu, chyba że nabywca w chwili przelewu o zastrzeżeniu wiedział. Przywołany przepis wskazuje jedynie na skuteczność takiego zastrzeżenia w przypadku stwierdzenia wierzytelności pismem. Artykuł ten (będący również *lex specialis* w stosunku do art. 57 k.c.) chroni dobrą wiarę nabywcy wierzytelności, w sytuacji gdy wierzytelność jest stwierdzona pismem, a treść dokumentu stwierdzającego wierzytelność nie zawiera wzmianki o umownym zakazie cesji.

Warto w tym miejscu przytoczyć tezę wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2006 r.⁸: „1. W przypadku istnienia kilku dokumentów stwierdzających istnienie wierzytelności zbytej w drodze przelewu, z których tylko część zawiera informację o zakazie dokonywania przelewu bez zgody dłużnika, ocena skuteczności tego zastrzeżenia wymaga ustalenia, w oparciu o jaki dokument wierzyciel wykazał wobec nabywcy wierzytelności jej istnienie. Jeżeli dokument ten nie zawierał wzmianki o zakazie dokonywania przelewu, to *pactum de non cedendo* będzie bezskuteczne wobec nabywcy wierzytelności, chyba że nabywca wierzytelności w chwili przelewu o zastrzeżeniu tym wiedział. 2. Ochrona nabywcy wierzytelności na podstawie art. 514 k.c. nie jest wyłączona, jeżeli pismo stwierdzające istnienie wierzytelności nie zawiera wzmianki o zastrzeżeniu zakazującym dokonania przelewu bez zgody dłużnika, a o zastrzeżeniu tym nabywca wierzytelności mógł się dowiedzieć przy dołożeniu należytej staranności”. W uchwale z 6 lipca 2005 r.⁹ Sąd Najwyższy uznał, że stwierdzenie wierzytelności pismem w rozumieniu art. 514 k.c. może nastąpić także w wyniku wystawienia przez wierzyciela dokumentu (np. faktury) potwierdzającego wykonanie zobowiązania i akceptowanego przez dłużnika. Ze wskazanych orzeczeń wynika, że w judykaturze istnieje zauważalna tendencja do ograniczenia zasięgu skuteczności *pactum de non cedendo* przez łagodzenie regulacji ustawowych.

⁷ Tak K. Zagrobelny, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), *op.cit.* s. 943.

⁸ I CSK 189/05, „Orzecznictwo Sądów Polskich” (OSP) 2007, nr 5, poz. 63.

⁹ III CZP 40/05, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” (OSNC) 2006, nr 5, poz. 84.

Z brzmienia art. 514 k.c. wynika również, że w razie zgody dłużnika na zbycie wierzytelności następuje niejako uchylenie umownego zakazu przelewu wierzytelności (lub innego ograniczenia przelewu). Sytuacja taka nie budzi wątpliwości, jeżeli zgoda dłużnika zostanie udzielona przed zawarciem przez wierzyciela z osobą trzecią umowy powodującej przelew wierzytelności. Umowy takie bowiem są w pełni ważne i skutkują przeniesieniem wierzytelności do majątku osoby trzeciej na podstawie art. 510 k.c. Wątpliwości mogą pojawić się w sytuacji, kiedy zgoda dłużnika zostanie udzielona po zawarciu umowy przenoszącej wierzytelność.

4. Skutki naruszenia umownego zakazu cesji w prawie polskim

Jak wspomniano, jeśli strony postanowią w umowie, że wierzycielowi nie wolno będzie przenieść wierzytelności na inną osobę, to zakaz taki jest skuteczny nie tylko między kontrahentami (*inter partes*), lecz także wobec wszystkich (*erga omnes*), tak że przelew dokonany wbrew niemu jest nieważny. Celem ochrony nabywcy w dobrej wierze ustawa ogranicza ten skutek, lecz tylko w przypadku, gdy co do przelanej wierzytelności istniał dokument. W takiej sytuacji przelew dokonany wbrew umowie będzie ważny, jeśli w dokumencie nie było wzmianki o zakazie przelewu i nabywca polegał na dokumencie, tj. miał uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że prawo wierzyciela do przenoszenia wierzytelności nie jest ograniczone (art. 514 k.c.)¹⁰.

Przelew wierzytelności zatem dokonany wbrew *pactum de non cedendo* nie powoduje przeniesienia wierzytelności do majątku osoby trzeciej (umowa ta nie powoduje skutku rozporządzającego zgodnie z art. 510 § 1 k.c.). Zdaniem J. Mojaka umowa zobowiązująca do przeniesienia wierzytelności zachowuje w opisanej sytuacji ważność, a skutek rozporządzający takiej umowy pozostaje w zawieszeniu. Z chwilą wyrażenia zgody przez dłużnika na przelew (także *per facta concludentia*¹¹) *ipso iure* następuje zrealizowanie się skutku i przejście wierzytelności do majątku osoby trzeciej¹². W opinii tego autora inaczej będzie wyglądała sytuacja naruszenia zakazu cesji i przeniesienie wierzytelności w drodze samoistnej umowy przelewu wierzytelności (na podstawie art. 510 § 2 k.c., tj. w umowie rozporządzającej). Umowa taka będzie z mocy prawa nieważna (art. 509 § 1 w zw. z art. 58 § 1 k.c.). Następcze wyrażenie zgody na przelew wierzytelności przez dłużnika spowoduje uchylenie zakazu *pactum de non cedendo*, ale nie będzie w stanie ożywić bezwzględnie nieważnej umowy

¹⁰ Tak A. Ohanowicz, w: A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970, s. 228.

¹¹ Na przykład przez spełnienie przez dłużnika świadczenia bezpośrednio do rąk cesjonariusza.

¹² J. Mojak, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), *op.cit.*, s. 142; J. Mojak, *Obrót wierzytelnościami*, wyd. 2, Warszawa 2002, s. 45.

przelewu. Przeniesienie wierzytelności przez wierzyciela będzie mogło nastąpić tylko na mocy nowej umowy cesji¹³.

Zdaniem W. Czachórskiego nieważność przelewu wynikająca z ograniczeń co do przeniesienia wierzytelności nie stoi na przeszkodzie powstaniu między zbywcą i nabywcą roszczeń odszkodowawczych czy też roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, mających swe źródło w niewykonaniu obowiązku zbywcy przeniesienia wierzytelności. Stosunek przelewu więc należy odróżnić od stosunku wewnętrznego między zbywcą a nabywcą¹⁴.

5. Zakaz cesji w umowach faktoringowych

W celu zapewnienia ochrony dłużnika w Kodeksie cywilnym przyjęto rozwiązanie w postaci omawianego umownego zastrzeżenia wyłączającego lub ograniczającego możliwość przeniesienia wierzytelności. Takie zastrzeżenie obowiązuje bez względu na to, w jakiej formie zostało wyrażone. Jeżeli więc umowa kreująca wierzytelność została zawarta w formie ustnej, jej cesja nie wywoła skutku rozporządzającego, i to pomimo tego, że cesjonariusz o zastrzeżeniu nie wiedział (poza omówionym wyjątkiem określonym w art. 514 k.c.)¹⁵.

Taka skuteczność *pactum de non cedendo* – pomimo zapewnionej ochrony dłużnika – znacznie utrudnia obrót wierzytelnościami. Jest to szczególnie widoczne w coraz powszechniejszych transakcjach faktoringowych, które w zasadniczej części opierają się właśnie na przelewie wierzytelności. Transakcje faktoringowe, które są częstym źródłem finansowania działalności gospodarczej w Europie, w kontekście klauzul nakładających na wierzycieli zakaz cesji nie mogą być zatem w pełni wykorzystywane w polskim obrocie prawnym.

6. Zagadnienia prawnoporównawcze

Analiza prawnoporównawcza wskazuje na tendencję do ograniczania wpływu porozumień dłużnika z wierzycielem o zakazie cesji na skuteczność przelewu wierzytelności w stosunkach gospodarczych.

W prawie francuskim umowne zastrzeżenie wyłączające lub ograniczające możliwość przeniesienia wierzytelności generalnie zachowuje skuteczność pomiędzy

¹³ J. Mojak, *Obrót wierzytelnościami*, op.cit., s. 46.

¹⁴ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 369.

¹⁵ K. Zagrobelny, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, E. Gniewek (red.), op. cit., s. 953.

stronami tego zastrzeżenia (porozumienia o zakazie cesji). Szczególnego znaczenia nabiera jednak obowiązujący od 2001 r. art. L. 442-6 ust. 2 lit. c Code de commerce (francuski kodeks handlowy), który stanowi, że zakaz cesji wierzytelności, który przyznał sobie producent, kupiec, przemysłowiec albo rzemieślnik (został dla nich przewidziany), a które to wierzytelności miałyby być przeciwko zastrzegającemu zakaz cesji przeniesione na osobę trzecią, jest bezwzględnie nieważny. Dłużnik nie może się też powoływać na uzgodnienia z cedentem, które dotyczą podstawy umowy i w których nie uczestniczył cesjonariusz¹⁶.

W prawie niemieckim dokonanie przelewu wierzytelności wbrew ustanowionemu zakazowi cesji powoduje nieważność przelewu z powodu naruszenia ustawowego zakazu (§ 134 BGB w zw. z art. § 399 HS 2 BGB). Jednakże w 1994 r. pod wpływem nacisków instytucji faktoringowych w Niemczech skuteczność zakazu cesji została w znaczny sposób ograniczona przez wprowadzenie § 354a HGB (niemiecki kodeks handlowy). Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli przelew wierzytelności pieniężnej został stosownie do § 399 kodeksu cywilnego niemieckiego wyłączony przez porozumienie z dłużnikiem, a czynność prawna jest czynnością handlową dla obu stron lub dłużnikiem na jej podstawie jest osoba prawna prawa publicznego albo publicznoprawny majątek odrębny, to przelew dokonany niezgodnie z tym porozumieniem jest skuteczny; dłużnik może jednak spełnić świadczenie ze skutkiem zwalniającym także do rąk cedenta; odmienne uzgodnienia są nieważne”.

W uzasadnieniu nowelizacji niemieckiego kodeksu handlowego, wprowadzającej przywołany § 354a HGB, dostrzeżono, że instytucja *pactum de non cedendo* stała się nie tylko instrumentem ochrony dłużników, lecz także była wykorzystywana przez nich do celów, które nie były z pewnością intencją prawodawcy, a wręcz była wykorzystywana do ograniczania konkurencji i hamowania gospodarki przez ograniczanie swobody obrotu wierzytelnościami¹⁷.

Poddane analizie dla celów niniejszego artykułu akty prawa międzynarodowego regulujące również obrót wierzytelnościami potwierdzają tendencję do ograniczenia skuteczności zakazu cesji. Konwencji UNIDROIT o faktoringu międzynarodowym z 28 maja 1988 r. (Polska nie jest jej stroną) przyjęła w art. 6 ust. 1, że zastrzeżenie o niezbywalności wierzytelności ustanowione między dostawcą a odbiorcą nie stanowi przeszkody do przeniesienia (cesji) tej wierzytelności na faktora (przelew taki zachowuje w pełni swoją skuteczność). Skuteczność przelewu wierzytelności wbrew zakazowi cesji jednak nie narusza obowiązku dobrej wiary ciążącego na dostawcy względem dłużnika ani odpowiedzialności dostawcy z powodu dokonania przelewu wbrew warunkom umowy sprzedaży towarów (art. 6 ust. 3 Konwencji).

¹⁶ F. Schwenke, *Factoring im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main 2006, s. 140.

¹⁷ L. Binder-Degenschild, G. Schandor, *Factoring. Praxis und Rechtsnatur in Österreich*, Wiedeń 2003, s. 104-105.

Podobną regulację zawiera konwencja UNCITRAL o przelewie wierzytelności w handlu międzynarodowym (przyjęta w grudniu 2001 r., obecnie w trakcie ratyfikacji), według której przelew wierzytelności będzie skuteczny mimo odmiennego porozumienia dłużnika z wierzycielem. Jednakże naruszenie tego porozumienia (zakazu cesji) będzie mogło być podstawą odpowiedzialności wierzyciela wobec dłużnika (art. 9).

W kontekście prac nad wspólnym systemem prawa prywatnego w Europie warto przyrzeć się też niewiążącym aktom prawa międzynarodowego, które w myśl ich twórców mają stanowić inspirację dla sądów i ustawodawców, tj. Zasadom międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT z 2004 r. oraz opracowanemu przez Study Group on an European Civil Code oraz European Research Group on Existing EC Private Law (tzw. Acquis Group) Projektowi wspólnej ramy odniesienia (Draft of Common Frame of Reference, DCFR), który został opublikowany na początku 2008 r.

Artykuł 9.1.9 Zasad międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT wskazuje jednoznacznie na skuteczność przelewu wierzytelności wbrew umownemu zakazowi. Według tego przepisu: „1. Przelew prawa do otrzymania zapłaty sumy pieniężnej jest skuteczny pomimo porozumienia między cedentem a dłużnikiem, które ogranicza albo wyłącza możliwość takiego przelewu. Jednakże cedent może odpowiadać za niewykonanie zobowiązania umownego względem dłużnika. 2. Przelew prawa do innego świadczenia jest nieskuteczny, jeżeli sprzeciwia się porozumieniu między cedentem a dłużnikiem, które ogranicza albo wyłącza możliwość przelewu. Jednakże przelew jest skuteczny, jeżeli cesjonariusz w chwili przelewu nie wiedział ani nie mógł wiedzieć o istnieniu porozumienia. W tym wypadku cedent może odpowiadać za niewykonanie zobowiązania umownego względem dłużnika”. Podobnie stanowi propozycja art. III. 5:108 DCFR, która jednak w sposób bardziej rozbudowany reguluje skuteczność ograniczenia zakazu cesji.

7. Wnioski *de lege ferenda* odnośnie do *pactum de non cedendo*

Analiza prawnoporównawcza oraz wskazanie na dostrzeganą coraz bardziej przez polską judykaturę potrzebę dostosowania przepisów o zakazie cesji do potrzeb obrotu gospodarczego (przede wszystkim transakcji faktoringowych) wspierają ogólną tendencję do ograniczenia skutków umowy o wyłączenie swobody przelewu wierzytelności. Zauważalna jest również, przede wszystkim wśród instytucji faktoringowych, potrzeba dostosowania polskiej regulacji dotyczącej zmiany wierzyciela do potrzeb zmieniającego się rynku obrotu wierzytelnościami.

Przelew wierzytelności dokonany wbrew *pactum de non cedendo* powinien w prawie polskim (wzorem wskazanych aktów prawa międzynarodowego) pozostawać co do zasady skuteczny (zgodnie z polską regulacją art. 57 § 1 k.c. ustanawiającą

generalną zasadę możliwości rozporządzania prawem). Zbywca wierzytelności postępujący wbrew zakazowi cesji powinien jednak liczyć się z odpowiedzialnością wobec dłużnika za szkody wynikłe z naruszenia umownego zakazu cesji.

Wzorem art. 9.1.9 Zasad międzynarodowych umów handlowych UNIDROIT warto rozważyć też wprowadzenie wyjątku od zasady pełnej skuteczności przelewu wbrew zakazowi cesji, uzależniając skuteczność takiego przelewu od wiedzy cesjonariusza o istnieniu porozumienia w chwili dokonywania przelewu wierzytelności.

Interesująca z punktu widzenia praktyki obrotu gospodarczego może być też regulacja niemiecka dotycząca spełnienia świadczenia przez dłużnika ze skutkiem zwalniającym także do rąk cedenta (osoby niebędącej już wierzycielem).

W kontekście prac nad nowym kodeksem cywilnym lub jego nowelizacji warto rozważyć zmianę przepisów w zakresie *pactum de non cedendo* w zakresie zaproponowanym w niniejszym artykule.

Bibliografia

- Binder-Degenschild L., Schandor G., *Factoring. Praxis und Rechtsnatur in Österreich*, Wiedeń 2003.
- Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009.
- Mojak J., *Obrót wierzytelnościami*, wyd. 2, Warszawa 2002.
- Mojak J., w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Ohanowicz A., w: A. Ohanowicz, J. Górski, *Zarys prawa zobowiązań*, Warszawa 1970.
- Schwenke F., *Factoring im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main 2006.
- Zagrobelny K., w: E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2011.

Summary

Non-assignment clauses de lege ferenda

The Author does a comparative analysis of the present regulation of the *pactum de non the cedendo* (the non-assignment clause in a contract forbidding the assignment of rights arising under the contract) in the Polish Civil Code (he analyzes the effects of non-assignment clauses under the law of Germany, French, the UNIDROIT Convention on International Factoring, the UNCITRAL Convention on the Assignment of Receivables in International Trade and the *soft law* instruments: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Draft Common Frame of Reference). The analysis concerns the jurisdiction of Polish courts and shows a trend towards the limiting of the effectiveness of the *pactum de non cedendo*.

The paper concludes with proposals of *de lege ferenda* regulations related to the effect of non-assignment clauses in the new or modified Polish Civil Code. The Author proposes that an assignment of a receivable should be effective notwithstanding any agreement between the initial or any subsequent assignor and the debtor or any subsequent assignee which agreement limits in any way the assignor's right to assign its receivables. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract (*pactum de non clause*).

Demokracja lokalna

– referendum lokalne w Polsce

1. Historia referendum lokalnego

Demokracja lokalna stanowi nieodzowny fundament każdej demokracji. Jej rozwój jest najlepszym wskaźnikiem, probierzem wręcz stanu demokracji w każdym państwie¹.

Referendum lokalne idealnie realizuje ideę demokracji lokalnej. Polska nie ma długiej tradycji tej instytucji. W okresie międzywojennym ustawodawstwo polskie nie знаło referendum ani na szczeblu centralnym, ani lokalnym. Dopiero 6 maja 1987 r. Sejm uchwalił ustawę o konsultacjach społecznych i referendum². W świetle jej art. 2 ust. 2 referendum mogło mieć zasięg krajowy lub lokalny. Podejmowanie uchwał o poddaniu określonej sprawy pod referendum lokalne należało do kompetencji rad narodowych. W ustawie z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (obecnie noszącej tytuł: „o samorządzie gminnym”), reaktywującej samorząd terytorialny, unormowano problematykę referendum lokalnego na szczeblu gminy³. W ustawie z 8 marca 1990 r. zadekretowano prawo mieszkańców gminy do podejmowania rozstrzygnięć w referendum lokalnym i uregulowano zasadnicze kwestie dotyczące zakresu, rodzajów i warunków ważności tego referendum, a w sprawach tam nieuregulowanych odesłano do odrębnej ustawy⁴. Z formalnoprawnego punktu widzenia, wobec braku nowej ustawy, przez pewien czas miała zastosowanie ustawa

* Mgr, doktorant na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ J. Kłoczowski, *Demokracja lokalna*, w: A. Miszczuk, *Demokracja lokalna w krajach Europy Środkowo-Wschodniej*, Wydawnictwo Instytutu Europy Środkowo-Wschodniej, Lublin 1995, s. 9.

² Dz.U. Nr 14, poz. 83.

³ Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym, Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.

⁴ E. Olejniczak-Szałowska, *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Difin, Warszawa 2002, s. 31–33.

z 6 maja 1987 r. Dopiero ustawa z 11 października 1991 r. o referendum gminnym⁵ wyłączyła jej stosowanie w odniesieniu do tego typu referendum. W czasie prawie dziesięcioletniego obowiązywania ustawa z 11 października 1991 r. przyczyniła się do ugruntowania instytucji referendum na szczeblu samorządu terytorialnego, na jej niwie orzecznictwo i doktryna sformułowały istotne zasady dotyczące stosowania referendum lokalnego. Określono, że przedmiotem referendum lokalnego może być każda ważna dla gminy sprawa, której załatwienie leży w kompetencjach organów gminy⁶. Z orzecznictwa wywodzi się także inna zasada, w myśl której nie można łączyć referendum w sprawie odwołania rady gminy z referendum w innej ważnej sprawie dla gminy⁷. Na podstawie tej ustawy Naczelny Sąd Administracyjny wskazał istotne elementy wniosku o przeprowadzenie referendum. Wniosek ten musi zawierać pytania referendum odpowiadające istocie sprawy, co do której wypowiedzieli się mieszkańcy gminy, udzielając poparcia inicjatywie jej rozstrzygnięcia w drodze referendum⁸.

Uchwalenie tzw. Małej Konstytucji⁹ niewiele nowego wniosło do meritum regulacji referendum, ale odegrało ważną rolę w procesie konstytucjonalizacji referendum lokalnego, jego „zakotwiczenia” w materii konstytucyjnej. Na podkreślenie zasługuje fakt, że ustawodawca po raz pierwszy posłużył się pojęciem „referendum lokalne” w tekście ustawy konstytucyjnej. Jest to pojęcie szersze niż referendum gminne używane na gruncie ustawy z 11 października 1991 r., albowiem „Mała Konstytucja” przewidywała powołanie jeszcze innych – poza gminą – jednostek samorządu terytorialnego¹⁰. Artykuł 72 ust. 2 stworzył wspomnianą podstawę konstytucyjną do przeprowadzania referendum lokalnego: „Mieszkańcy mogą podejmować rozstrzygnięcia w drodze referendum lokalnego. Warunki i tryb przeprowadzenia referendum lokalnego określa ustawa”¹¹.

W ustawie z 11 października 1991 r. prawo udziału w referendum gminnym zostało zagwarantowane mieszkańcom gminy stale zamieszkującym na jej obszarze i mającym czynne prawo wyborcze do rad gminy. Ustawa ta przewidywała dwa

⁵ Tekst pierwotny Dz.U. z 1991 r. Nr 110, poz. 473, tekst jedn. Dz.U. z 1996 r. Nr 84, poz. 386.

⁶ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) – Ośrodek Zamiejscowy w Krakowie z 17 grudnia 1996 r., II SA/Kr 1766/96, „Wokanda” 1997, nr 8.

⁷ Postanowienie NSA – Ośrodek Zamiejscowy w Białymstoku z 17 marca 1995 r., SA/Bk 393/95, „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego” (ONSA) 1995, nr 4, poz. 189.

⁸ Postanowienie NSA z 22 czerwca 1999 r., II SA 1101/99, „Wokanda” 1999, nr 12.

⁹ Ustawa konstytucyjna z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dz.U. Nr 84, poz. 429 ze zm.

¹⁰ E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002, s. 55–56.

¹¹ W. Czerwiński, *Samorząd terytorialny. Podstawowe przepisy prawne*, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 1996, s. 12.

rodzaje referendum gminnego¹²: fakultatywne – w każdej sprawie ważnej dla gminy oraz obligatoryjne – w sprawie samoopodatkowania mieszkańców oraz w sprawie odwołania rady gminy. Z kolei z przepisów ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym wynikało, że referendum mogło być przeprowadzone z inicjatywy własnej rady gminy lub na wniosek 1/10 mieszkańców uprawnionych do głosowania. Było ono wiążące, jeżeli wzięło w nim udział co najmniej 30% uprawnionych do głosowania¹³. Zgodnie z ustawą z 11 października 1991 r. referendum gminne było przeprowadzane między 30 a 35 dniem od daty opublikowania na terenie gminy uchwały rady w tej sprawie lub od dnia ogłoszenia postanowienia przez Naczelny Sąd Administracyjny. Wynik referendum ustalały powołane w tym celu komisje terytorialne i obwodowe. Koszty referendum pokrywane były z budżetu gminy¹⁴.

W 1995 r. w ustawie z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym wprowadzono zmiany dotyczące referendum. Tak więc referendum w sprawie odwołania rady gminy przed upływem kadencji można było przeprowadzić wyłącznie na wniosek mieszkańców, a także nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia wyborów lub dnia ostatniego referendum w sprawie odwołania rady. Tym samym pozbawiono tego prawa radę gminy oraz ograniczono możliwość przeprowadzenia referendum w każdym czasie kadencji rady gminy. Poprawki te nie zmieniły zasadniczych rozwiązań dotyczących tej instytucji¹⁵.

Kwestia referendum lokalnego ujęta została także w Konstytucji RP z 1997 r.¹⁶ W rozdziale o samorządzie terytorialnym, w art. 170 postanowiono, że członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego¹⁷.

Kolejnymi aktami, w których pojawiło się pojęcie referendum na poziomie lokalnym, były: ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym¹⁸ i ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa¹⁹. W pierwszej była mowa o referendum

¹² W nauce prawa konstytucyjnego sformułowano pogląd, że rodzajem referendum gminnego jest również referendum opiniodawcze, w którym wynik głosowania stanowi jedynie niewiążącą wskazówkę dla organu uchwalającego akt.

¹³ W. Taras, *Referendum gminne w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, w: *Państwo, ustrój, samorząd terytorialny*, M. Chmaj (red.), Wydawnictwo Verba, Lublin 1997, s. 171.

¹⁴ M. Chmaj (red.), *Słownik samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1997, s. 172–173.

¹⁵ M. Sidor, *Referendum lokalne jako forma demokracji bezpośredniej*, w: *Samorząd lokalny w Polsce. Społeczno-polityczne aspekty funkcjonowania*, S. Michałowski, A. Pawłowska (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2004, s. 188–189.

¹⁶ Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁷ E. Olejniczak-Szałowska, *Referendum lokalne w świetle...*, *op.cit.*, s. 35.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 ze zm.

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 ze zm.

powiatowym, a w drugiej – ogólnie o referendum, bez wyróżnika²⁰. Ustawa o samorządzie powiatowym w swej pierwotnej wersji przewidywała referendum obligatoryjne i fakultatywne. Referendum obligatoryjne mogło być zwoływane wyłącznie w kwestii odwołania rady powiatu przed upływem kadencji. Natomiast referendum fakultatywne mogło dotyczyć spraw z zakresu właściwości powiatu. Referendum powiatowe przeprowadzano z inicjatywy rady powiatu lub na wniosek co najmniej 10% mieszkańców uprawnionych do głosowania²¹. Wyniki referendum były wiążące i obowiązywały do rozwiązania rady powiatu, jeśli wzięło w nim udział co najmniej 30% mieszkańców uprawnionych do głosowania²².

Najnowszym aktem w omawianym zakresie jest ustawa z 15 września 2000 r. o referendum lokalnym²³. Ustawa ta w sposób względnie kompleksowy reguluje zasady i tryb przeprowadzania referendum. Zmierza ona do usunięcia niejasności, kontrowersji i ujednolicenia materii prawodawczej dotyczącej referendum.

Pomimo braku tradycji i doświadczeń referendalnych w Polsce obowiązująca regulacja prawna dotycząca referendum lokalnego tworzy odpowiednie podstawy do stosowania tej formy demokracji bezpośredniej²⁴.

2. Pojęcie, rodzaje, przedmiot referendum lokalnego

Prawo jednostki oraz społeczności lokalnej do udziału w sprawowaniu władzy publicznej stanowi we współczesnych państwach demokratycznych jedno z podstawowych praw obywatelskich i politycznych. W Polsce prawo to jest zagwarantowane dzięki instytucji referendum lokalnego²⁵.

Ustawa z 15 września 2000 r. definiuje referendum jako mechanizm, dzięki któremu mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w głosowaniu swoją wolę co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki lub w sprawie odwołania organu stanowiącego tej jednostki²⁶.

²⁰ P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne RP*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 226.

²¹ B. Dolnicki, *Samorząd lokalny. Zagadnienia ustrojowe*, Zakamycze, Kraków 1999, s. 103.

²² A. Jaeschke, *Ustrój samorządu terytorialnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Co znaczył i co znaczy samorząd*, A. Jaeschke, M. Mikołajczyk (red.), Wydawnictwo Naukowe Akademii Pedagogicznej, Kraków 2000, s. 58.

²³ Dz.U. Nr 88, poz. 985 ze zm.

²⁴ E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału...*, op.cit., s. 59.

²⁵ M. Grążawski, *Referendum lokalne jako forma realizacji prawa jednostki do udziału w sprawowaniu władzy publicznej*, w: *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, E. Ura (red.), Wydawnictwo Mitel, Rzeszów 2001, s. 137.

²⁶ W. Kręcis, W. Taras, *Ustawa o referendum lokalnym*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 135.

Określenie „referendum lokalne” może być mylące, ponieważ jest ono przeprowadzane nie tylko na szczeblu lokalnym (gmina, powiat), lecz także na szczeblu regionalnym (referendum wojewódzkie). Od strony technicznej referendum polega na udzieleniu na urzędowej karcie do głosowania pozytywnej lub negatywnej odpowiedzi na postawione pytania albo na dokonaniu wyboru pomiędzy proponowanymi wariantami²⁷.

Artykuł 2 wymienionej ustawy zawiera określenie zarówno istoty, jak i przedmiotu referendum. Obie te kwestie są ze sobą powiązane. Ze względu na to, że referendum ma charakter rozstrzygający, mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego mogą wypowiedzieć się w tej formie tylko w sprawach, które zostały pozostawione do rozstrzygnięcia organom tej jednostki. Sprawy, które mogą być przedmiotem referendum, nie zostały określone w sposób enumeratywny ani szczegółowy. Ustawa nie zawiera też żadnych wyłączeń w tym zakresie. Posłużono się formułą ogólną, zawierającą odesłanie do zakresu działań określonej jednostki samorządu terytorialnego, poszerzoną o sprawy dotyczące odwołania organu stanowiącego, a w przypadku gminy także wójta (burmistrza, prezydenta miasta)²⁸. Sposób sformułowania przedmiotu referendum nie może budzić żadnych wątpliwości. Określenie przedmiotu referendum następuje albo w uchwale organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, albo w informacji o przedmiocie zamierzonego referendum, rozpowszechnianej przez inicjatora referendum. Z tego punktu widzenia bardzo ważną kwestią dla inicjatora referendum jest prawny obowiązek poinformowania o przedmiocie referendum zarówno organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego, jak i mieszkańców wspólnoty samorządowej²⁹.

Generalnie ustawa o referendum lokalnym wyróżnia dwa rodzaje spraw mogących stanowić przedmiot referendum:

- odwołanie organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie także jednoosobowego organu wykonawczego;
- wyrażenie woli co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej jednostki samorządu terytorialnego, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów tej jednostki³⁰.

Ze względu na rodzaj wspólnoty samorządowej, której spraw referendum dotyczy, wyodrębnić można:

²⁷ E. Olejniczak-Szałowska, *Wynik referendum lokalnego i jego skutki*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7–8, s. 15–16.

²⁸ A. Kisielewicz, *Przepisy ogólne*, w: K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

²⁹ W. Dąbkowski, W. Zając, *Referendum lokalne. Praktyczny komentarz do ustawy*, Wydawnictwo Zachodnie Centrum Organizacji, Zielona Góra 2002, s. 20.

³⁰ H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 152.

- referendum gminne w rozumieniu ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym;
- referendum powiatowe w rozumieniu ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym;
- referendum wojewódzkie w rozumieniu ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa³¹.

Ze względu na przedmiot regulacji referendum lokalne może mieć charakter obligatoryjny lub fakultatywny. Referendum obligatoryjne (gdy obowiązek przeprowadzenia referendum wynika z ustawy i decyzja w danej sprawie nie może być podjęta w innej formie) ma miejsce we wszystkich rodzajach referendum w sprawach odwołania organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, a dodatkowo gminnego, gdy przedmiotem jest samoopodatkowanie mieszkańców oraz odwołanie wójta³². Natomiast referendum fakultatywne może być przeprowadzone w każdej innej sprawie dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów określonej jednostki³³.

Szczególnym rodzajem referendum jest referendum w sprawie samoopodatkowania się mieszkańców wspólnoty lokalnej na cele publiczne. Referendum to umożliwia pozyskanie przez organy gminy dodatkowych środków na prowadzoną działalność publiczną. Można więc uznać, że referendum takie jest klasycznym przykładem współdziałania mieszkańców i organów gminy w realizacji postawionych przed nimi zadań, choć nie wyklucza to możliwości zainicjowania procedury wszczęcia referendum w tej sprawie przez samych mieszkańców, nawet wbrew stanowisku organów gminy³⁴.

Ze względu na podmiot inicjujący referendum można wyróżnić:

- referendum z inicjatywy organu samorządu terytorialnego. Organ podejmuje decyzje o przeprowadzeniu referendum większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby członków tego organu. Uchwała w sprawie przeprowadzenia referendum musi zawierać: pytanie lub pytania albo warianty decyzji zaproponowane mieszkańcom, termin przeprowadzenia referendum, wzór karty do głosowania, kalendarz czynności związanych z przeprowadzaniem referendum, a w przypadku referendum w sprawie samoopodatkowania mieszkańców na cele publiczne – wskazanie konkretnego celu i zasad samoopodatkowania³⁵;

³¹ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Difin, Warszawa 2004, s. 306.

³² B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 322.

³³ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 75.

³⁴ P. Uziębło, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 43–44.

³⁵ J. Wojnicki, *Samorząd lokalny w Polsce i w Europie*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Humanistycznej im. A. Gieysztora, Pułtusk 2003, s. 78–79.

- referendum z inicjatywy mieszkańców. Gdy referendum jest zwoływane na wniosek mieszkańców, z jego inicjatywą powinno wystąpić co najmniej 15 obywateli mających prawo wyborcze do organu stanowiącego powiatu lub województwa lub pięciu obywateli, jeśli chodzi o referendum gminne. Ponadto z inicjatywą może wystąpić struktura terenowa partii politycznej lub organizacja społeczna mająca osobowość prawną, gdy jej statutowym terenem działania jest obszar co najmniej danej jednostki samorządu terytorialnego³⁶. Inicjator referendum powiadamia na piśmie przewodniczącego zarządu danej jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójta, o zamiarze wystąpienia z inicjatywą przeprowadzenia referendum. Powiadomienie powinno zawierać dane o inicjatorze oraz określenie sprawy, w której ma zostać przeprowadzone referendum³⁷.

3. Praktyka stosowania referendum lokalnego po 1989 roku

Najistotniejszym motywem zdecydowanej większości referendum lokalnych były antyhegemoniczne postawy i populistyczne żądania. Na około 400 głosowań przeprowadzonych do 2005 r. blisko 90% stanowiły referenda w sprawie odwołania organu (rady, a od 2002 r. także wójta, burmistrza, prezydenta miasta). Bardzo silnym impulsem do rozpoczęcia kampanii na rzecz referendum była chęć odwołania burmistrza. Tu inicjatorami były grupy opozycyjne, niemogące zrealizować tego celu na forum rady gminy. Praktyka początku lat 90. pokazała, że jedynie referenda w sprawie odwołania rady gminy mobilizowały do działania lokalne społeczności. Na tych doświadczeniach opierała się systematyka zaproponowana w połowie lat 90., która szeregowała referenda według następujących kryteriów:

- referenda motywowane politycznie – dotyczyły inicjatyw, które wynikały z niezadowolenia co do układu politycznego w radzie;
- referenda będące skutkiem konfliktów interesów między radnymi, z których część odwoływała się do poparcia mieszkańców;
- referenda wynikające z niskiej kultury prawnej mieszkańców gminy.

W kolejnych latach wzrosła skuteczność referendum, zwiększyła się także ich liczba. Od 2003 r. odwołanie wójta, burmistrza, prezydenta miasta stało się głównym postulatem tego typu inicjatyw. W latach 2004–2005 po raz pierwszy przeprowadzono takie referenda w miastach średnich (np. w Piotrkowie Trybunalskim) oraz dużych (w Szczecinie). Nie udało się tam jednak osiągnąć frekwencji ponad

³⁶ Z. Leoński, *Samorząd terytorialny w RP*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 102.

³⁷ B. Kumorek (red.), *Słownik samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Zachodnie Centrum Organizacyjne, Zielona Góra 2003, s. 330.

30%, dlatego przeprowadzenie referendum lokalnego było skuteczne wyłącznie w gminach liczących najwyżej kilkanaście tysięcy mieszkańców. Niezwykle rzadko odwoływano się do referendum w sprawie samoopodatkowania mieszkańców. Największymi miastami, w jakich doszło do takich głosowań, były Mielec i Starachowice.

Referendum fakultatywne również miało marginalny charakter. Były wśród nich referenda tzw. śmieciowe, w których mieszkańcy sprzeciwiali się inwestycji niosącej (ich zdaniem) zagrożenia ekologiczne, referenda na temat budowy masztu radiowo-telewizyjnego czy lokalizacji lub likwidacji szkół. Najwięcej referendum określanych jako „w ważnej sprawie” dotyczyło przynależności administracyjnej gminy. Jednakże sądowe zastrzeżenie tego typu kwestii do decyzji innych organów władzy powodowało, że takie głosowania miały charakter jedynie opiniodawczy, konsultacyjny. Dopiero po 2003 r. nastąpiła zmiana, kiedy mieszkańcy, wyrażając wolę w takim referendum, mieli wpływ na granice jednostek samorządu terytorialnego, lokalizacji autostrady. W ten sposób poszerzone zostały uprawnienia wspólnoty samorządowej i jej możliwości wywierania wpływu na bieg spraw poprzez instytucję referendum³⁸.

Regionalne rozmieszczenie referendum wykazuje pewną prawidłowość. W ostatniej kadencji najwięcej było ich w województwie warmińsko-mazurskim. Generalnie referenda częściej zdarzały się w północno-wschodniej i zachodniej Polsce. Z kolei najrzadziej próby przeprowadzenia referendum podejmowano w województwach: wielkopolskim, opolskim, małopolskim i podkarpackim. Rozkład taki jest wyraźnie skorelowany z frekwencją wyborczą, czyli najczęściej referenda są tam, gdzie frekwencja jest niska, gdzie jest mniej zasiedziała ludność i mniejsze tradycje samorządowe. Zbyt częste stosowanie instytucji referendum nie zachęca do korzystania z tej formy demokracji bezpośredniej. W 25 gminach, w których dwukrotnie przeprowadzano referendum w sprawie odwołania rady gminy, w 13 przypadkach podczas ponownego głosowania liczba uczestników referendum zmniejszyła się, a tylko cztery były skuteczne³⁹.

Bibliografia

Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2004.

Chmaj M. (red.), *Słownik samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1997.

³⁸ A.K. Piasecki, *Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 1(72), s. 18–21.

³⁹ M. Sidor, *Referendum lokalne...*, op.cit., s. 192.

- Czerwiński W., *Samorząd terytorialny. Podstawowe przepisy prawne*, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 1996.
- Dąbkowski W., Zajac W., *Referendum lokalne. Praktyczny komentarz do ustawy*, Wydawnictwo Zachodnie Centrum Organizacji, Zielona Góra 2002.
- Dolnicki B., *Samorząd lokalny. Zagadnienia ustrojowe*, Zakamycze, Kraków 1999.
- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Difin, Warszawa 2004.
- Grażawski M., *Referendum lokalne jako forma realizacji prawa jednostki do udziału w sprawowaniu władzy publicznej*, w: *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, E. Ura (red.), Wydawnictwo Mitel, Rzeszów 2001.
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006.
- Jaeschke A., *Ustrój samorządu terytorialnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Co znaczył i co znaczy samorząd*, A. Jaeschke M. Mikołajczyk (red.), Wydawnictwo Naukowe Akademii Pedagogicznej, Kraków 2000.
- Kisielewicz A., *Przepisy ogólne*, w: K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Kłoczowski J., *Demokracja lokalna*, w: A. Miszczuk, *Demokracja lokalna w krajach Europy Środkowo-Wschodniej*, Wydawnictwo Instytutu Europy Środkowo-Wschodniej, Lublin 1995.
- Kręcis W., Taras W., *Ustawa o referendum lokalnym*, Zakamycze, Kraków 2001.
- Kumorek B. (red.), *Słownik samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Zachodnie Centrum Organizacyjne, Zielona Góra 2003.
- Leoński Z., *Samorząd terytorialny w RP*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006.
- Olejniczak-Szałowska E., *Prawo do udziału w referendum lokalnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002.
- Olejniczak-Szałowska E., *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Difin, Warszawa 2002.
- Olejniczak-Szałowska E., *Wynik referendum lokalnego i jego skutki*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7-8.
- Piasecki A.K., *Demokracja bezpośrednia w Polsce po 1989 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 1(72).
- Sarnecki P., *Prawo konstytucyjne RP*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Sidor M., *Referendum lokalne jako forma demokracji bezpośredniej*, w: *Samorząd lokalny w Polsce. Społeczno-polityczne aspekty funkcjonowania*, S. Michałowski, A. Pawłowska (red.), Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2004.
- Taras W., *Referendum gminne w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, w: *Państwo, ustrój, samorząd terytorialny*, M. Chmaj (red.), Wydawnictwo Verba, Lublin 1997.
- Uziębło P., *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Wojnicki J., *Samorząd lokalny w Polsce i w Europie*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Humanistycznej im. A. Gieysztor, Pułtusk 2003.

Summary

Local democracy – local referendum in Poland

The referendum is an institution of direct democracy. Local Referendum guarantees the right of the community to comment on matters relevant to it. In Poland, the referendum does not have a long tradition. It appeared in the legal system in 1987 in the law on public consultation and referendum. The development of legislation on this matter took time after 1990. A local referendum is mentioned in the Law: Municipal Self-Government (03/08/1990), a municipal referendum (11/10/1991), constitutional law (10/17/1992, 04/02/1997), Local Government District (06/05/1998), the provincial local government (06/05/1998) with a local referendum (15/9/2000). The following types of local referendum are distinguished: the municipal, county, referendum on the initiative of a local government, the initiative of residents. In Poland, the deployment of local referendum shows a pattern. They frequently occurred in the northern and western parts of the country. It should be noted that too frequent use of the institution does not encourage the society to take advantage of it.

Odpowiedzialność cywilna pośredników internetowych za przekazywane informacje (na tle art. 422 Kodeksu cywilnego)

1. Wprowadzenie

Usługi elektroniczne świadczone na odległość przez sieci komputerowe stały się powszechnym elementem każdej sfery aktywności życiowej współczesnego człowieka. Specyfika komunikacji elektronicznej, m.in. łatwość przesyłania informacji oraz poczucie anonimowości, powodują, że usługi elektroniczne bywają wykorzystywane do działań sprzecznych z prawem. Często też w wyniku świadczenia tych usług szkodę ponoszą podmioty, których nie wiąże żadna więź prawna z pośredniczącymi dostawcami usług (tzw. ISP¹), przechowującymi i udostępniającymi dane na zlecenie dostawców treści. Przykładowo, właściciel praw autorskich do utworu muzycznego może ponieść szkodę w wyniku rozpowszechniania w sieci nielegalnych kopii tego utworu, nie będąc usługobiorcą operatora portalu, za którego pośrednictwem następuje to rozpowszechnianie. W takich przypadkach odpowiedzialność pośredniczącego dostawcy usług może zostać wyłączona na gruncie ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną². Regulacja ta bowiem wyróżnia trzy typy usług świadczonych drogą elektroniczną (tzw. zwykły przesył, caching i hosting), przewidując dla każdego z nich przesłanki warunkujące wyłączenie

* Dr, Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

¹ *Intermediary Service Providers*.

² Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm. (dalej: „u.s.u.d.e.”). Regulacja ta implementuje postanowienia dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego.

odpowiedzialności. Ustawa ta nie zawiera jednak przepisów mogących służyć za podstawę prawną ewentualnego roszczenia odszkodowawczego, na wypadek gdyby działanie ISP nie spełniało wspomnianych przesłanek wyłączenia odpowiedzialności. W takich sytuacjach niezbędne jest sięgnięcie do regulacji odpowiedzialności za czyny niedozwolone zawartej w innych aktach prawnych, przede wszystkim w Kodeksie cywilnym³.

Należy jednak mieć na względzie, że w wypadku deliktów internetowych głównym i bezpośrednim sprawcą szkody co do zasady jest dostawca treści. Działający na jego zlecenie pośredniczący dostawca usług przyczynia się jedynie do wyrządzenia szkody, chociaż jego rolę w tym zakresie trudno jest uznać za nieistotną. Niemniej jednak, jeśli dostawca nie działa w złej wierze, np. stwarzając jedynie pozory świadczenia legalnej usługi po to, by świadomie dopuszczać się bezprawnych działań, jego odpowiedzialność jako sprawcy bezpośredniego na gruncie art. 415 k.c. raczej nie będzie wchodziła w grę.

Pojawia się w związku z tym pytanie o podstawę prawną odpowiedzialności ISP za szkodę, do której doszło w wyniku realizacji usługi świadczonej drogą elektroniczną na zlecenie usługobiorcy. Zastosowanie znaleźć tu może regulacja art. 422 k.c., przewidująca odpowiedzialność podżegacza, pomocnika oraz osoby świadomie korzystającej ze szkody. Podmioty ponoszące odpowiedzialność na mocy tego przepisu odpowiadają solidarnie ze sprawcą bezpośrednim (art. 441 k.c.), przy czym w wypadku podżegacza i pomocnika (jako tzw. współodpowiedzialnych) odpowiedzialność rozciąga się na całość szkody, w wypadku korzystającego zaś obejmuje jedynie wartość korzyści, jaką w związku ze szkodą osiągnął.

Celem artykułu jest zbadanie dopuszczalności zastosowania względem pośredniczących dostawców usług świadczonych drogą elektroniczną art. 422 k.c. jako podstawy odpowiedzialności jednej z trzech kategorii podmiotów zobowiązanych do naprawienia szkody.

2. ISP jako podżegacz

Podżegaczem w rozumieniu art. 422 k.c. jest ten, kto chcąc, by inna osoba popełniła czyn niedozwolony, nakłania ją do tego. Od sprawstwa kierowniczego podżeganie różni się tym, że podżegacz nie narzuca sprawcy swojej woli, lecz radą, namową lub prośbą wpływa na jego decyzję co do podjęcia działania wyrządzającego szkodę⁴. Dla odpowiedzialności podżegacza niezbędne jest stwierdzenie zamiaru

³ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm., dalej: „k.c.”.

⁴ P. Machnikowski, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, A. Olejniczak (red.), C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 421.

bezpośredniego w postaci winy⁵. Owa umyślność działania musi być skierowana na dokonanie przez określoną osobę czynu niedozwolonego, niekoniecznie zaś na powstanie szkody⁶. Podkreśla się również, że podżeganie może nastąpić zarówno w wyniku bezpośredniego działania (np. nakłanianie do wyrządzenia szkody), jak i w sposób pośredni (np. przez zapewnienia o bezkarności)⁷. Z podżeganiem będziemy mieli do czynienia zawsze w sytuacji, gdy działanie sprawcy polega na wyjściu z inicjatywą dokonania czynu niedozwolonego, przy czym działania podejmowane przez podżegacza mogą same w sobie być legalne⁸. Istotną przesłanką odpowiedzialności podżegacza jest to, by jego działanie było adresowane do konkretnej osoby bądź grupy osób⁹. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, czy podżegaczowi znane są osoby, które nakłania do popełniania czynu niedozwolonego¹⁰. W ocenie związku przyczynowego, który w tym wypadku zawsze będzie miał charakter pośredni, należy brać pod uwagę szczególną, indywidualną podatność sprawcy na sugestie (zależną od jego wieku, cech charakteru, poziomu intelektualnego i emocjonalnego)¹¹.

W kontekście działalności ISP sytuacje, w których wskazane przesłanki odpowiedzialności podżegacza zostaną spełnione, będą należały raczej do rzadkości. W większości sytuacji zasadniczy sposób wykorzystywania usług świadczonych drogą elektroniczną jest bowiem legalny. Wyjątkowo natomiast (choć niekiedy na dużą skalę) użytkownicy działający w złej wierze wykorzystują takie legalne usługi do popełniania czynów niedozwolonych (np. wymiana nielegalnych kopii utworów w sieciach peer2peer). Do rzadkości należą sytuacje, w których sam ISP jawnie lub chociażby pośrednio zachęca do korzystania ze swoich usług w sposób nielegalny. Na gruncie prawa autorskiego dopuszcza się przyjęcie konstrukcji podżegania do czynu polegającego na bezprawnym upoważnieniu innych osób do korzystania z utworu, np. przez zawarcie umowy licencyjnej pomimo braku prawnej możliwości rozporządzania prawami autorskimi¹².

Przykładem działania ISP, które mogłoby spełniać przesłanki podżegania, jest zamieszczanie informacji handlowej zachęcającej do korzystania z jego serwisu ze wskazaniem, że jest to świetny sposób, by za darmo cieszyć się treściami chronionymi prawem autorskim. Podobny kazus leży u podstaw wyroku wydanego przez Sąd

⁵ *Ibidem*.

⁶ Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449*, K. Pietrzykowski (red.), komentarz do art. 422 pkt II.3, C.H. Beck, Warszawa 2011.

⁷ *Ibidem*, komentarz do art. 422 pkt II.2.

⁸ M. Pazdan, *Odpowiedzialność deliktowa pomocnika*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszałka*, P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), Katowice 2003, s. 337.

⁹ Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny..., op.cit.*, komentarz do art. 422, pkt II.4.

¹⁰ *Ibidem*, komentarz do art. 422, pkt II.5.

¹¹ P. Machnikowski, w: *System..., op.cit.*, s. 421.

¹² J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Kraków 2008, s. 179.

Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie MGM Studios przeciwko Grokster, w którym sąd negatywnie ocenił aktywne zachęcanie do wymiany plikami objętymi ochroną prawnoautorską przez serwis umożliwiający użytkownikom wzajemne kontaktowanie się i wymianę plików w sieci peer2peer¹³.

Jako inny przykład, w którym – jak się wydaje – mogło dojść do spełnienia przesłanek podżegania, można wskazać działanie jednego z polskich czasopism komputerowych (dostępnych również w wersji elektronicznej), w którym opublikowany został artykuł opisujący krok po kroku sposób instalacji i wykorzystania legalnego oprogramowania umożliwiającego pobieranie plików zamieszczanych w pojemnych skrzynkach poczty elektronicznej (tzw. peer to mail)¹⁴. Autorzy artykułu wprost wskazywali, że technologia ta wykorzystuje lukę prawną umożliwiającą uniknięcie odpowiedzialności karnej¹⁵. W szczególności spełniona wydaje się tutaj przesłanka w postaci zamiaru bezpośredniego podżegacza, by nakłonić sprawcę do podjęcia określonego działania, przy wykorzystaniu autorytetu, jakim branżowe czasopismo cieszy się wśród swoich czytelników.

Abstrahując od przedstawionych przykładów, przyjmowanie konstrukcji prawnej podżegania w odniesieniu do standardowej działalności pośredniczących dostawców usług wydaje się niedopuszczalne.

3. ISP jako podmiot świadomie korzystający ze szkody

Artykuł 422 k.c. reguluje również odpowiedzialność osoby świadomie korzystającej ze szkody. Podmiotów tych nie zalicza się do współsprawców, ponieważ ich działanie następuje już po wyrządzeniu szkody. Regulacja ta ma najczęściej zastosowanie w wypadku paserstwa. W literaturze podkreśla się, że skorzystanie ze szkody może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą, jeżeli zostaną spełnione łącznie następujące przesłanki: 1) nastąpiło uzyskanie korzyści, 2) źródłem tej korzyści była szkoda wyrządzona innej osobie, oraz 3) korzystający miał

¹³ USA, SN, 2005, sygn. 125 S.Ct. 2764 = 545 U.S. [MGM Studios v. Grokster]. Dostępny pod url: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf>.

¹⁴ E. Algo, M. Gruszka, *Bezkarne ssanie*, „Chip” 2007, nr 8, s. 126.

¹⁵ Charakterystyczną cechą technologii P2M jest, że wraz z pobieraniem plików nie następuje jednocześnie udostępnianie ich innym użytkownikom (jak w sieciach P2P), co stanowiłoby przestępstwo w rozumieniu polskiego Kodeksu karnego. Osoby wymieniające się plikami elektronicznymi w ten sposób powołują się na działanie w ramach tzw. dozwolonego użytku, w rozumieniu prawa autorskiego. Okoliczność braku udostępniania pozostaje natomiast bez znaczenia dla odpowiedzialności cywilnej, np. w razie gdy pobierane są w ten sposób programy komputerowe, *expressis verbis* wyłączone z zakresu dozwolonego użytku (art. 77 w zw. z art. 23 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm., dalej „pr.aut.”).

świadomość, że wzbogaca się w wyniku wyrządzenia szkody¹⁶. Według dominującego w doktrynie stanowiska przyjęcie odpowiedzialności cywilnej w związku ze skorzystaniem z wyrządzonej szkody jest dopuszczalne jedynie w wypadku winy umyślnej korzystającego¹⁷.

Na gruncie prawa autorskiego w pewnych okolicznościach odpowiedzialność taką jak osoba świadomie korzystająca ze szkody ponosi ten, który dopuszcza się umyślnych działań dokonanych po naruszeniu przez sprawcę prawa autorskiego¹⁸. Podkreśla się jednak, że odpowiedzialność ta nie może dotyczyć sytuacji, gdy eksploatacja cudzego utworu może być uznana za dozwolony użytek, np. skopiowanie pirackiej płyty na prywatne potrzeby¹⁹.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego pojawiały się opinie, że świadome skorzystanie ze szkody można przyjąć również w wypadku kwalifikowanej postaci winy nieumyślnej, czyli rażącego niedbalstwa. W szczególności z wyroku z 17 lutego 1964 r.²⁰ wynika, iż przyjęcie paserstwa w rozumieniu Kodeksu cywilnego jest możliwe: „Gdy podejrzenia nabywcy, iż przedmiot pochodzi z wyrządzonej drugiemu szkody, były na tyle poważne, że zignorowanie ich stanowiło rażące niedbalstwo”. W prawie karnym taka forma skorzystania określana jest jako paserstwo nieumyślne (art. 292 k.k.²¹). Należy jednak zauważyć, że przytoczone zapatrywanie Sądu Najwyższego zostało niemal powszechnie odrzucone przez naukę prawa cywilnego²².

Zasadniczą różnicą w stosunku do odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo jest brak wymagania, by uzyskanie korzyści pozostawało w związku przyczynowym ze szkodą²³. Mając to na względzie, postuluje się, by odpowiedzialność korzystającego ze szkody była ograniczona do granic mieszczących się w następstwach jego indywidualnego czynu²⁴. W odróżnieniu od odpowiedzialności podżegacza i pomocnika, którzy odpowiadają za całą szkodę objętą swoim zamiarem, korzystający będzie więc zobowiązany do odszkodowania jedynie w stopniu odpowiadającym obiektywnej wartości nabytej rzeczy²⁵. Osiągnięcie korzyści może

¹⁶ Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, komentarz do art. 422, pkt III.2.

¹⁷ *Ibidem*, pkt III.8.

¹⁸ P. Stec, *Zasady i funkcje odpowiedzialności z tytułu naruszenia własności intelektualnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” (KPP) 2007, nr 2, s. 439.

¹⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, *op.cit.*, s. 179.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego (SN) z 17 lutego 1964 r., I CR 30/63, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” (OSNC) 1966, nr 1, poz. 1.

²¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm., dalej „k.k.”.

²² A. Ohanowicz, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 lutego 1964 r., I CR 30/63, „Orzecznictwo Sądów Polskich” (OSP) 1966, nr 4, poz. 90 za Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, komentarz do art. 415, pkt 3.8; A. Szpunar, *Wyrządzenie szkody przez kilka osób*, „Państwo i Prawo” (PiP) 1957, nr 2, s. 287.

²³ P. Machnikowski, w: *System...*, *op.cit.*, s. 423.

²⁴ G. Bieniek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 422 k.c.*, pkt 12 Lex Polonica.

²⁵ *Ibidem*, pkt 13.

polegać zarówno na zwiększeniu aktywów, jak i na uniknięciu ich zmniejszenia. Korzyść można przy tym nabyć odpłatnie lub nieodpłatnie oraz nie musi ona polegać na osiągnięciu konkretnego zysku. Nie wyłącza odpowiedzialności okoliczność, że korzystający zapłacił cenę obiektywnie przekraczającą wartość przedmiotu nabycia²⁶.

Bezsporne jest, że zasadniczym celem działalności ISP jest osiągnięcie korzyści finansowej. Dzieje się tak przeważnie również wtedy, gdy ich usługa jest świadczona nieodpłatnie (np. darmowy serwis hostingowy, finansowany za pomocą reklam dołączanych do przechowywanych stron WWW). Kwalifikacja prawna działania ISP jako korzystania ze szkody wydaje się jednak mało atrakcyjna, m.in. przez wzgląd na ograniczenie wysokości ewentualnego odszkodowania do sumy uzyskanych korzyści. Niejednokrotnie bowiem korzyść uzyskana przez ISP w związku z konkretnym przypadkiem świadczenia usługi może okazać się niewspółmiernie niska w porównaniu z rozmiarem wyrządzonej szkody. Kwalifikowanie działalności ISP jako korzystania ze szkody może ponadto natrafić na trudności, gdyż zachodzi konieczność wykazania jego winy umyślnej.

4. ISP jako pomocnik

W wypadku działalności ISP największe możliwości zastosowania ma kodeksowa regulacja pomocnictwa. Pomocnikiem jest osoba wspierająca sprawcę szkody fizycznie lub psychicznie. Pomiedzy sprawcą a pomocnikiem nie musi przy tym istnieć żadne wyraźne porozumienie²⁷. Pomocnik nie uczestniczy w zdarzeniu wyrządzającym szkodę, ale jego działanie jest niezbędne do zaistnienia czynu niedozwolonego, sprawia, że popełnienie czynu staje się łatwiejsze, bezpieczniejsze albo pewniejsze co do skutku²⁸. Dopuszcza się również możliwość przyjęcia konstrukcji pomocnictwa w stosunku do tzw. poplecznika, czyli osoby wspierającej sprawcę po dokonaniu przez nią czynu niedozwolonego, co jest uzasadniane względami prewencji²⁹.

Pomocnictwo najczęściej przyjmuje postać czynną, chociaż możliwe jest również biernie zachowanie się pomocnika, które w szczególności może polegać na świadomym tolerowaniu popełnienia deliktu przez inną osobę³⁰. W doktrynie podkreśla

²⁶ Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny...*, op.cit., komentarz do art. 422, pkt III.5.

²⁷ A. Szpunar, *Wyrządzenie szkody...*, op.cit., s. 287.

²⁸ P. Machnikowski w: *System...*, op.cit., s. 422.

²⁹ W. Czachórski, *Rozdział X. Czynny niedozwolony*, w: *System prawa cywilnego*, t. 3, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Ossolineum 1981, s. 552; G.J. Pacek, P. Wasilewski, *Pomocnictwo w ujęciu cywilistycznym a odpowiedzialność dostawców usług hostingowych – dwugłos w sprawie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 7, s. 28. Jak się wydaje tak samo: J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, op.cit., s. 178.

³⁰ *Ibidem*, s. 109.

się, że niezbędną przesłanką odpowiedzialności w takim przypadku jest istnienie po stronie biernego pomocnika obowiązku przeszkodzenia w popełnieniu czynu niedozwolonego³¹. Podkreśla się wręcz, że obowiązek taki powinien być normatywnie skonkretyzowany³². Wkład pomocnika biernego musi być na tyle uboczny, by nie pozwalał na uznanie go za sprawcę³³.

Odmienne rozumienie pomocnictwa w formie biernej, negujące konieczność istnienia obowiązku zapobieżenia wystąpieniu szkody, zaznacza się niekiedy w orzecznictwie. W wyroku Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 1958 r.³⁴ wyrażono pogląd, że w sytuacji gdy szczególne okoliczności (w tym wypadku zasada ochrony dobra społecznego) uzasadniają przypisanie winy, jako pomocnik może odpowiadać również osoba, na której nie ciążył obowiązek zapobieżenia szkodzie. W nowszym orzecznictwie podobne stanowisko zajął również Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 19 maja 2000 r.³⁵ Jak się wydaje, takie poglądy doktryny i opinie orzecznictwa są raczej odosobnione, stanowiąc swoiste kuriozum, w porównaniu z dominującym poglądem, dopuszczającym odpowiedzialność pomocnika biernego wyłącznie w razie istnienia po jego stronie skonkretyzowanego obowiązku zapobieżenia szkodzie.

Odpowiedzialność pomocnika na gruncie Kodeksu cywilnego oparta została na zasadzie winy. Według dominującego w doktrynie stanowiska wina ta musi mieć postać umyślną³⁶. Umyślność działania pomocnika musi odnosić się do faktu popełniania czynu niedozwolonego, nie zaś do szkody, która w jego następstwie wynikła³⁷. Innymi słowy, dla uznania odpowiedzialności pomocnika niezbędne będzie wykazanie, że jego zamiarem było ułatwienie (umożliwienie) sprawcy popełnienia deliktu, nie musi on natomiast chcieć, by sprawca wyrządził konkretną szkodę.

Wyrażane są jednak poglądy wskazujące na możliwość ponoszenia odpowiedzialności jako pomocnika również w wypadku działania z winy nieumyślnej³⁸. Pogląd ten znajduje pewne potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, m.in. w wyroku z 3 kwietnia 1998 r.³⁹, w którym sąd stwierdził, że: „Wina w formie niedbalstwa wystarcza do przyjęcia odpowiedzialności z art. 422 k.c. za pomocnictwo

³¹ M. Pazdan, *Odpowiedzialność deliktowa pomocnika...*, *op.cit.*, s. 337.

³² Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, komentarz do art. 422, pkt II.6.

³³ P. Machnikowski w: *System...*, *op.cit.*, s. 422.

³⁴ Wyrok SN z 15 września 1958 r., I CR 883/57, niepubl.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego (SA) w Krakowie z 19 maja 2000 r., I ACa 355/00. Aprobująco: G. Bieniek, w: G. Bieniek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 422 k.c.*, *op.cit.*, s. 365.

³⁶ A. Szpunar, *Wyrządzenie szkody...*, *op.cit.*, s. 287; M. Pazdan, *Odpowiedzialność deliktowa pomocnika...*, *op.cit.*, s. 340; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 192, nb. 492; Z. Banaszczyk, w: *System...*, *op.cit.*, komentarz do art. 422.

³⁷ Z. Banaszczyk, w: *Kodeks cywilny...*, *op.cit.*, komentarz do art. 422.

³⁸ G. Bieniek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 422 k.c.*, *op.cit.*, s. 366; L. Bełza, *Dopuszczalność stosowania odpowiedzialności in solidum w ramach czynów niedozwolonych*, PiP 1995, nr 7, s. 64.

³⁹ Wyrok SN z 3 kwietnia 1998 r., III CKN 441/97, niepubl.

w wyrządzeniu szkody". W innym wyroku Sądu Najwyższego, z 10 lipca 1975 r.⁴⁰, wyrażony został następujący pogląd: „Pomoc udzielona sprawcy w wyrządzeniu szkody czynem niedozwolonym jest sama w sobie czynem niedozwolonym. Z art. 422 k.c. wyraźnie wynika, że jest niedozwolona. Wobec tego podstawową przesłanką odpowiedzialności pomocnika w wyrządzeniu szkody przez sprawcę jest wina pomocnika. Nie musi to być wina umyślna czy rażące niedbalstwo wymagane dla odpowiedzialności osoby, która skorzystała z wyrządzonej szkody. Wystarczy zatem każde niedbalstwo". Również w wyroku z 17 lipca 2003 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Przepis art. 422 k.c. dla odpowiedzialności pomocnika nie wymaga jego winy umyślnej”⁴¹. Słusznie moim zdaniem zwraca się jednak uwagę, że w braku winy umyślnej po stronie pomocnika musi występować co najmniej świadomość ryzyka bezprawnego działania (tzw. świadomy czyn nieumyślny)⁴². Innymi słowy pomocnik nieumyślny nie ma zamiaru ułatwić sprawcy głównemu wyrządzenia czynu niedozwolonego, chociaż ma świadomość, że jego działanie może mieć taki skutek.

W odniesieniu do usług świadczonych drogą elektroniczną, w polskiej doktrynie zdaje się dominować pogląd o dopuszczalności kwalifikowania działalności ISP jako pomocnictwa w rozumieniu art. 422 k.c.⁴³ Stanowisko to często przytaczane jest w kontekście kwalifikacji prawnej działania podmiotów zamieszczających hiperlinki⁴⁴.

Krytycznie na temat możliwości wykorzystania konstrukcji pomocnictwa jako podstawy prawnej odpowiedzialności ISP wypowiada się M. Wojtasik, podkreślając, że byłoby to możliwe wyłącznie w razie przyjęcia istnienia ustawowego obowiązku sprawdzania treści wszystkich stron⁴⁵. Jak się wydaje, taki wniosek autora wynika z próby kwalifikowania działalności ISP jako pomocnictwa w postaci biernej, co

⁴⁰ Wyrok SN z 10 lipca 1975 r., II CR 399/75, LEX nr 7726.

⁴¹ Wyrok SN z 17 lipca 2003 r., III CKN 29/01, OSP 2005, nr 5, poz. 59.

⁴² P. Machnikowski, w: *System...*, op.cit., s. 422; L. Belza, *Dopuszczalność stosowania...*, op.cit., s. 67.

⁴³ J. Chwalba, *Korzystanie z programów peer-to-peer a dozwolony użytek prywatny w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2008, nr 2, s. 21; A. Tischner, *Odpowiedzialność majątkowa za naruszenie prawa do znaku towarowego*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2008, rozdz. 2.10.1.

⁴⁴ G. Pacek, *Problematyka prawna stosowania „głębokich połączeń” w sieci WWW (deeplinking)*, „Gazeta Sądowa” 2005, nr 7–8, s. 39; D. Kasprzycki, *Komercyjne wykorzystanie poczty elektronicznej oraz inne postacie nieuczciwych zachowań w Internecie*, w: *Prawo Internetu*, P. Podrecki (red.), Warszawa 2004, s. 514; R. Cisek, *Utwory w komunikacji elektronicznej*, w: R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebe, *Dobra i usługi informacyjne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005, s. 100; K. Włodarska, *Naruszenie prawa do wizerunku w internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” Prace IPWI 2007, nr 100, s. 621; E. Trapple, *Tymczasowe środki ochrony autorskich i pokrewnych praw majątkowych*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, J. Barta (red.), C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 752.

⁴⁵ M. Wojtasik, *Naruszenie dóbr osobistych w Internecie*, „Radca Prawny” 2001, nr 6, url: http://www.redakcja.radca.prawny.lex.pl/01_6/wojtasik.html (data dostępu: 15.06.2010 r.).

oznaczałoby konieczność spełnienia przesłanki istnienia ustawowego obowiązku zapobiegania naruszeniom. Moim zdaniem działalność ISP zasadniczo należy kwalifikować jako pomocnictwo czynne, przejawiające się w udostępnieniu technicznych urządzeń (serwerów internetowych i oprogramowania) umożliwiających dokonanie przez sprawcę głównego czynu niedozwolonego poprzez zamieszczenie danych w sieci.

Wydaje się jednak, że jako bierną postać pomocnictwa można by zakwalifikować niepodjęcie niezwłocznych działań prewencyjnych przez ISP świadczącego usługę hostingu w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia bądź wiarygodnej wiadomości w rozumieniu art. 14 u.ś.u.d.e.⁴⁶ W takiej sytuacji spełniona byłaby przesłanka warunkująca odpowiedzialność biernego pomocnika w postaci obowiązku zapobiegania naruszeniom. Taki obowiązek bowiem powstaje z chwilą uzyskania przez ISP świadomości odnośnie do bezprawności przechowywanych przez niego danych lub związanego z nimi działania.

Na przydatność konstrukcji pomocnictwa do oceny odpowiedzialności ISP świadczących usługi hostingu wskazują G.J. Pacek i P. Wasilewski⁴⁷. Przyjmując, w ślad za wskazanym wyrokiem Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 1958 r., możliwość odpowiedzialności pomocnika za każdą formę niedbalstwa, autorzy ci stawiają jednak kontrowersyjną tezę, że host service provider – będąc ich zdaniem zobowiązany do zachowania należytej staranności – ponosi odpowiedzialność jako pomocnik na gruncie art. 422 k.c., nawet jeżeli jego działanie spełnia przesłanki wyłączenia odpowiedzialności wynikające z art. 14 u.ś.u.d.e. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić, m.in. dlatego, że wyłączenie odpowiedzialności na gruncie art. 422 k.c. z zakresu zastosowania regulacji wyłączenia odpowiedzialności na gruncie art. 14 u.ś.u.d.e. pozostawałoby w sprzeczności z ideą horyzontalnego oddziaływania tej części ustawy. Przyjęcie koncepcji G.J. Packa i P. Wasilewskiego oraz zastosowanie wykładni funkcjonalnej musiałoby w konsekwencji prowadzić do wniosku, że w tym zakresie nie nastąpiła prawidłowa implementacja dyrektywy 2000/31/WE. Należy ponadto mieć na uwadze specyfikę usług świadczonych drogą elektroniczną, jako działań o charakterze ułatwiającym (lub wręcz umożliwiającym) komunikację w sieciach komputerowych. Oznacza to, że praktycznie każde działanie pośredniczącego dostawcy usług może być kwalifikowane jako pomocnictwo, skutkując odpowiedzialnością tego podmiotu za wszelkie delikty popełniane przez jego usługobiorców⁴⁸. Przedstawiony pogląd krytykują również J. Barta i R. Markiewicz, słusznie zwracając

⁴⁶ X. Konarski, *Internet drugiej generacji: za co może odpowiadać administrator serwisu*, „Rzeczpospolita” z 27 lipca 2007 r., nr 174.

⁴⁷ G.J. Pacek, P. Wasilewski, *Pomocnictwo w ujęciu cywilistycznym...*, op.cit., s. 28.

⁴⁸ Tak samo: D. Lubasz, M. Namysłowska (red.), W. Chomiczewski, K. Klafkowska-Waśniowska, *Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy*. Komentarz do ustaw, LexisNexis, Warszawa 2011, Uwagi do art. 14 u.ś.u.d.e, pkt 5.

uwagę, że skoro art. 14 u.ś.u.d.e. w preferencyjny sposób traktuje odpowiedzialność za sprawstwo, to tym bardziej taką uprzywilejowaną ochroną powinna zostać objęta odpowiedzialność za pośrednie naruszenie w postaci pomocnictwa⁴⁹.

Wątpliwości w doktrynie budzi dopuszczalność przyjmowania konstrukcji pomocnictwa na gruncie prawa autorskiego. Do przeciwników tej koncepcji należą W. Machała i R.M. Sarbiński, wskazujący na brak normatywnej podstawy takiej odpowiedzialności⁵⁰. Podkreślając bezwzględny charakter praw autorskich oraz charakter *lex specialis* ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych względem art. 415 i n. k.c., autorzy ci zwracają uwagę, że – w braku szczególnej podstawy w samej ustawie – odpowiedzialność może ponosić wyłącznie podmiot faktycznie dokonujący naruszeń. Analizując kwalifikację prawną działalności ISP umożliwiających usługobiorcom wymianę plików muzycznych, autorzy wskazują na możliwość przyjęcia zamiast pomocnictwa sprawstwa bezpośredniego portalu, pod warunkiem zarobkowego charakteru działalności (np. wpływy z abonamentu lub z reklam). Zdaniem tych autorów pomocny w tym wypadku może być zarzut wkroczenia w sferę wyłącznego prawa do wynagrodzenia wynikającego z art. 17 pr.aut.⁵¹

Dopuszczalność przyjmowania pomocnictwa w wypadku naruszeń prawa autorskiego przez ISP akceptują J. Barta i R. Markiewicz⁵², podkreślając, że w zakresie, w jakim brak jest odpowiedniej regulacji w prawie autorskim (jako *lex specialis* względem Kodeksu cywilnego), należy stosować przepisy Kodeksu dotyczące czynów niedozwolonych⁵³. W odniesieniu do usług świadczonych drogą elektroniczną autorzy ci wskazują, że możliwe jest jedynie pośrednie naruszenie praw autorskich przez ISP, które najczęściej przybierać będzie właśnie formę pomocnictwa⁵⁴. Wskazują również, że takie rozumowanie znajduje potwierdzenie m.in. w brzmieniu art. 14 u.ś.u.d.e., posługującym się zwrotem „udostępnienie zasobów systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę”⁵⁵. Ich zdaniem w wypadku usług hostingu szczególnie często może dochodzić do pomocnictwa popełnianego w formie zamiaru ewentualnego⁵⁶ bądź świadomego,

⁴⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Przechowywanie utworów na stronach internetowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2009, nr 3(105), s. 11.

⁵⁰ W. Machała, R.M. Sarbiński, *Wymiana plików muzycznych za pośrednictwem Internetu a prawo autorskie*, PiP 2002, nr 9, s. 77.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, *op.cit.*, s. 242.

⁵³ J. Barta, R. Markiewicz, *Odpowiedzialność za odesłania w Internecie*, w: *Handel elektroniczny – prawne problemy*, J. Barta, R. Markiewicz (red.), Zakamycze, Kraków 2005, s. 487.

⁵⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Rozdział XV. Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, J. Barta (red.), C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 898.

⁵⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Przechowywanie utworów...*, *op.cit.*, s. 8.

⁵⁶ J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo...*, *op.cit.*, s. 179.

nieumyślnego działania, czyli lekkomyślności⁵⁷. Dopuszczają również możliwość kwalifikowania jako pomocnictwa działania ISP polegającego na zamieszczaniu odesłań elektronicznych (tzw. hiperlinków), z zastrzeżeniem jednak, że będzie to możliwe wyłącznie, gdy zamieszczającemu będzie można postawić zarzut działania z zamiarem ewentualnym⁵⁸. Mając na względzie zakres regulacji art. 422 k.c., odnoszący się do odpowiedzialności osób przyczyniających się do powstania szkody, w doktrynie podkreśla się ponadto, że dla przyjęcia odpowiedzialności sprawcy pośredniego nie ma znaczenia, jakie prawa zostały naruszone i na czym naruszenie polegało⁵⁹.

Podsumowując, można stwierdzić, że spośród konstrukcji prawnych odpowiedzialności deliktowej regulowanych w art. 422 k.c. największe pole zastosowania w odniesieniu do odpowiedzialności ISP może mieć instytucja pomocnika. Przesłanki odpowiedzialności pomocnika umożliwiają dochodzenie roszczeń odszkodowawczych przeciwko ISP jedynie w sytuacji, gdy jego działanie wykroczy poza funkcję neutralnego pośrednika. W tym zakresie regulacja kodeksowa koresponduje z regulacją wyłączenia odpowiedzialności wynikającą z ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Koncepcja odpowiedzialności pomocnika ponadto dobrze odzwierciedla akcesoryjny charakter pośredniczących usług świadczonych drogą elektroniczną. Podkreśla również odrębność sytuacji prawnej sprawcy bezpośredniego (dostawcy treści) oraz ISP jako podmiotu, którego działalność jedynie ułatwia dokonanie czynu niedozwolonego.

Bibliografia

Algo E., Gruszka M., *Bezkarne ssanie*, „Chip” 2007, nr 8.

Banaszczyk Z., w: *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1–449*, K. Pietrzykowski (red.), C.H. Beck, Warszawa 2011.

Barta J., Markiewicz R., *Odpowiedzialność za odesłania w Internecie*, w: *Handel elektroniczny – prawne problemy*, J. Barta, R. Markiewicz (red.), Zakamycze, Kraków 2005.

Barta J., Markiewicz R., *Odpowiedzialność za odesłania w Internecie*, w: *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, M. Pyziak-Szafrnicka (red.), Zakamycze, Kraków 2004.

Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Kraków 2008.

Barta J., Markiewicz R., *Przechowywanie utworów na stronach internetowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2009, nr 3(105).

⁵⁷ J. Barta, R. Markiewicz, *Przechowywanie utworów...*, *op.cit.*, s. 10.

⁵⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Odpowiedzialność za odesłania w Internecie*, w: *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, M. Pyziak-Szafrnicka (red.), Zakamycze, Kraków 2004, s. 622.

⁵⁹ P. Stec, *Zasady i funkcje...*, *op.cit.*, s. 439.

- Barta J., Markiewicz R., *Rozdział XV. Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, J. Barta (red.), C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Bełza L., *Dopuszczalność stosowania odpowiedzialności in solidum w ramach czynów niedozwolonych*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 7.
- Chwalba J., *Korzystanie z programów peer-to-peer a dozwolony użytek prywatny w prawie autorskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2008, nr 2.
- Cisek R., *Utwory w komunikacji elektronicznej*, w: R. Cisek, J. Jezioro, A. Wiebe, *Dobra i usługi informacyjne w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2005.
- Czachórski W., *Rozdział X. Czynny niedozwolone*, w: *System prawa cywilnego*, t. 3, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Ossolineum 1981.
- Kasprzycki D., *Komercyjne wykorzystanie poczty elektronicznej oraz inne postaci nieuczciwych zachowań w Internecie*, w: *Prawo Internetu*, P. Podrecki (red.), Warszawa 2004.
- Konarski X., *Internet drugiej generacji: za co może odpowiadać administrator serwisu*, „Rzeczpospolita” z 27 lipca 2007 r., nr 174.
- Lubasz D., Namysłowska M. (red.), Chomiczewski W., Klafkowska-Waśniowska K., *Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Machała W., Sarbiński R.M., *Wymiana plików muzycznych za pośrednictwem Internetu a prawo autorskie*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 9.
- Machnikowski P., w: *System Prawa Prywatnego*, t. VI, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, A. Olejniczak (red.), C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Pacek G., *Problematyka prawna stosowania „głębokich połączeń” w sieci WWW (deeplinking)*, „Gazeta Sądowa” 2005, nr 7–8.
- Pacek G.J., Wasilewski P., *Pomocnictwo w ujęciu cywilistycznym a odpowiedzialność dostawców usług hostingowych – dwugłos w sprawie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 7.
- Pazdan M., *Odpowiedzialność deliktowa pomocnika*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, P. Hofmański, K. Zgryzek (red.), Katowice 2003.
- Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Stec P., *Zasady i funkcje odpowiedzialności z tytułu naruszenia własności intelektualnej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2007, nr 2.
- Szpunar A., *Wyrządzenie szkody przez kilka osób*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 2.
- Tischner A., *Odpowiedzialność majątkowa za naruszenie prawa do znaku towarowego*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2008.
- Traple E., *Tymczasowe środki ochrony autorskich i pokrewnych praw majątkowych*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, J. Barta (red.), C.H. Beck, Warszawa 2008.
- Włodarska K., *Naruszenie prawa do wizerunku w internecie przez podmiot stosujący tzw. głębokie odesłania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace IPWI”, 2007, nr 100.
- Wojtasik M., *Naruszanie dóbr osobistych w Internecie*, „Radca Prawny” 2001, nr 6, url: http://www.redakcja.radca.prawny.lex.pl/01_6/wojtasik.html (data dostępu: 15.06.2010 r.).

Summary

Civil liability of Internet Service Providers for the broadcasted information (against Art. 422 of Civil Code)

Distant electronic services delivered through computer networks have become a common element of every aspect in a contemporary man's life. Easiness of sending information and a feeling of anonymity lead to using the electronic services against the law. As a result entities not legally related to ISPs (which only store and make available data as a commission of content providers) suffer loss. Therefore, there is a problem of defining the basis for civil liability of ISP for suffered losses.

Dowód sprzeczny z prawem w postępowaniu administracyjnym

Celem postępowania administracyjnego jest wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia merytorycznego w indywidualnej sprawie. Rozstrzygnięcie takie możliwe jest wówczas, gdy zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.¹) organ administracji państwowej podejmie wszelkie odpowiednie czynności zmierzające do wszechstronnego zbadania sprawy pod względem faktycznym i prawnym². W czasie czynności wyjaśniających organ prowadzący postępowanie powinien funkcjonować – w granicach obowiązujących przepisów – w sposób elastyczny, praktycznie na każdym etapie postępowania może zmieniać, uzupełnić lub uchylić swoje postanowienie dotyczące przeprowadzenia dowodu³.

Pojęcie dowodu sprzecznego z prawem nie zostało zdefiniowane w żadnej definicji legalnej, a przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego nie wymieniają go nawet z nazwy. Teoria argumentacyjnego stosowania prawa zakłada, że nie polega ono na logicznym przypisaniu stanu prawnego do stanu faktycznego, skutkującym określeniem konsekwencji prawnej, ale na uzyskaniu „wielostronnych argumentów w warunkach luzu decyzyjnego oraz przyjęciu rozstrzygnięcia sprawy, będącego wynikiem zestawienia (ważenia) wszystkich przesłanek za i przeciw”. Model argumentacyjny zastosowania przepisów prawnych więc opiera się na „dokonywaniu uzasadnionych wyborów w warunkach alternatywności decyzyjnej”⁴. Teoria ta zyskuje szczególne znaczenie w przypadku zagadnień niejednoznacznie

* Mgr, absolwent Wydziału Administracji Akademii im. Leona Koźmińskiego w Warszawie.

¹ Ustawa z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, tekst jedn. Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.; dalej „k.p.a.”.

² Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Poznań 1995, s. 189.

³ J. Dobkowski, *W kwestii argumentacyjnego stosowania prawa administracyjnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, t. 13, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, s. 117–118.

⁴ *Ibidem*, s. 109.

ujętych w przepisach, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku dowodu sprzecznego z prawem.

W trakcie postępowania administracyjnego wyłączone jest stosowanie jedynie takich środków dowodowych, które nie przyczyniają się do wyjaśnienia stanu faktycznego badanej sprawy lub są sprzeczne z prawem⁵. Choć art. 77 § 1 k.p.a. głosi, że organ administracji publicznej jest obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy, co np. J. Dobkowski komentuje: „w dalszym ciągu to organ procedujący sprawę jest zobowiązany zebrać i rozpatrzyć w sposób wyczerpujący cały materiał dowodowy”⁶, nie znaczy to, że strona zainteresowana korzystnym dla niej rozstrzygnięciem powinna zrezygnować z aktywności dowodowej, zwłaszcza w sytuacjach, w których ocena materiału dowodowego nie jest w pełni jednoznaczna⁷. Bierność strony w zakresie inicjatywy dowodowej może obiektywnie pogorszyć jej sytuację, jeżeli np. organ procesowy popełni błąd w ocenie dowodów, nie dysponując informacją dowodową znaną tylko stronie⁸.

Kodeks postępowania administracyjnego nie określa wprost pojęcia przedmiotu dowodu, ale na podstawie art. 7 k.p.a. i przepisów szczegółowych (np. art. 78 k.p.a.) można przyjąć, że przedmiot dowodu stanowią fakty mające istotne znaczenie dla danej sprawy administracyjnej oraz mające znaczenie prawne. Mamy więc do czynienia ze zbiorem desygnatów wchodzących w zakres pojęcia „dowód zgodny z prawem”. Z kolei proces dowodzenia stanowi wnioskowanie na podstawie środków dowodowych – stwierdzających istnienie albo nieistnienie określonych faktów. Pojęcie dowodzenia obejmuje również czynności zmierzające do stwierdzenia prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń o faktach mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W tym właśnie znaczeniu używa się sformułowania, że strona dowodzi swych twierdzeń w procesie⁹.

Znaczenie słowa „spreczny” wyjaśniono w *Słowniku języka polskiego PWN* jako „wykluczający się wzajemnie, niezgodny z czymś”¹⁰. Według *Encyklopedii PWN* zasada sprzeczności jest prawem logicznym, które głosi, że zdania sprzeczne ze

⁵ K. Choraży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne, egzekucyjne i sądowniczo-administracyjne*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 90. Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 9 marca 1989 r., II SA 961/88, „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego” (ONSA) 1989, nr 1, poz. 33.

⁶ J. Dobkowski, *W kwestii argumentacyjnego stosowania prawa administracyjnego*, *op.cit.*, s. 117–118.

⁷ *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, R. Kmiecik (red.), Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 107.

⁸ Wyrok NSA z 4 grudnia 1996 r., SA/Łd 2620/95 za: *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, R. Kmiecik (red.), Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 107.

⁹ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1972, s. 301; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, *op.cit.*, s. 190. Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z 6 lipca 2006 r., I SA/Wa 1059/05, LEX nr 259561.

¹⁰ Strona internetowa: <http://sjp.pwn.pl/slownik/2523472/sprzeczno%C5%9B%C4%87> (data dostępu: 25.08.2011 r.).

sobą nie mogą być jednocześnie prawdziwe („żaden przedmiot nie może mieć i nie mieć zarazem jakiejś cechy”)¹¹. Z kolei w *Encyklopedii prawa* „sprzeczność w prawie” jest określona jako rodzaj logicznej (formalnej) niezgodności norm prawnych, gdy jeden z zapisów nakazuje (przynajmniej w pewnych okolicznościach) postępowanie, którego inna norma (w tych samych okolicznościach) zakazuje¹².

Odniesienie do sformułowania „dowód niesprzeczny z prawem” znajdujemy w art. 75 § 1 k.p.a.: „jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem”; są to w szczególności stanowiące dowód dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz protokoły oględzin. Analogiczne określenie dowodu niesprzecznego z prawem zawarte jest w art. 180 § 1 ustawy – Ordynacja podatkowa¹³. Żadna z wymienionych ustaw nie definiuje jednak wprost dowodu sprzecznego z prawem. Ponieważ istotę art. 75 k.p.a. wyraża zasada *quae non sunt prohibita, permissa intelleguntur*, problemem jest ustalenie znaczenia pojęcia dowodu sprzecznego z prawem jako negacji przepisu § 1 tego artykułu. Próbuje się również definiować dowód sprzeczny z prawem jako niebędący źródłem prawdziwych informacji (umożliwiających dowodzenie) lub mogący zafalszować fakty przez zawartą w nim treść¹⁴.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 27 lipca 2006 r. zdefiniował pojęcie środka dowodowego w postępowaniu administracyjnym w postaci wszelkich źródeł informacji prawdziwych, umożliwiających dowodzenie, z granicą dopuszczalności określoną jedynie zgodnością środków dowodowych z przepisami prawa. Stronom i uczestnikom postępowania na prawach strony przysługuje inicjatywa dowodowa i mogą oni składać wnioski dowodowe, będąc jedynie zobligowanym do poniesienia ciężaru przytoczenia (*onus preferendi*) i wyjaśnienia okoliczności sprawy, ale bez konieczności przedstawiania dowodów takich okoliczności (*onus probandi*). Z kolei organ rozpatrujący, do którego wniesiono żądanie, jest zobligowany w przypadku wątpliwości wezwać wnioskodawcę do doprecyzowania żądania pod rygorem wykonania określonym w art. 54 § 1 pkt 6 k.p.a.

Kodeks postępowania administracyjnego przyjmuje zasadę równej mocy środków dowodowych, nie wprowadzając ograniczeń co do rodzaju dowodów, którym należy przyznać pierwszeństwo w ustaleniu istnienia faktu. W jego przepisach nie ma zatem podstaw do różnicowania środków dowodowych¹⁵. Przepisy odrębne

¹¹ Strona internetowa: <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/4000491/sprzeczności-zasada.html> (data dostępu: 26.08.2011 r.).

¹² *Encyklopedia prawa*, U. Kalina-Prasznica (red.), Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 803.

¹³ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r., tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 ze zm.

¹⁴ Por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowniczo-administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 212.

¹⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 27 lipca 2006 r., V SA/Wa 735/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/904521269C>.

mogą wskazać środek dowodowy jako prawnie przewidziany dla ustalenia faktów lub możliwy do wykorzystania w celu udowodnienia określonych okoliczności¹⁶.

Określenie, czy dany dowód jest lub nie jest sprzeczny z prawem, musi mieć odpowiednią podstawę prawną, eliminującą wątpliwość co do legalności tego dowodu. Jeżeli takiej podstawy brak, interpretację zgodności dowodu z prawem przeprowadza sąd. Ilustracją może być orzeczenie o niedopuszczalności oględzin do celów odebrania oświadczeń stron lub wyrażenia oceny stanu faktycznego (co jest „sprzeczne z istotą tego środka dowodowego”¹⁷) czy orzeczenie o niedopuszczalności przesłuchania autora ekspertyzy w charakterze świadka („Zeznania świadków i opinie biegłych służą różnym celom w postępowaniu wyjaśniającym. W przeciwieństwie do biegłych świadkowie mają relacjonować określone fakty”)¹⁸.

Ustawodawca, zakreślając granice dopuszczalności dowodu w postępowaniu administracyjnym, przyjął, że musi on mieć jednocześnie dwie cechy: przyczyniać się do wyjaśnienia sprawy – w rozumieniu wykrycia prawdy obiektywnej¹⁹ oraz nie może pozostawać w sprzeczności z prawem. Jednocześnie warto pamiętać, że choć dowodem w sprawie może być np. postanowienie prokuratury czy fotografia, to już ich kserokopie mogą zostać odrzucone jako dowód²⁰.

W świetle art. 75 k.p.a. niedopuszczalne jest stosowanie formalnej teorii dowodów, zakładającej, że daną okoliczność można udowodnić wyłącznie określonymi w przepisach prawnych środkami dowodowymi lub przez utworzenie nowych reguł korzystania ze środków dowodowych²¹. Potwierdził to np. Sąd Najwyższy w wyroku z 11 lutego 2009 r., orzekając, że przepisy ustawy z 20 grudnia 1980 r. o ubez-

¹⁶ Np. ustawa z 21 grudnia 2000 r. o dozorze technicznym (Dz.U. Nr 122, poz. 1321 ze zm.) dopuszcza korzystanie z wyników badań diagnostycznych oraz opinii i ekspertyz wyspecjalizowanych jednostek – wyrok z 27 lipca 2006 r., V SA/Wa 735/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/904521269C>.

¹⁷ Por. wyrok WSA w Krakowie z 7 kwietnia 2011 r., II SA/Kr 241/11, LEX nr 785698; <http://www.wspolnota.org.pl/artukul/14295,tezy-orzeczen> (wyrok nieprawomocny).

¹⁸ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 25 listopada 2009 r., II SA/Wr 331/09, LEX nr 587966.

¹⁹ Por. wyrok NSA o/Poznań z 27 lipca 1982 r., SA/Po 227/82; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A0423B40FC>.

²⁰ Wyrok NSA z 16 kwietnia 2009 r., II GSK 842/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C8028D5349>. Por. wyrok NSA z 1 marca 2006 r., I OSK 548/05, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/653BE6B8FC>. W wyroku WSA w Warszawie z 26 października 2006 r., VII SA/Wa 195/06, LEX nr 282665, orzeczono, że postępowanie administracyjne, w którym nie zweryfikowano sprzecznych twierdzeń stron i uczestników postępowania, stan faktyczny oparto na nieuzupełnionym materiale dowodowym, nie ustosunkowano się do treści istotnych w postępowaniu dokumentów, nie rozważono możliwości sprawdzenia wersji skarżącego i nie udowodniono, że wersja ta zawiera twierdzenia prawdziwe, czyni ustalenia organu dowolnymi, co narusza przepisy procedury administracyjnej w stopniu wpływającym na treść orzeczenia. Sąd nie badał, czy strona celowo dostarczyła niewyraźną kopię dokumentu, ale ocenił dowód pod kątem jego legalności.

²¹ Por. wyrok NSA z 9 marca 1989 r., II SA 961/88, ONSA 1989, nr 33, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8DD4BC6597>.

pieczeniu społecznym rolników nie formułują możliwości odebrania oświadczenia pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, a przepis art. 75 § 2 nie stanowi wystarczającej podstawy do odebrania takiego oświadczenia. Także wyrażenie wobec strony żądania poniesienia kosztów postępowania (poza sytuacjami, gdy wynikły one z winy strony lub zostały poniesione w jej interesie) jest sprzeczne z literą prawa, ponieważ ponoszenie kosztów przez stronę za przeprowadzenie z urzędu dowodów z inwentaryzacji czy ekspertyzy albo żądanie takiego dowodu od strony byłoby pozbawione kontroli instancyjnej²². W tym znaczeniu dowodem sprzecznym z prawem jest dowód nieokreślony w akcie normatywnym, niosący ryzyko nadinterpretacji dokonanej przez dany organ państwowy; w omawianym przypadku jego istota polegała na przeniesieniu ciężaru dowodowego na stronę, w której sprawie toczyło się postępowanie, co naruszyło kluczowe prawo strony do dobrowolnego przedstawienia materiału dowodowego w danej sprawie, zgodnego z przepisami prawa, ocenianego następnie przez organ administracyjny. Prawa strony nie mogą więc być zinterpretowane jako jej obowiązek.

Przyjrzyjmy się interpretacji zasady dopuszczalności materiału dowodowego w normie prawnej na przykładzie dwóch orzeczeń. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z 4 kwietnia 2008 r. uznał, że w postępowaniu administracyjnym można dopuścić jako dowód w sprawie zeznania strony w charakterze świadka w postępowaniu karnym²³. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z 22 kwietnia 2008 r. orzekł, że choć zgodnie z art. 75 § 1 k.p.a. jako dowód należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy, a nie jest sprzeczne z prawem, to dowody powinny być sporządzone na potrzeby prowadzonego postępowania administracyjnego²⁴.

Dowód sprzeczny z prawem należy rozważać nie tylko pod kątem jego zawartości merytorycznej, ale również formy. W myśl orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 sierpnia 1985 r.²⁵ i z 25 kwietnia 1985 r.²⁶ błędna forma dowodu („nieodpowiadająca przymiotowi dowodu”) kwalifikuje go jako dowód sprzeczny z prawem z powodu uchybień wobec wymagań zawartych w odrębnych przepisach.

Zatrzymajmy się nad sformułowaniem zawartym w art. 75 § 1 k.p.a.: „należy dopuścić wszystko, co może przyczynić się do wyjaśnienia sprawy”. Sprzeczne

²² Por. wyrok WSA w Krakowie z 22 lutego 2007 r., II SA/Kr 2273/03, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8B9947C42E>.

²³ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 30 kwietnia 2008 r., II SA/Go 41/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F751FC73D2>.

²⁴ Wyrok WSA we Wrocławiu z 22 kwietnia 2008 r., II SA/Wr 590/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/3568232C96>.

²⁵ Por. wyrok NSA z 27 sierpnia 1985 r., II SA 829/85, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/6B8A642E86>.

²⁶ Por. wyrok NSA z 25 kwietnia 1985 r., SA/Wr 95/85, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/84F5D94133>.

z prawem może być pośrednio niedostarczenie przez stronę dowodu mogącego przyczynić się do rozstrzygnięcia sprawy. Dowodem więc może się stać paradoksalnie celowe zatajenie faktów mających potencjalny wpływ na poprawność decyzji końcowej właściwego organu administracji państwowej. Na przykład Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z 17 grudnia 2008 r. orzekł, że zafałszowanie umowy sprzedaży eliminuje podstawę uznania, że umowa ta spełnia warunki dokumentu wymaganego przy złożeniu wniosku o rejestrację pojazdu („nie jest rzeczą organów administracji rozpoznających wnioski o rejestrację prowadzenie ustaleń w zakresie istnienia określonego prawa lub stosunku prawnego, gdyż postępowanie w tym zakresie zastrzeżone zostało przez art. 189 k.p.c. do właściwości sądów powszechnych”)²⁷. Z kolei Naczelny Sąd Administracyjny wyraził opinię, że „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne, a zatem skarżący powinien udowodnić w sposób niebudzący wątpliwości”²⁸.

Na postępowanie dowodowe składa się ogół czynności procesowych, które w sposób określony w dziale II, rozdziale 4 k.p.a. zmierzają w szczególności do ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania administracyjnego²⁹. Przykładowo, Izba Karna Sądu Najwyższego w orzeczeniu z 18 maja 2009 r. stwierdziła, że zatajenie faktu otrzymywania alimentów nie miało wpływu na decyzję przyznania świadczeń z pomocy społecznej, która byłaby pozytywna również w razie wiedzy organu pomocowego o alimentach. Jeśli zatem nie dochodzi do naruszenia dobra prawnego lub jego zagrożenia, nie ma też znamion przestępstwa zgodnie z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.³⁰

Przedmiotem zainteresowania organu administracyjnego z zasady nie jest określenie zgodności z prawem pobudek kierujących stroną³¹. Jednakże forma opinii – jako dowodu przedstawianego przez stronę – nie podważa jego wiarygodności i mocy dowodowej, jeśli opinię taką poddano ocenie organu administracji. Organ administracji bada pod kątem wiarygodności i legalności uzyskany dowód, ale nie włącza jako przedmiotu postępowania rozstrzygnięcia, czy np. oświadczenie pozyskano w sposób zgodny z prawem. Tymczasem oświadczenie uzyskane np. od osoby działającej pod groźbą lub przymusem (fizycznym bądź psychicznym) nie stanowi przejawu woli, lecz powinno być traktowane jako dowód sprzeczny z prawem, podobnie jak uzyskane w wyniku podstępu. Także wadliwość przeprowadzonego

²⁷ Wyrok WSA w Łodzi z 17 grudnia 2008 r., III SA/Łd 546/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/97D3919E96>.

²⁸ Wyrok NSA z 23 czerwca 1986 r., II SA 208/86, ONSA 1986, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/73AB812CAF>.

²⁹ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op.cit., s. 190.

³⁰ Wyrok Sądu Najwyższego (SN) z 18 maja 2009 r. IV KK 459/08, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa” (OSNKW) 2009, nr 9, poz. 75.

³¹ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 3 marca 2009 r., I SA/Wr 1041/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/14F07E4C34>.

dowodu w postaci milczenia strony nie oznacza akceptacji ani nie zwalnia z obowiązku przeprowadzenia prawidłowego dowodzenia³².

Złożone przez stronę postępowania nieprawdziwe oświadczenia lub zeznania wymuszone na świadku stanowią oczywiście dowody, których dopuszczenia w sprawie prawo zabrania. Dlatego strona składa oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności za fałszywe zeznania³³. Przed odebraniem tego oświadczenia organ orzekający uprzedza stronę o odpowiedzialności, co stanowi przesłankę konieczną w razie konieczności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej³⁴.

Zaniechanie przez organy administracji państwowej podjęcia czynności procesowych zmierzających do zebrania pełnego materiału dowodowego stanowi uchybienie proceduralne, a w konsekwencji powoduje wadliwość decyzji³⁵. Podobnie może być oceniane nieuzyskanie przez organ dowodów z przesłuchania świadków, zawnioskowanych przez skarżącego tylko z tego powodu, że zeznania tych osób mogłyby nie być obiektywne, np. z powodu pokrewieństwa ze stroną (narusza to art. 75 k.p.a.)³⁶.

Na podstawie art. 75 § 1, art. 77 § 1 i art. 80 k.p.a. organ administracji publicznej jest zobligowany dążyć do zebrania pełnego materiału dowodowego, który jego zdaniem będzie konieczny do prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy. Dlatego np. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 listopada 2006 r. stwierdzono, że brak dołączenia dowodów (braki w dokumentacji) będących w posiadaniu organu stanowi podstawę uchylenia decyzji takiego organu administracji państwowej³⁷.

Zarówno uczestnik postępowania, jak i organ administracyjny mają obowiązek składania dowodów zgodnych z prawem i dążenia do wyjaśnienia stanu rzeczywistego. Zaniechanie realizacji tego obowiązku stanowi zawężanie postępowania dowodowego³⁸.

³² Por. wyrok WSA w Warszawie z 12 maja 2006 r., VI SA/Wa 180/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/9778F3F31D>.

³³ Złożenie przez stronę oświadczenia zależy od tego, czy przepis prawa wymaga przedłożenia oświadczenia i złożenia przez stronę wniosku o pragnieniu złożenia oświadczenia.

³⁴ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, op.cit., s. 227.

³⁵ Wyrok WSA w Warszawie z 30 maja 2007 r., I SA/Wa 278/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7DF68FB9A2>.

³⁶ Por. wyrok WSA w Warszawie z 13 października 2004 r., IV SA/Wa 60/04, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D6764B5882>.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 8 listopada 2006 r., I SA/Wa 460/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7B9E5C8B75>.

³⁸ Por. wyrok WSA w Warszawie z 3 sierpnia 2005 r., V SA/Wa 3342/04, Legalis, w którym sąd orzekł, że niedopuszczalne jest wezwanie cudzoziemca do dostarczenia dokumentu podróży, na podstawie którego wjechał do Polski, oraz innych dokumentów potwierdzających jego nieprzerwany pobyt na terytorium RP, zawężając zakres postępowania dowodowego tylko do dowodów z dokumentów, jeśli bowiem cudzoziemiec nie mógłby wykazać w sposób wystarczający swego

Gdy przepisy prawa materialnego wprowadzają w określonej sytuacji szczególny wymóg dowodowy, pominięcie takiego dowodu stanowi naruszenie przepisów postępowania administracyjnego. Za niedopuszczalne należy uznać także wszelkie próby wykazania, że pominięcie dowodu w konkretnym przypadku nie miało wpływu na treść rozstrzygnięcia³⁹.

Kodeks postępowania administracyjnego dopuszcza ustalenie okoliczności faktycznych bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, gdy przepisy szczególne przewidują uprawdopodobnienie tych okoliczności, uznawane co prawda za „środek zastępczy dowodu w znaczeniu ścisłym”, lecz niosące z sobą jedynie prawdopodobieństwo, a nie pewność twierdzenia o zaistnieniu określonego faktu⁴⁰. Przepisy prawne ograniczają możliwość stosowania uprawdopodobnienia tylko wobec faktów, które mają kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia istoty sprawy, w której toczy się postępowanie. Dopuszcza się natomiast uprawdopodobnienie okoliczności faktycznych wskazujących na wątpliwość co do bezstronności pracownika (art. 24 § 3 k.p.a.) lub brak winy osoby, która uchybiła terminowi (art. 58 § 1 k.p.a.)⁴¹.

Stosując ogólną regułę dowodową określoną w art. 6 k.c.⁴² do postępowania administracyjnego, uznaje się, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne⁴³.

Dokument uznaje się za prawdziwy, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki⁴⁴:

- został wystawiony przez kompetentny organ;
- treść dokumentu odpowiada rzeczywistości;
- treść dokumentu jest niezmieniona, czyli pozostaje taka, jaką nadał mu wystawca.

Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego statuuja określone domniemanie (presumpcje), choć nie podają definicji domniemania⁴⁵. Domniemanie faktyczne charakteryzuje się tym, że⁴⁶:

nieprzerwanego pobytu dokumentami, to równoprawnymi środkami dowodowymi są inne, w tym wymienione przykładowo w art. 75 k.p.a. Zob. też wyrok NSA z 21 października 2008 r., I OSK 1679/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A46FF9D76D>.

³⁹ Por. wyrok NSA z 12 czerwca 1986 r., SA/Gd 196/86, Legalis.

⁴⁰ Por. wyrok NSA z 1 marca 2002 r., I SA/3103/01. E. Iserzon, J. Starościk, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1970, s. 158–159.

⁴¹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, op.cit., s. 211.

⁴² Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

⁴³ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op.cit., s. 190.

⁴⁴ B. Graczyk, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1953, s. 113; W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, op.cit., s. 317. Por. E. Bojanowski, Z. Cieślak, J. Lang, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 48.

⁴⁵ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op.cit., s. 197.

⁴⁶ E. Iserzon, J. Starościk, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op.cit., s. 158.

- organ może uznać za fakt o istotnym znaczeniu dla rozstrzygnięcia sprawy wniosek wyprowadzony z innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.⁴⁷);
- wynik doświadczenia życiowego: związek faktu doświadczanego z poszukiwanym ustala się na podstawie doświadczenia i wnioskując na podstawie faktu nieposzukiwanego o istnieniu faktu poszukiwanego.

Natomiast domniemanie prawne⁴⁸:

- jest ustalone przez prawo;
- nakazuje przyjęcie faktu poszukiwanego na podstawie innego faktu;
- przepis prawa wysnuwa wniosek zobowiązujący organ postępowania.

Domniemanie faktyczne jako dowód w sprawie nie może stanowić podstawy jakichkolwiek ustaleń, jeżeli daną okoliczność można udowodnić za pomocą środków dowodowych dostępnych organowi⁴⁹.

Wyróżnia się dwa rodzaje domniemań, z których korzystają dokumenty urzędowe⁵⁰:

- domniemanie prawdziwości: zakłada się, że dokument pochodzi od organu, który go wystawił;
- domniemanie zgodności z prawdą – oświadczenia organu, od którego dokument pochodzi.

W art. 76 § 1 i 3 k.p.a. oraz w art. 194 § 1 i 3 Ordynacji podatkowej przyjęto domniemanie zgodności z prawdą zawartości dokumentu, które może być obalone jedynie przez przeprowadzenie dowodu przeciwko treści dokumentu (art. 76 § 3 k.p.a., art. 194 § 3 Ordynacji podatkowej). Nie ustanowiono wyraźnie domniemania prawdziwości. Brzmienie art. 76 § 1 k.p.a. i art. 194 § 1 Ordynacji podatkowej daje podstawę do przyjęcia poglądu, że dokumentom urzędowym przysługuje domniemanie prawdziwości⁵¹.

Podsumowując, sprzeczne z prawem są dowody nieprawdziwe, wprowadzające w błąd lub uniemożliwiające wydanie przez organ decyzji zgodnej ze stanem rzeczywistym. Kodeks postępowania administracyjnego zawiera otwarty katalog rodzajów materiału dowodowego, co wynika z braku możliwości doprecyzowania przez ustawodawcę wszystkich okoliczności, które w postępowaniu administracyjnym mogą być uznane za dowód. Pozostawia to pewien obszar swobody oceny organu administracyjnego, korzystny dla elastyczności procesu, lecz obciążający organ koniecznością określenia zgodności przyjętego dowodu z prawem. Teoria procesów decyzyjnych w administracji ogranicza poważnie możliwość dynamicznej

⁴⁷ Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 298 ze zm.

⁴⁸ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op.cit., s. 197.

⁴⁹ Por. wyrok NSA z 12 grudnia 2001 r., II SA 1809/00, Legalis.

⁵⁰ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, op.cit., s. 318.

⁵¹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownictwo administracyjne*, op.cit., s. 216.

relacji organu państwowego ze stroną postępowania, ale praktyka i przedstawiona analiza procesu oceny wartości dowodu stawia wobec obu tych stron wymagania mające na celu weryfikację materiału dowodowego.

Bibliografia

- Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Bojanowski E., Cieślak Z., Lang J., *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Chorąży K., Taras W., Wróbel A., *Postępowanie administracyjne, egzekucyjne i sądownoadministracyjne*, Zakamycze, Kraków 2005.
- Dobkowski J., *W kwestii argumentacyjnego stosowania prawa administracyjnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, t. 13, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.
- Encyklopedia prawa*, U. Kalina-Prasznica (red.), Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Graczyk B., *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 1953.
- Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1970.
- Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Poznań 1995.
- Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, R. Kmiecik (red.), Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Siedlecki W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1972.

Summary

Illegal evidence in administrative proceedings

The aim of administrative proceedings is to adjudicate correctly in individual case. Such adjudication is possible if the state administration body examines the case from the factual and legal perspective. Evidence used in administrative proceeding cannot be against the law, i.e. untrue, misleading or preventing the body from giving a decision.



In memoriam Jan Szachułowicz (1928–2010)

10 lutego 2010 r. w Warszawie zmarł Profesor Jan Szachułowicz, znakomity naukowiec i dydaktyk, specjalista z zakresu prawa rzeczowego, prawa rolnego oraz prawa samorządu terytorialnego.

Chociaż wiedzieliśmy o ciężkiej chorobie Profesora, łudziliśmy się, że również tym razem Jego niespożyta energia wewnętrzna zwalczy groźny kryzys. Niestety, nasze nadzieje nie spełniły się. Odszedł w ten sposób jeden z najznakomitszych polskich cywilistów, utalentowany pedagog, oddany przyjaciel młodzieży i życzliwy wychowawca młodej kadry naukowej.

Jan Szachułowicz urodził się 31 maja 1928 r. w Kutnie. Jego dzieciństwo i młodość przypadły więc na najstraszniejszy okres w historii naszego państwa i narodu, jaki stanowiła II wojna światowa oraz trudne lata powojennej stalinizacji Polski. Po ukończeniu gimnazjum zdecydował się podjąć studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego. Jego talent i pracowitość zostały stosunkowo wcześniej dostrzeżone przez znanego specjalistę od prawa rzymskiego, Profesora Edwarda Gintowt-Dziewiałtowskiego, który zaproponował wyróżniającemu się studentowi pozostanie w kierowanej przez siebie katedrze w charakterze zastępcy asystenta.

Jednakże pomimo niewątpliwej fascynacji działalnością naukową stosunkowo wcześniej (w 1952 r.) Jan Szachułowicz zdecydował się zrezygnować z niej na rzecz podjęcia pracy w sądownictwie, która dała mu okazję wykazać się głęboko zakorzenionym poczuciem sprawiedliwości i legalizmu. Przebył wszystkie szczeble sędziowskiej kariery, awansując stopniowo od stanowiska aplikanta sądowego aż do stanowiska sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej.

Praca w sądownictwie dostarczyła Sędziemu Janowi Szachułowiczowi mnóstwa satysfakcji i stała się dla Niego przysłowiową „szkołą życia”, a także niezwykle cennym polem obserwacyjnym, służącym praktycznemu zgłębieniu mechanizmów stosowania przepisów prawnych. Jak przyznawał u schyłku życia, rozległe doświadczenie płynące z długoletniej działalności orzeczniczej okazało się bezcennym wsparciem rozwoju Jego dalszej kariery naukowej. Należy w tym miejscu wspomnieć,

że już w drugiej połowie lat 50. Jan Szachułowicz zdecydował się powrócić do pracy naukowej na Wydziale Prawa Uniwersytetu Warszawskiego, początkowo w charakterze asystenta, a następnie starszego asystenta zatrudnionego w Katedrze Prawa Cywilnego. Tutaj także w 1966 r. uzyskał stopień doktora nauk prawnych na podstawie rozprawy zatytułowanej: *Odpowiedzialność deliktowa za ruch przedsiębiorstw państwowych uprawianych w ruch siłami przyrody*.

W pracy tej (wydanej następnie w 1968 r.) Jan Szachułowicz poddał szczegółowej analizie ówczesne ustawodawstwo pod kątem jego skuteczności w zakresie przeciwdziałania powstawaniu szkodom oraz redukowania szkodliwości emisji związanych z użyciem środków technicznych, których funkcjonowanie powodowało określone zagrożenia dla otoczenia. Wychodził przy tym z założenia, że charakter szkód wynikających z ruchu przedsiębiorstw słusznie skłania ustawodawcę do wprowadzenia zasad ochrony na podstawie norm zaliczających się do różnych dziedzin prawa. Skłoniło to Autora do objęcia materiały omawianej rozprawy obok cywilnoprawnych reguł odpowiedzialności także przepisów zaliczanych do prawa administracyjnego. W szczególności aprobując odniósł się On do zaostrzenia pod rządą Kodeksu cywilnego zasad prowadzenia przedsiębiorstw państwowych w oparciu o siły przyrody. Wychodził bowiem z założenia, że powinno to skłaniać kierownictwa tych zakładów do podejmowania wszelkich środków zaradczych eliminujących ewentualne powstawanie szkód (realizacja funkcji prewencyjnej), a jednocześnie realnie wzmacniać ochronę interesów poszkodowanych (realizacja funkcji kompensacyjnej).

Z perspektywy czasu widać, iż zakres rozważań objętych materiały rozprawy doktorskiej w poważnym stopniu wyznaczył krąg dalszych zainteresowań badawczych Jana Szachułowicza. Reprezentował On bowiem typ naukowca, którego zainteresowania wykraczają poza tylko jedną, wybraną dziedzinę dociekań. Sprzyjały temu oczywiście rozległa wiedza, doświadczenie w stosowaniu norm prawnych oraz perfekcyjne opanowanie warsztatu analizy prawniczej.

Z perspektywy czasu dostrzec można także, iż charakterystycznym przejawem intelektualnych analiz dokonywanych przez Profesora Szachułowicza było traktowanie poszczególnych problemów, zagadnień, zjawisk jako fragmentu większej całości. Zawsze starał się On bowiem zmierzać do syntezy oraz dostrzegać występujące pomiędzy poszczególnymi elementami związku, co pozwalało w rezultacie rekonstruować całość jako pewien system. Należy też podkreślić, że Zmarły czynił to, dostrzegając cele, rolę oraz funkcje społeczne i gospodarcze, jakie powinno spełniać prawo. Jednocześnie był przekonany o tym, że dobre prawo (a zwłaszcza cywilne) powinno się posługiwać przepisami oraz normami jasnymi, precyzyjnie sformułowanymi i wewnętrznie spójnymi, gdyż inaczej nie jest ono w stanie spełnić oczekiwań przed nim stawianych.

Jak wspomniałem, przy dokonywaniu przeglądu całej twórczości naukowej Profesora Jana Szachułowicza uderza jej niezwykła różnorodność, aczkolwiek niewątpliwie (zwłaszcza w jej pierwszym okresie) centralne miejsce zajmuje tutaj sfera szeroko ujmowanej cywilistyki. Zmarły był autorem kilkudziesięciu publikacji naukowych, w tym monografii, komentarzy, podręczników i studiów nie tylko z najróżniejszych działów, ale również rozmaitych, zupełnie odległych i przeciwstawnych gałęzi prawa. Warto chociażby wspomnieć o Jego pracach poświęconych między innymi zagadnieniom związanym ze spadkobranie, kontraktacją, własnością komunalną, prawnymi aspektami zwalczania alkoholizmu czy też najmem lokali. Wiodącym jednak obszarem badawczym Profesora Jana Szachułowicza stała się z biegiem czasu problematyka dotycząca prawnych aspektów gospodarowania nieruchomościami. W dziedzinie tej Zmarły osiągnął pozycję niekwestionowanego autorytetu naukowego, którego wiedza oraz umiejętności praktyczne przejawiały się w szczególności w wydawaniu przez Niego opinii prawnych w najbardziej trudnych i zawiłych sprawach z tego zakresu. Należy nadmienić także, że Profesor był współautorem wielokrotnie wznawianych i cieszących się znaczną popularnością komentarzy do Kodeksu cywilnego oraz do ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami.

Stopniowo jednak, poza analizowaniem zasad, instytucji i uregulowań prawa cywilnego (głównie materialnego) Profesor Jan Szachułowicz zaczął w ramach swoich publikacji wkraczać w coraz to nowe obszary zainteresowań. Łączyło je z pewnością to, że z reguły należały one do najbardziej trudnych, kontrowersyjnych i najsłabiej spenetrowanych warstw problemowych, a jednocześnie odgrywały nader istotną rolę w praktyce stosowania prawa.

Wspomniana ewolucja prac badawczych dotyczyła zwłaszcza problematyki prawa rolnego, które z biegiem lat stało się zasadniczą dyscypliną Jego dociekań naukowych oraz wiodącym przedmiotem działalności dydaktycznej. Znalazło to odzwierciedlenie w rozprawie habilitacyjnej ówczesnego doktora Jana Szachułowicza, obronionej w 1978 r. pod tytułem *Indywidualne gospodarstwo rolne jako przedmiot wspólności ustawowej małżeńskiej* (ogłoszonej drukiem w 1979 r.). Warto zwrócić uwagę na interdyscyplinarny (podobnie jak w przypadku doktoratu) charakter tej pracy, problematyka w niej poruszona bowiem sytuowała się na pograniczu prawa rolnego, cywilnego i rodzinnego. Autor szeroko przedstawił powiązania i zależności związane z normowaniem funkcji gospodarstwa rolnego oraz poddał szczegółowej analizie model stosunków majątkowych małżeństw prowadzących tego typu gospodarstwa.

Wymaga podkreślenia, iż w ówczesnej literaturze przedmiotu praca ta stanowiła swoiste *novum*, co było związane z uprzednim lansowaniem przez władze wzorców tak zwanej socjalistycznej przebudowy wsi, a więc popieraniem różnych form kolektywizacji. Co więcej, Autor ówczesne ustawodawstwo ocenił pod kątem jego przydatności w zapewnieniu swobody prowadzenia indywidualnych gospodarstw rolnych. Stawiał przy tym niezwykle śmiałą (w ówczesnych realiach) tezę, iż ze

względem na osiągnięte przez nie wyniki ekonomiczne powinny one stanowić podstawę ustroju rolnego w ramach państwa socjalistycznego.

Druga połowa lat 70. stanowiła nowy etap w karierze naukowej Profesora, gdyż podjął On działalność dydaktyczną jako kierownik Zakładu Prawa Rolnego, początkowo w Akademii Rolniczo-Technicznej w Olsztynie, a następnie na Wydziale Ekonomiki Rolnictwa Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie. Stamtąd też zdecydował się powrócić w początkach lat 90. na Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, gdzie przez wiele lat był członkiem Rady Instytutu Prawa Administracyjnego. Jako profesor w Zakładzie Prawa Rolnego kierował jednocześnie Podyplomowymi Studiami Rzeczoznawstwa Majątkowego, Pośrednictwa Obrotu Nieruchomościami i Zarządzania Nieruchomościami. Wymaga podkreślenia, iż Zmarły był współautorem programu tych studiów podyplomowych, w interdyscyplinarny sposób przygotowujących absolwentów do zdania stosownych egzaminów państwowych.

Zwieńczeniem akademickiej kariery Profesora Jana Szachułowicza stało się objęcie (już po przejściu na emeryturę) funkcji dziekana Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa imienia Heleny Chodkowskiej w Warszawie, gdzie dał się poznać jako wybitny organizator życia akademickiego. Była to niestety ostatnia funkcja w Jego jakże bogatym i obfitującym w ciekawe wydarzenia życiu.

Godne podkreślenia jest, że w okresie transformacji ustrojowej po 1989 r. Profesor nader aktywnie włączył się w działalność legislacyjną zmierzającą do rozwiązania najbardziej istotnych problemów społecznych i gospodarczych. Swoją aktywność skoncentrował przede wszystkim na kwestiach związanych ze sprawami restryktacji, który to problem pomimo Jego wielu wysiłków nie doczekał się ostatecznego uregulowania do chwili obecnej, co oznacza po prostu przerzucenie kosztów związanych z restytucją mienia na barki przyszłych pokoleń. Przygotowywane przez Niego kolejne wersje ustaw restryktacyjnych nie znalazły, niestety, wystarczającego poparcia politycznego, podobnie zresztą jak kwestie dotyczące uwłaszczenia osadników na tak zwanych Ziemiach Odzyskanych, której to problematyce poświęcił wiele uwagi u schyłku swojego życia. Jednocześnie sporo publikował na temat problematyki dotyczącej przemian własnościowych, w ten sposób powstały unikatowe w literaturze przedmiotu pozycje poświęcone statusowi prawnemu mienia pożydowskiego i poniemieckiego oraz zagadnień związanych z restryktacją lasów czy jezior.

Innym, nader trudnym kompleksem zagadnień, któremu poświęcał wiele uwagi i troski był status służby cywilnej, której pierwszym szefem został po jej powstaniu w 1997 r. Niestety, również w tym przypadku bieżąca walka polityczna okazała się barierą skutecznie tamującą Jego pomysły i inicjatywy, zmierzające do budowy apolitycznej i fachowej służby cywilnej.

Aktywność Profesora Szachulowicza na forum publicznym nierozzerwalnie była związana z Jego członkostwem w Radzie Legislacyjnej (w latach 1994–1998), a także w Krajowej Komisji Uwłaszczeniowej przy Prezesie Rady Ministrów. Włączenie się przez Zmarłego w prace legislacyjne dotyczące uporządkowania problematyki związanej ze statusem prawnym własności komunalnej było przejawem troski o prawidłowy rozwój samorządu terytorialnego w naszym kraju.

Paradoksalnie przejście na emeryturę otworzyło chyba najpłodniejszy okres w zakresie dokonań naukowych Profesora Jana Szachulowicza. Powstało wtedy – poza wspomnianymi pracami dotyczącymi głównie reprivatyzacji i komentarzami do Kodeksu cywilnego i ustawy o gospodarowaniu nieruchomościami – unikatowe w polskim piśmiennictwie studium na temat własności publicznej. To kolejne nowatorskie dzieło w dorobku Profesora poświęcone zostało wyczerpującemu i przejrzystemu omówieniu kwestii związanych z pojęciem, rodzajami, sposobami nabywania bądź zarządzania tym ciągle odgrywającym fundamentalną rolę w naszym kraju rodzajem własności. Interesujące jest przy tym, że jest to kolejna praca o interdyscyplinarnym charakterze, łącząca nie tylko zagadnienia cywilistyczne czy administracyjnoprawne, lecz także konstytucyjne, które Autor poruszał przy okazji dokonywania własnej oceny przekształceń własnościowych. Istotną wartością tej monografii jest przejrzyste wyliczenie cech specyficznych dla zrozumienia istoty własności publicznej oraz wyjaśnienie kontrowersyjnych problemów dotyczących między innymi komunalizacji mienia ogólnonarodowego, a także procesów reprivatyzacji i powszechnego uwłaszczenia.

Profesor Jan Szachulowicz pracował naukowo i dydaktycznie aż do końca swoich dni, publikując artykuł o zapłodnieniu *in vitro* czy też przygotowując kolejne wydanie komentarza wyczerpująco omawiającego problemy wiążące się z jednym z najtrudniejszych obszarów regulacji normatywnej, jaki stanowi prawo wodne. Nosił się również z zamiarem przygotowania pracy dotyczącej statusu prawnego mienia Łemków (przesiedlonych i wywłaszczonych na skutek tzw. akcji „Wisła”), niestety, zamiaru tego nie udało się zrealizować.

Prawdziwą pasją Profesora była przyroda i zwierzęta, był też znawcą kultury i zwyczajów ludowych. Niemal do chwili śmierci prowadził pod Warszawą niewielkie gospodarstwo rolne, w którym hodował rasowe konie.

Chociaż życie nie szczędziło mu wielu przykrych przeżyć i rozczarowań, nie był człowiekiem zgorzkniałym. Potrafił cieszyć się w niezwykle sposób z rzeczy wydawać by się mogło błahych czy prozaicznych. Do końca swoich dni, pomimo zastraszających postępów śmiertelnej choroby zachował niezwykle przytomność umysłu i cechujący Go hart ducha, którym na co dzień imponował ludziom młodszym od siebie. Niezwykle istotną rolę w Jego życiu odgrywała zawsze rodzina, a zwłaszcza żona, z którą przeżył w szczęśliwym związku ponad pół wieku.

Z najwyższym szacunkiem i wdzięcznością trzeba też wspomnieć o nacechowanym życzliwością stosunku Pana Profesora do studentów i doktorantów. Stawiał im wysokie wymagania, lecz jednocześnie był niezwykle sprawiedliwy i obiektywny w swoich ocenach, a także zawsze chętny do niesienia pomocy. Wiele razy objawiało się to w szczególności w takich sytuacjach, gdzie tylko On mógł być kompetentny (zwłaszcza w rozwiązywaniu najbardziej skomplikowanych problemów prawnych).

Jego śmierć, chociaż stanowiła konsekwencję długotrwałej choroby, przysła niespodziewanie, pogrążając w smutku środowisko polskich prawników, w którym Profesor cieszył się niekwestionowanym autorytetem. Odszedł gorący patriota, człowiek odznaczający się wybitnym umysłem, niezwykle szlachetny, prawy i skromny.

Pozostanie w naszej wdzięcznej pamięci na zawsze.

Przemysław Czernicki

Wojciech Sokolewicz

Wokół Konstytucji. Pisma wybrane

Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 504

5 grudnia 2011 r. w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie odbyła się podniosła uroczystość osiemdziesięciolecia urodzin profesora Wojciecha Sokolewicza. Z tej okazji Wydawnictwo Wolters Kluwer wydało książkę, w której zgromadzone zostały wybrane publikacje stworzone przez jubilata w latach 1975–2010.

Istnieje zasadnicza trudność uniemożliwiająca jednoznaczne scharakteryzowanie prac zawartych w tomie zatytułowanym *Wokół Konstytucji*, wynikająca z faktu, że jakkolwiek ogół opracowań spaja myśl prawnokonstytucyjna, to dotyczą one różnych pod względem tematycznym zagadnień szczegółowych. Redaktorzy tomu, Jan Wawrzyniak i Joanna Kielin-Maziarz, uporządkowali więc zawarte w nim prace w pięciu działach: 1. Ustrój Stanów Zjednoczonych Ameryki, 2. Prawa człowieka, 3. O transformacji ustrojowej, 4. Zasada podziału władz i 5. Trybunał Konstytucyjny. W ramach tych działów udostępniono czytelnikom dwadzieścia dwa opracowania Autora zbioru. Najobszerniej (w postaci ośmiu prac) reprezentowane są poglądy W. Sokolewicza w sprawie transformacji ustrojowej. Poszczególne teksty różnią się ponadto sposobem przedstawiania analizowanej materii. Są wśród nich zarówno opracowania typowe dla dogmatyki prawa konstytucyjnego, jak i prace mające znamiona publicystyczne, bliskie eseju prawnopolitologicznego (*Próba przewidywania zmian w strukturach politycznych Zachodu*) oraz wybrane komentarze norm konstytucyjnych (*Noty do art. 57 i 58 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*¹). Odnotować wreszcie należy, że opracowania zawarte w omawianym tomie różnią się pod względem kompletności analizowanych zagadnień, a także objętości. Z tej perspektywy wyróżnia się obszerny komentarz do konstytucyjnych unormowań dotyczących wolności zgromadzania się i zrzeszania (s. 175–242) oraz relatywnie do niego krótka wypowiedź (s. 489–493) w sprawie upodabniania toku postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym do postępowania sądowego (*Czy Trybunał Konstytucyjny ulega nadmiernej judycjalizacji*).

Spostrzeżenia te nie upoważniają bynajmniej do formułowania wniosku, że kwestie transformacji ustrojowej stanowią zasadniczy rys zainteresowań

¹ W książce błędnie (na s. 175 i 503) podano jako rok uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej rok 2007.

badawczych i dorobku twórczego W. Sokolewicza albo że mniejsze objętościowo wypowiedzi nie stanowiły i nie stanowią nadal doniosłego głosu wśród głównego tenoru środowiska jurystów zajmujących się prawem konstytucyjnym. Można mniemać, że redaktorzy tomu, przyjmując założoną przez nich konwencję podziału książki na pięć działów, stanęli przed nie lada problemem – wyboru z ogromnego dorobku W. Sokolewicza „pism” nie tylko odpowiednio reprezentatywnych z punktu widzenia koherencji z tematem konkretnego działu, ale również współmiernych objętościowo do planowanego przedsięwzięcia wydawniczego oraz zachowujących aktualność naukową.

Wypada przypomnieć, że poza tekstem książki znalazły się niektóre znakomite prace W. Sokolewicza mogące aspirować do wypełnienia ram działów obejmujących tematykę transformacji ustrojowej, podziału władzy i Trybunału Konstytucyjnego². Osobno należy zauważyć, że wielotematyczna działalność twórcza Autora nie da się ściśle uporządkować w ramach niewielkiej liczby działów zagadnieniowych występujących w omawianej książce. Celowe więc wydaje się przykładowe wymienienie prowadzonych przez W. Sokolewicza studiów, obejmujących problematykę wykraczającą poza ramy działów przewidzianych w publikacji. Obejmują one wiele szczegółowych zagadnień, wśród nich: instytucji prezydenta w polskim systemie ustrojowym, działalności egzekutywy, zwłaszcza odpowiedzialności członków Rady Ministrów³, funkcji Sił Zbrojnych, potrzeby reform Senatu, udziału organów Sejmu w opiniowaniu aktów prawa wtórnego Unii Europejskiej, wolności prasy⁴ i innych kwestii. Niekiedy analiza konkretnego zagadnienia (np. hiszpańskich doświadczeń prawa konstytucyjnego) posłużyła W. Sokolewiczowi do sformułowania szerszych refleksji, mających zastosowanie do konstruowania zasad polskiej konstytucji (m.in. wypowiedzi o istocie pluralizmu politycznego⁵). Podobnie

² Por. *Rzeczpospolita Polska – demokratyczne państwo prawne (Uwagi na tle ustawy z 29 XII 1989 o zmianie Konstytucji)*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 4, s. 12–29; *Konstytucjonalizm europejski i przyszła polska konstytucja*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8, s. 3–17; *Rozdzielone lecz czy równe? Legisytywa i egzekutywa w Małej Konstytucji 1992 r.*, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 1, s. 22–42; *Czy rak może być rybą a Trybunał sądem?*, w: *Państwo prawa, administracja, sądownictwo. Prace dedykowane J. Łętowskiemu*, A. Łopatka i in. (red.), Warszawa 1999, s. 243–259; *Nowa rola konstytucji w postsocjalistycznych państwach Europy Środkowej i Południowo-Wschodniej*, w: *Ten Years of the Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*, K. Działocha i in. (red.), Lublin 2000, s. 11–38.

³ Efektem zainteresowania wspomnianą tematyką było stworzenie przez W. Sokolewicza monografii pt. *Odpowiedzialność parlamentarna Rządu RP (votum zaufania, votum nieufności, absolutorium)*, Warszawa 1993, s. 125.

⁴ Studia związane z problematyką wolności prasy zaowocowały przygotowaniem przez W. Sokolewicza obszernej monografii pt. *Prasa i konstytucja*, Warszawa 2011, s. 276. Por. recenzję tej książki I.C. Kamińskiego w tym numerze „Państwa Prawnego”.

⁵ Por. *Pluralizm polityczny a ochrona praworządności (Z doświadczeń hiszpańskiego konstytucjonalizmu)*, w: *Państwo – ustroj – konstytucja – studia poświęcone W. Skrzydle*, L. Antonowicz i in. (red.), Lublin 1991, s. 267–291.

było z innymi pracami, które były wielokrotnie cytowane w literaturze prawa konstytucyjnego czy w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁶ i stawały się inspiracją dla podejmowania prac badawczych przez innych uczonych w zakresie prawa i politologii.

Jak już powiedziano, książka obejmuje prace publikowane począwszy od 1975 r. Wywołuje to kwestię aktualności formułowanych dawniej tez, prowadzonych w innych warunkach analiz i wyrażanych wniosków oraz rekomendacji. Niewątpliwie pewne fragmenty zamieszczonych w książce opracowań mają wartość historyczną, jednakże bez względu na tego rodzaju przymiot nie są one pozbawione walorów użytkowych, zwłaszcza poznawczych i dydaktycznych, które dziś pozwalają lepiej zrozumieć procesy przemian ustrojowych rodzących się przed dokonaniem zasadniczej zmiany systemu politycznego w Polsce oraz umożliwiają zapoznanie się z motywacjami i mechanizmami decyzji, które doprowadziły do ukształtowania obecnego ustroju politycznego.

Najbardziej interesującą kwestię jednak może stanowić sprawa aktualności myśli zawartych w pracach W. Sokolewicza, stworzonych przez niego przed wieloma laty. Nie jest łatwo ustosunkować się do owej kwestii, ponieważ przyczyna nie tkwi wyłącznie w materii, która jest bądź była przedmiotem jego zainteresowań badawczych, ale w stylu uprawiania przezeń nauki i pisarstwa naukowego. Przede wszystkim należy zauważyć, że Autor książki nigdy nie stronił od tematów trudnych, których ranga nie była doraźna. Ponadto zawsze skupiał uwagę na sprawach najważniejszych i mających wyjątkowe znaczenie dla egzystencji państwa i społeczeństwa oraz analizował je w powiązaniu z teorią i praktyką ustrojową Polski i innych państw. Dzięki wymienionym okolicznościom prace W. Sokolewicza zachowują trwałość dokonywanych ustaleń i rekomendacji, która nie jest walorem ogółu publikacji naukowych. Wspomniane cechy można więc uznać za argument przemawiający za tym, że stworzone przez W. Sokolewicza opracowania służyły nie tylko dawniejszym potrzebom, lecz także są nadal użyteczne dla nauki, praktyki prawniczej i dydaktyki. Biorąc pod uwagę tę wypowiedź, należy pozytywnie ocenić wartość przedsięwzięcia, którego efektem stało się zgromadzenie w postaci wydawnictwa zwartego dotychczas rozproszonych pism W. Sokolewicza. Oceniając trafność i użyteczność tej inicjatywy wydawniczej, trzeba uwzględnić fakt, że niektóre prace pierwotnie były publikowane w czasopiśmie wspólnie trudno dostępnych (m.in. chodzi o polskie czasopisma i zbiory wewnątrzuczelniane oraz zagraniczne) lub już nieistniejących⁷. Dzięki temu przedsięwzięciu uchroniono od

⁶ Por. E. Popławska, *Wojciech Sokolewicz – życie i twórczość naukowa*, w: *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, M. Kruk, J. Trzciński, J. Wawrzyniak (red.), Warszawa 2002, s. 15.

⁷ Dotyczy to np. tekstu o znaczeniu konstytucji USA, zatytułowanego *Nauki z cnót i zalet*, którego pierwotna wersja opublikowana została w 1988 r. na łamach nieistniejącego „Prawa i Życia”,

zapomnienia i umoŹliwiono upowszechnienie dorobku badawczego odtwarzającego najwaŹniejsze zagadnienia przemian konstytucyjno-ustrojowych w Polsce oraz istniejącego systemu politycznego.

Konkludując, można twierdzić, Źe dzięki opublikowaniu zbioru prac W. Sokolewicz udostępniono czytelnikowi polskiemu niezwykle cenny i dotychczas trudno dostępny zasób wiedzy z dziedziny współczesnego prawa konstytucyjnego.

Waldemar J. Wołpiuk

tekstu o tytule *Próba przewidywania zmian w strukturach politycznych Zachodu*, który opublikowany został w 1975 r. w nieistniejącym „Miesięczniku Literackim”, tekstu, w którym rozważana była przyszłość samorządu terytorialnego, zamieszczonego w 1989 r. w nieistniejącym czasopiśmie „Rada Narodowa” oraz tekstu analizującego przyszłość przemian konstytucyjno-ustrojowych, który został zamieszczony pierwotnie w nieistniejącym piśmie „Dziś”.

Administracja publiczna na progu XXI wieku. Wyzwania i oczekiwania

pod redakcją Joachima Osińskiego

Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2011, s. 446

Recenzowana praca to drugie wydanie, rozszerzone i uzupełnione, książki pod tym samym tytułem, która ukazała się w wydawnictwie Szkoły Głównej Handlowej w 2008 r., również pod redakcją J. Osińskiego. O ile w przygotowaniu wydania z 2008 r. uczestniczyło siedmiu autorów, to w recenzowanej pracy jest ich ośmiu, przy czym trzej z nich (J. Oniszczyk, J. Osiński i M. Sakowicz) przygotowali po dwa opracowania. Warto zwrócić uwagę, że na polskim rynku wydawniczym stosunkowo niewiele jest prac poświęconych problematyce władzy wykonawczej, a administracji publicznej w szczególności. Odnotować więc warto, że w ostatnim czasie zagadnieniami administracji publicznej zajmowano się w pracy zbiorowej pod red. J. Hausnera¹, która jednak ma charakter bardziej podręcznikowy. Recenzowaną pracę można więc uznać za swoiste dopełnienie i rozwinięcie rozważań tam zawartych.

Opracowania zawarte w recenzowanej pracy można umownie przyporządkować do kilku grup problemowych. Pierwsza obejmuje ogólne zagadnienia państwa i administracji publicznej, a składają się na nią teksty: J. Osińskiego, *Administracja publiczna na tle ewolucji instytucji państwa w XX i XXI wieku* (s. 67); J. Oniszczyka, *Prawo jednostki do dobrej administracji publicznej* (s. 19). W drugiej pomieścić można teksty dotyczące różnych zagadnień funkcjonowania administracji publicznej: J. Zawieślińskiej, *Funkcja właścicielska administracji publicznej* (s. 42); M. Sakowicza, *Nowoczesny model policy making w administracji publicznej* (s. 35); tegoż, *Zastosowanie nowych technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT) w rządzeniu i zarządzaniu administracją publiczną* (s. 40); A. Pawluczuka, *Administracja publiczna jako organizacja ucząca się* (s. 39); M. Cherki, *Doskonalenie procedur administracyjnych jako wyzwanie dla administracji* (s. 28). Teksty zaliczone przeze mnie do części trzeciej dotyczą problematyki prawnoustrojowej administracji publicznej w RP: J. Oniszczyka, *Pozycja ustrojowa organów administracji publicznej w Konstytucji RP – kierunek zmian* (s. 46); W. Pytlika, *Rola Sejmu i Senatu w tworzeniu efektywnego systemu wyborczego a funkcjonalna sprawność administracji samorządowej* (s. 76). Wreszcie w czwartej, osobnej grupie, należałoby

¹ J. Hausner (red.), *Administracja publiczna*, Warszawa 2005.

widzieć tekst dotyczący zagadnień administracji w innych państwach: J. Osińskiego, *Modernizacja i rozwój administracji samorządowej w państwach skandynawskich* (s. 33).

Jak więc widać, w recenzowanej pracy zaprezentowano szeroką paletę zagadnień administracji publicznej, co stanowi pewne utrudnienie dla pełnego zaprezentowania w recenzji poruszonych problemów. Spróbujemy więc skoncentrować się jedynie na niektórych, bliższych autorowi recenzji.

Pierwsze z wymienionych wyżej studiów J. Osińskiego poświęcone jest analizie stanowisk tych autorów, którzy wskazywali w ostatnich dwudziestu latach XX wieku na zjawisko „kurczenia się” funkcji i zakresu aktywności współczesnych państw, polemice z tymi stanowiskami i na tym tle ukazaniu kondycji administracji publicznej w państwie współczesnym, zwłaszcza zaś relacji organów administracji samorządowej z podmiotami gospodarczymi składającymi się na system gospodarki regionalnej i lokalnej. Autor wskazuje na dużą dynamikę widocznych we współczesnych państwach zmian, dokonujących się na przełomie XX i XXI wieku. Przyczyny tych zmian mają charakter zarówno wewnętrzny, jak i międzynarodowy. Zmiany przebiegają w poszczególnych państwach z różną intensywnością i dotyczą różnych elementów instytucjonalnej infrastruktury państwa. To powoduje, jak trafnie zauważa Autor, że państwa w różnych regionach świata nie były, nie są i nie będą identyczne.

Przywołując zaproponowaną przez J.P. Olsena w latach 80. XX wieku klasyfikację współczesnych państw – państwo rządzone przez społeczeństwo, państwo jako wielki rynek, państwo jako wspólnota moralna, państwo jako wykonawca wynegocjowanych decyzji – J. Osiński słusznie zauważa, że w praktyce najczęściej mamy do czynienia z różnymi „przemieszanymi” wariantami modelowymi, w drugiej połowie XX wieku zaś dostrzec można było wzmocnienie tendencji do kształtowania w wielu krajach negocyjnego modelu państwa (państwa skandynawskie, Francja, Holandia, Kanada, Niemcy, Szwajcaria czy Wielka Brytania). Poddając krytyce wady spotykanych analiz dotyczących istoty i roli państwa w dobie przyspieszenia procesów globalizacji – za ich ahistoryczność, statyczność i jednowymiarowość – Autor proponuje własną, oryginalną definicję państwa, przyjmując, że „państwo jest terytorialną i polityczną instytucją, która wykorzystując system prawny, gospodarczy i układ stosunków międzynarodowych, sprzyja tworzeniu optymalnych warunków rozwoju cywilizacyjnego danego społeczeństwa” (s. 22-23).

Wydaje się, że w definicji tej zabrakło obecnego u innych autorów wskazania na suwerenność państwa, jako cechę pozwalającą – przy wszelkich dostrzegalnych zjawiskach ograniczania w praktyce wcześniej nieograniczonej suwerenności państwowej – nadal, także w warunkach integracji międzynarodowej, na mówienie o „państwach narodowych” (o czym sam Autor pisze na s. 33). Definicja ta jest nieco wyidealizowana w tym jej fragmencie, gdy wskazuje w kategoriach opisu rzeczywistości, iż państwo (a więc każde państwo) sprzyja tworzeniu optymalnych warun-

ków rozwoju cywilizacyjnego danego społeczeństwa. Można w nieco inny sposób postrzegać to, że państwo jest instytucją teleologiczną. Jedni autorzy wskazują więc, że celem państwa jest ochrona ładu zapewniającego warunki dla bytu materialnego i kulturowego społeczności poddanej jego jurysdykcji². Inni, w sposób bardziej syntetyczny, że państwo jest organizacją zapewniającą wewnętrzny ład społeczny³.

J. Osiński rozważa ewolucję aktywności instytucji państwa w obrębie – jak to nazywa – „trzech zasadniczych jego filarów” (s. 26), tj. władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Wskazuje na utrzymywanie się na wysokim poziomie aktywności ustawodawczej parlamentów. Egzemplifikując tę tezę na gruncie aktywności polskiego parlamentu, przywołuje (przypis 19, s. 27) nie do końca ściśle dane co do liczby uchwalonych ustaw. W kadencji parlamentu 1997–2001 uchwalono ich nie ponad 300, ale 622, w latach 2001–2005 – 890, a w krótkiej kadencji 2005–2007 – 369. Słusznie natomiast Autor konstatuje, że: „Nie sposób jest wskazać na inną instytucję, która w przyszłości mogłaby zastąpić parlamenty narodowe w wypełnianiu ich funkcji, bez względu na przyjęty model rozwojowy państwa” (s. 29). Również w ramach Unii Europejskiej wejście w życie Traktatu z Lizbony oznaczało stworzenie nowych możliwości wzrostu roli parlamentów narodowych w systemie decyzyjnym UE⁴.

J. Osiński słusznie uważa, że obserwowane we współczesnych państwach zjawiska, które słownikowo można określić jako dekoncentrację (Autor nazywa je „decentralizacją horyzontalną” – s. 31) oraz decentralizację („decentralizację wertykalną” według Autora – s. 31) kompetencji, nie oznaczają „utruty” przez państwo tych kompetencji, są one bowiem przejawami ewolucji i adaptacji instytucji państwa do zmieniających się warunków wewnętrznych i zewnętrznych. Również analiza władzy sądowniczej skłania Autora do oceny, iż „procesy globalizacji i regionalizacji nie mają wpływu na ograniczenia jej (tj. judykatywy – uwaga J.K.) funkcjonowania” (s. 32).

Całość wywodów poświęconych działalności organów podzielonej władzy skłania Autora do wniosku, iż „w żadnym z zasadniczych kierunków aktywności państwa współczesnego nie sposób wskazać na »ograniczanie roli i znaczenia instytucji państwa«, zarówno w aspekcie wewnętrznym, jak i w relacjach międzynarodowych” (s. 32). Na tym tle rozważa wzrost znaczenia we współczesnych państwach administracji publicznej jako istotnego elementu władzy wykonawczej oraz wskazuje na przyczyny i przejawy tego typu zjawisk.

² M. Gulczyński, *Nauka o polityce*, Warszawa 2007, s. 110–111.

³ J. Kuciński, *Nauka o państwie i prawie*, Warszawa 2008, s. 21.

⁴ Zob. R. Balicki, *Parlament narodowy w systemie decyzyjnym Unii Europejskiej (po wejściu w życie postanowień Traktatu z Lizbony)*, w: *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. Marii Kruk-Jarosz*, J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), Warszawa 2009.

Studium J. Oniszczyka poświęcone prawie jednostki do dobrej administracji publicznej wpisuje się w nurt nowatorskich opracowań polskich autorów z ostatnich lat, rozważających ów fenomen ustrojowy, który może być zaliczony do praw tzw. trzeciej generacji. Autor trafnie ocenia, iż wymóg istnienia we współczesnym państwie dobrej (właściwej) administracji ma swoje uwarunkowania wewnętrzne i międzynarodowe. Jednakże Autor nie podejmuje próby pełniejszego określenia – czym, jakimi cechami ta „dobra” administracja ma się charakteryzować. Wskazuje co prawda, w sposób raczej pośredni, iż nie wyczerpuje się ona w ukształtowaniu w państwie dobrze wykształconych administratorów i organizatorów, działających na podstawie i w granicach prawa. Akcentuje też związek dobrej administracji z ustrojową zasadą demokratycznego państwa prawnego, chociaż wnioski Autora wynikające z tych relacji trudno byłoby uznać za wyczerpujące. Trochę zbyt ogólnikowo wskazano też na pozaprawne czynniki wpływające na osiągnięcie stanu dobrej administracji. Zagadnienia te są natomiast poruszane w przywołanych opracowaniach zaliczonych wcześniej do drugiej grupy tekstów dotyczących różnych aspektów funkcjonowania administracji publicznej.

Z rozważań J. Oniszczyka można wyciągnąć wniosek, że w warunkach – jak to Autor określa – „administratywizacji” stosunków społecznych (s. 129 i 132) zadaniem dobrej administracji jest zapewnienie tych wolności i praw człowieka, od których zależy poziom jego życia, a równocześnie zagwarantowanie sprawnego działania całego państwa. Dobra administracja powinna więc godzić dobro jednostki, określane i wyrażane przez nią samą, z dobrem publicznym, określanym i wyrażanym w strukturach systemu politycznego państwa.

Pisząc o „prawie jednostki do dobrej administracji publicznej”, J. Oniszczyk zdaje się rozumieć je – jeżeli tak, to zapewne słusznie – jako prawo podmiotowe jednostki, mieszczące się – jako prawo pozakonstytucyjne – w grupie wolności i praw politycznych człowieka i obywatela. Podstawą normatywną tego prawa dla obywateli państw należących do Unii Europejskiej stanowi od momentu wejścia w życie Traktatu z Lizbony Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 41), zrównana przez ten traktat swoją rangą prawną z traktatami konstytuującymi Unię Europejską. Ranga jurydyczna prawa do dobrej administracji jest więc wysoka. Autor wskazuje na wymagania, jakie wynikają wprost z treści art. 41 Karty dla organów administracji publicznej państw Unii Europejskiej oraz na uprawnienia obywateli tych państw załatwiających sprawy administracyjne. Te wątki zasługiwałyby na bardziej rozbudowaną analizę z punktu widzenia statusu prawnego jednostki w państwie.

Problematyka dobrej administracji została na gruncie Konstytucji RP z 1997 r. przedstawiona przez J. Oniszczyka w sposób niezbyt rozwinięty – głównie przez pryzmat istotnie ważnych zasad ustrojowych demokratycznego państwa prawnego (wraz z zasadą praworządności) oraz pomocniczości państwa. A przecież w Kon-

stytucji RP z 1997 r. znajdujemy szereg innych jeszcze postanowień, które odnoszą się bezpośrednio lub pośrednio do różnych zagadnień dobrej administracji w RP i prawa jednostki do takiej administracji. Wystarczy wskazać tu na zasadę dobra wspólnego (art. 1), na cel Rzeczypospolitej Polskiej, jakim jest zagwarantowanie (zapewnienie) wolności i praw człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwa obywateli (Preambuła i art. 5), na nakaz rzetelności i sprawności w działaniu instytucji publicznych (Preambuła), na nakaz współdziałania władz (Preambuła), na zasadę samorządności (art. 16 i 17), na obywatelskie prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (art. 61), na powszechne prawo składania petycji, wniosków i skarg do organów władzy publicznej (art. 63), na dwuinstancyjność postępowań administracyjnych (art. 78), na instytucję skargi konstytucyjnej (art. 79) itp. Może warto byłoby podjąć również te wątki w rozważaniach o konstytucyjnych podstawach prawa do dobrej administracji. Zapewne pozwoliłoby to na formułowanie bardziej rozbudowanych wniosków *de lege ferenda* w zakresie analizowanej problematyki.

Drugie studium autorstwa J. Oniszczyka, poświęcone kierunkom zmian pozycji ustrojowej administracji publicznej w świetle Konstytucji RP z 1997 r., pozostaje w ścisłym związku z jego rozważaniami o dobrej administracji. Określenie: „Pozycja ustrojowa organów administracji publicznej w Konstytucji RP – kierunki zmian” pozwala sądzić, iż Autor będzie się starał ukazać miejsce, jakie w świetle przepisów obowiązującej ustawy zasadniczej zajmują organy administracji publicznej w ramach ustroju państwowego (ustroju państwa) i na tym tle uwypuklić kierunki zachodzących zmian. To bez wątpienia zamysł zasługujący na aprobatę. J. Oniszczyk utożsamia pojęcie „ustrój państwowy” i „ustrój polityczny”, ten ostatni zaś termin sprowadza – podobnie jak W. Skrzydło – do całokształtu zasad odnoszących się do organizacji i funkcjonowania władzy publicznej w państwie (s. 85). Oba ujęcia wydają się dyskusyjne. Od dawna wielu autorów trafnie wskazywało, że pojęć „ustrój polityczny” i „ustrój państwowy” nie można sprowadzać jedynie do zasad, gdyż obejmują one także struktury i mechanizmy działania owych struktur. Określenie „ustrój polityczny” ma przy tym szerszy zasięg niż określenie „ustrój państwowy”, gdyż to pierwsze obejmuje również pozapaństwowe formy uprawiania polityki (partie polityczne, grupy nacisku).

Stosownie do przyjętego rozumienia pojęcia „ustrój polityczny” Autor omawianego studium rozważa problemy ustroju organów administracji publicznej przede wszystkim przez pryzmat konstytucyjnych zasad ustroju politycznego RP odnoszących się do tych organów, wzbogacając wywody uwagami na temat skutków dla administracji publicznej uczestnictwa Polski w Unii Europejskiej oraz procesów globalizacji. Formułuje przy tym – na tle przywołanych stanowisk przedstawicieli polskiej nauki prawa administracyjnego – własne definicje administracji publicznej

w znaczeniu podmiotowym i „czynnościowym” (s. 90). Słusznie wskazuje też na „wielopostaciowość” administracji oraz jej wieloszczeblowość.

Spośród konstytucyjnych zasad ustroju administracji publicznej najwięcej uwagi poświęca J. Oniszczyk zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) – zarówno jako zasadzie o charakterze ogólnym, jak i jako zbiorczemu pojęciu, na który składa się szereg szczegółowych zasad takiego państwa. Rozważania Autora dotyczące tych spraw są interesujące, prowadzone ze znanstwem, z wykorzystaniem świetnie znanego Autorowi, chociaż nie najnowszego, orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Można by sobie jedynie życzyć, aby J. Oniszczyk w większym stopniu koncentrował się na ukazywaniu *iunctim* rozważanych zasad państwa prawnego z problematyką administracji publicznej. Uwaga ta dotyczy także, chociaż w różnym stopniu, innych analizowanych konstytucyjnych zasad ustroju administracji publicznej – praworządności formalnej (art. 7; Autor nazywa ją „zasadą legalności” – s. 104), podziału władzy, decentralizacji władzy publicznej i samorządu terytorialnego. Zapewne szkoda, iż Autor nie zajął się bliżej zasadą pomocniczości (Wstęp), która powinna mieć istotne znaczenie dla zakresu treści i sposobów działania administracji publicznej w stosunku do obywateli i ich wspólnot.

B. Pytlik w swym obszernym opracowaniu, którego tytuł nie pozostaje jednak w pełnej zgodności z treścią, poddaje wnikliwej analizie prawo wyborcze do organów samorządu terytorialnego od roku 1990 oraz dokonywane zmiany tego prawa i próby zmian. Niewątpliwie wymagało to od Autora wiele wysiłku i żmudnej wnikliwości. Należy jednak żałować, że Autor niemal pominął toczące się w polskim parlamencie od początku 2010 r. prace nad projektem ustawy – Kodeks wyborczy, którego regulacje normatywne dotyczyły wszystkich procedur wyborczych, w tym samorządowych. Kodeks ten został uchwalony przez parlament 5 stycznia 2011 r., wprowadzonych zostało tym samym wiele zmian również w zakresie wyborów do organów samorządu terytorialnego.

Mimo pewnych usterek, jakich nie udało się uniknąć zarówno niektórym autorom, jak i wydawnictwu, praca w całości jest ambitna, interesująca i wartościowa. Porusza zagadnienia ważne z teoretycznego i praktycznego punktu widzenia, starając się ukazywać niektóre nowe zjawiska w administracji publicznej *in statu nascendi*. Warto więc ją polecić zarówno osobom naukowo parającym się zagadnieniami ustroju państwa, jak i studentom administracji oraz prawa, a także doktorantom specjalizującym się w tym zakresie.

Jerzy Kuciński

Wojciech Sokolewicz

Prasa i Konstytucja

Wydawnictwo Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 276

Recenzowana praca, której Autorem jest znakomity konstytucjonalista i były sędzia Trybunału Konstytucyjnego, została napisana w perspektywie szeroko ujętego prawa konstytucyjnego: nie jest ono traktowane formalnie, jako kilka ponadstawowych reguł prawnych, lecz materialnie, czyli system norm pozostających w logicznym związku z obszarem uznanym w danym systemie prawnym za konstytucyjny. W konsekwencji otrzymujemy oryginalną monografię, w której konstytucyjna przestrzeń obejmuje z jednej strony podkonstytucyjne regulacje należące do różnych części prawa, a z drugiej strony – postanowienia prawa międzynarodowego. Równocześnie Autor opracowania nie rekonstruuje tej konstytucyjnej przestrzeni „opisowo”, lecz przyjmuje – co koresponduje także z moim poglądem – że wolności prasy należy „normatywnie” przyznać co do zasady pierwszeństwo, gdy jest ona zestawiana (konfrontowana) z innymi wolnościami i prawami.

W pierwszym rozdziale Autor analizuje miejsce prasy w systemie władz publicznych. Bardzo często to zagadnienie jest sprowadzane do skrótowej i kojarzonej z naukami politycznymi formuły nazywającej media czwartą władzą. W monografii jednak pokazano przede wszystkim, jakie poważne, konkretne i konieczne prawnicze konsekwencje wynikają ze szczególnej roli przynależnej prasie w demokratycznym społeczeństwie. Innym wątkiem jest rekonstrukcja specyficznych elementów dotyczących kontrolnej relacji mediów z trzema typami władzy państwowej: ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Autor słusznie zwraca w tym kontekście uwagę na rozróżnienia, nie zawsze przekonujące, jakie zostały wypracowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, konfrontując je z dużo bardziej jednolitym i spójnym modelem amerykańskim. Ważkie uwagi znalazły się ponadto w zamykającej rozdział części, która zauważa fenomen internetu i mediów informatycznych. Takie media nie wpisują się łatwo w tradycyjny „gorset regulacyjny”, a ich specyfika stawia wielokrotnie pytania o redefinicję klasycznych założeń polityczno-prawnych. Oprócz kontekstu mediów elektronicznych podkreśliłbym też zmianę charakteru znaczącego segmentu mediów (zarówno drukowanych, jak i elektronicznych), które odnosząc się do zdarzeń życia publicznego, nie mają ambicji, by dokonywać dobrego jakościowo kompleksowego opisu i analizy, lecz by czynić to w sposób sensacyjny i nastawiony na zapewnienie rozrywki. Taka zmiana, opisy-

wana za pomocą pojęcia „infotainment”, jest związana ze zjawiskiem tabloidyzacji. Co zwraca uwagę – w pragmatycznie zorientowanym rozwiązaniu amerykańskim różnicowane konstytucyjne standardy ochronne były zawsze wiązane z dużą bądź niską wartością wypowiedzi, podczas gdy okoliczność ta dopiero niedawno stała się elementem strasburskiego orzecznictwa.

Rozdział drugi dokonuje rekonstrukcji wolności prasy jako zasady konstytucyjnej. Autor monografii krytykuje, co ponownie koresponduje z moim własnym poglądem, zachowawcze odczytanie przez polski Trybunał Konstytucyjny art. 14 Konstytucji RP. Ten przepis, mówiący o zapewnieniu wolności prasy oraz innych środków społecznego przekazu, został bowiem potraktowany jako gwarancja instytucjonalnej autonomii mediów oraz ich niezależności. Nie jest on natomiast ujmowany jako źródło praw podmiotowych, a najwyżej jako tło dla nich. Innymi słowy, art. 14 służy zasadniczo do wykładni innych przepisów Konstytucji, które nie odnoszą się specyficznie do prasy (mediów), lecz do swobód (uprawnień) przysługujących całościowo różnym podmiotom. Autor opracowania pokazuje jednak, że nawet w takim zawężonym ujęciu art. 14 może (i powinien się stać) argumentem podczas rozstrzygania kolizji wolności prasy oraz innych konstytucyjnie chronionych praw (wolności religijnych, prawa do prywatności). Jest wreszcie ważki wątek wolności mediów elektronicznych, do których nie mają prostego zastosowania kategoryzacje powstałe w związku z mediami drukowanymi i gdzie konieczne staje się wprowadzenie pewnych rozwiązań nieznanymi w kontekście tradycyjnych mediów.

Rozdział trzeci to analiza gwarancji wolności prasy. Ponownie Autor książki podkreśla specyfikę mediów i potrzebę powiązanych z nią zabezpieczeń, które muszą istnieć obok związanych ze swobodą wypowiedzi jako taką. Są to gwarancje przeciwko cenzurze prewencyjnej (ta jest klasyczną cechą każdego demokratycznego państwa), ale także wielu środkom o równoważnym skutku (zakaz publikacji zabezpieczający powództwo, nadmierna penalizacja mediów i dziennikarzy). W tej drugiej kategorii znajdują się również zagrożenia wynikające z komercjalizacji mediów oraz ich nadmiernej koncentracji, które jednak znacznie trudniej eliminować. Kolejną gwarancją, która nadal w niektórych krajach stanowi kłopotliwe *novum*, jest ochrona dziennikarskich źródeł informacji. I ponownie należy pamiętać o odmienności mediów elektronicznych, zwłaszcza audiowizualnych (czynności regulacyjne związane z koncesjonowaniem działalności nadawczej).

Obszerne dwa kolejne rozdziały dotyczą odpowiednio ograniczeń wolności prasy i odpowiedzialności za nadużycia tej wolności. W związku z pierwszym zagadnieniem W. Sokolewicz wychodzi od kanonicznej zasady strasburskiej mówiącej o konieczności traktowania swobody wypowiedzi jako zasady, a każdego ograniczenia jako wyjątku, który wymaga przekonującego uzasadnienia. Następnie dochodzi do rekonstrukcji kluczowych kontekstów wypowiedzi wraz z ich charakterystycznymi elementami. W tle rozważań wielokrotnie powraca brak korespondencji między

strasburskim standardem a polskim orzecznictwem, wynikający z akcentowania czy też koncentrowania się przez polskie sądy na innych elementach niż Trybunał w Strasburgu. Należy podkreślić, że właśnie wybór pewnych elementów (jako upodabniających lub różnicujących) będzie porządkował poszczególne standardy.

Część związana z odpowiedzialnością dziennikarzy to ponownie w sporej części konfrontacja strasburskich wyroków i polskiej praktyki. Chociaż na niektóre szczegółowe zagadnienia patrzę nieco inaczej niż Autor monografii (np. moim zdaniem strasburski Trybunał „zagospodarowuje” „szarą strefę” między twierdzeniami a wypowiedziami ocennymi, w rzeczywistości posługując się dychotomią „czystego twierdzenia” i „pozostałych wypowiedzi”, co skutkuje szerokim ujęciem „opinii”), to kolejny raz podzielam „prowolnościową” perspektywę Autora. Zgadzam się także z włączeniem do problematyki odpowiedzialności kwestii dotyczących sprostowania i odpowiedzi. Podkreśliłbym przy tym, że istnienie prawa do odpowiedzi zostało w najnowszym orzecznictwie strasburskim podniesione do rangi uprawnienia jednostki, które musi zostać zapewnione w systemach prawnych państw-stron Konwencji. Co ciekawe, Trybunał zdaje się nie statuować tego prawa jedynie jako niezbędnego środka obrony praw jednostki (zwłaszcza dobrego imienia jako elementu prywatności podlegającej ochronie na mocy art. 8 Konwencji), lecz jako aspekt własnego uprawnienia do wypowiedzenia się (a więc zabezpieczonego na mocy art. 10) – *vide* decyzja w sprawie Melnychuk przeciwko Ukrainie. Ważny jest również wątek dotyczący sankcji karnych jako sposobu reagowania na nadużycia swobody wypowiedzi. Strasburski standard konsekwentnie zmierza ku zakwestionowaniu środków karnych i już dzisiaj ich użycie (nie tylko kary pozbawienia wolności) zostało ograniczone do kilku tylko szczególnych sytuacji. Taka perspektywa nie utrwaliła się dotąd w polskim orzecznictwie, nawet pomimo kilku ważnych rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego. Inna sprawa, że również Trybunał Konstytucyjny nie był gotowy zakwestionować pewnych przepisów karnych, które budziły wątpliwości w kontekście jednoznacznie ukształtowanych strasburskich standardów (autoryzacja, znieważenie głowy państwa).

W zamykającym opracowanie rozdziale szóstym omówiona została dopuszczalność ograniczeń wolności prasy przewidzianych w samej Konstytucji, a więc klauzula zawarta w art. 31 ust. 3 oraz szczególna sytuacja stanu nadzwyczajnego.

Recenzowana publikacja stanowi niezwykle cenne i całościowe opracowanie dotyczące tematu, który wcześniej zazwyczaj stanowił przedmiot refleksji podejmowanej z perspektywy poszczególnych części prawa (karnego, cywilnego, administracyjnego, legislacji w sprawie mediów), a odniesienia konstytucyjne były przywoływane niejako „rytualnie”. Tu czytelnik uzyskuje natomiast obraz prawa konstytucyjnego jako rzeczywistego i żywego fundamentu prawnego, przez którego pryzmat należy odczytywać i stosować przepisy ustawodawstwa zwykłego. Walorem książki jest nawiązywanie do znanych przykładów z polskiego sądownictwa oraz bardzo częste

przywoływanie stanowiących komentarz do nich publikacji prasowych, zazwyczaj pomijanych w naukowych monografiach. Przyjemność lektury zapewnia również czytelna narracja i świetny język, jakim posługuje się Autor.

Ireneusz C. Kamiński

Andrzej W. Wiśniewski

Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrów

Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 610

W doktrynie nieodosobnione są opinie, że „powierzenie rozstrzygnięcia sporu osobie trzeciej przez same strony znane jest od czasów starożytnych. Można powiedzieć, że tradycja tego rodzaju orzekania trwa do dzisiaj. W miarę upływu wieków zmieniała się jednak forma takiego rozstrzygania sporów i znaczenie, jakie jej przypisywano w różnych społecznościach”¹. Na podstawie cytowanej myśli dr. hab. R. Wojciechowskiego można stwierdzić, że arbitraż jest zapewne jedną z najstarszych form rozstrzygania sporów, gdzie dwa podmioty stosunków prawnych wiodące spór o swoje prawa poddają go osądowi trzeciego podmiotu, uprzednio wyznaczonego przez strony tego sporu. Wydawałoby się, że ta pradawna i zarazem naturalna forma dochodzenia roszczeń została już w pełni ukształtowana, jednakże współczesna doktryna prawa nie zajmuje jednolitego stanowiska w odniesieniu do wszystkich aspektów arbitrażu.

Tematyka arbitrażu, jako jednego z alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów, jest coraz częściej podejmowana w polskim piśmiennictwie naukowym. Instytucja ta jest też coraz powszechniej stosowana jako sposób dochodzenia roszczeń przez strony sporu. Sądy arbitrażowe i inne instytucje arbitrażowe, zlokalizowane w dużych ośrodkach handlowych i finansowych, są w obecnym świecie stosunków gospodarczych instytucjami alternatywnymi w stosunku do sądownictwa państwowego. Ze względu na poufność postępowania, dość efektywne działanie oraz możliwość wyboru arbitra przez strony sporu arbitraż stwarza możliwość sprawniejszego rozwiązania potencjalnego sporu niż podjęcie postępowania sądowego przed polskim sądem powszechnym. Istnieje zatem stała korelacja pomiędzy prawem krajowym a zasadami arbitrażowymi wyrażonymi w umowach międzynarodowych, regulaminach instytucji arbitrażowych, umowach arbitrażowych zawieranych *ad hoc* albo w przepisach stanowiących obowiązek polubownego dochodzenia praw przez strony.

¹ R. Wojciechowski, *Arbitraż w doktrynie prawnej średniowiecza*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 220.

Wydaje się, że powodami zajęcia się przez Autora problematyką międzynarodowego arbitrażu handlowego stały się zarówno brak jednolitego stanowiska doktryny i wykładni prawa w tym zakresie, jak i brak zunifikowanych, odrębnych reguł nowego *lex mercatoria arbitrae*. Z tych względów analiza zagadnień międzynarodowego arbitrażu handlowego została przeprowadzona w sposób komparatystyczny w stosunku do norm prawa polskiego i objęte nią zostały wybrane problemy. W swoich rozważaniach i opartych na nich konkluzjach Autor wykorzystał dorobek teoretyczny doktryny prawa, podchodząc polemicznie do wielu ustaleń teorii prawa oraz przedstawiając własne stanowisko wobec badanych zagadnień. Tytułem przykładu – odrzucenie kwalifikacji umowy o arbitraż do prawa materialnego według Autora jest przejawem archaicznej teorii kontraktowej arbitrażu. Jako zwolennik teorii integralnej A.W. Wiśniewski wskazuje na potrzebę wyodrębnienia omawianej instytucji z właściwego cywilnego prawa procesowego i zakwalifikowania jej do regulacji prywatnego rozstrzygania sporów.

Dr Andrzej W. Wiśniewski jako wieloletni praktyk, arbiter Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie oraz Sądu Arbitrażowego przy Związkowej Izbie Gospodarczej w Wiedniu, przedstawia w swojej książce najistotniejsze zagadnienia doktrynalne, nie pomijając niektórych istotnych kwestii dyskusyjnych i spornych.

Przykładowo, brak jednolitego stanowiska wśród twórców polskiej doktryny zaznacza się zwłaszcza w odniesieniu do problematyki konstytucyjnych podstaw arbitrażu i jego miejsca w systemie prawa oraz w analizie zależności pomiędzy konstytucyjnym prawem do ochrony prawnej i prawa do sądu a sądowym monopolem państwa. R. Morek² uważa, że sądownictwo prywatne realizuje prawo do sądu, K. Weitz traktuje rezygnację stron z rozstrzygania sporu przez sąd państwowy jako element autonomii stron przy jednoczesnym zachowaniu udziału państwa w kontroli tych wyroków, a sądownictwo polubowne jako jeden z elementów postępowania cywilnego³. Natomiast Ł. Błaszczak i M. Ludwik przyjmują, że prawo do sądu realizowane jest dzięki kontroli sądów powszechnych, a umowa o arbitraż nie jest wyrazem rezygnacji z tego prawa⁴. Autor recenzowanej publikacji wskazuje na złożoność problemu i wzywa do uporządkowania konstytucyjnych podstaw i systemowej pozycji arbitrażu.

Dogłębna analiza każdego spośród wybranych problemów wskazuje, że celem autora nie było napisanie kompendium o charakterze podręcznikowym ujmującym ogólne zasady arbitrażu oraz zasady rozwiązywania kolizji norm między przepisami prawa polskiego a normami państw stron biorących udział w postępowaniu

² R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s. 40–52, zwłaszcza s. 49.

³ T. Erciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 15–25.

⁴ Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 52–55.

arbitrażowym. Recenzowana praca składa się z wprowadzenia, sześciu rozdziałów i podsumowania. Warto odnotować zestawienie polskiej i anglojęzycznej literatury wykorzystanej w recenzowanej publikacji. Bogactwo problemów poruszanych w książce i ograniczone ramy recenzji nie pozwalają na poruszenie wszystkich kwestii godnych uwagi.

W rozdziale pierwszym omówiono pojęcie i podstawowe zagadnienia związane z arbitrażem, zdefiniowano jego istotę, przedstawiono genezę oraz rozwój na tle przemian doktrynalnych dokonujących się we wszystkich systemach prawnych. W odniesieniu do instytucji arbitrażu wyszczególniono teorie: materialnoprawną, jurysdykcyjną, mieszaną i autonomiczną, którą z kolei podzielono na absolutną i relatywną (integralną). Szczegółowe rozważania Autora skupiają się na prawie polskim. Między innymi przedmiotem analizy są niektóre aspekty arbitrażu wynikające z regulacji konstytucyjnych i doktryny prawa konstytucyjnego. Szczególnie wartościowa wydaje się autorska polemika ze stanowiskami odmiennymi – reprezentowanymi przez innych wybitnych przedstawicieli doktryny – Ł. Błaszczaka, T. Erecińskiego i K. Weitza. Dzięki takiej konstrukcji pracy można zapoznać się z aktualną polską doktryną i orzecznictwem.

W rozdziale drugim Autor koncentruje się na podstawowych dla międzynarodowego arbitrażu regulacjach w postaci konwencji, norm kolizyjnych wynikających z międzynarodowych regulacji oraz prawidłowej klasyfikacji arbitrażu jako międzynarodowego sposobu rozstrzygania sporów. W tej części pracy oprócz charakterystyki podstawowych konwencji, takich jak ustawa modelowa UNCITRAL czy konwencja nowojorska – znanych dobrze każdemu praktykowi arbitrażu – Autor porusza kwestię arbitrażu inwestycyjnego.

Rozdział trzeci traktuje o zdolności i zdadności praktyki arbitrażowej na tle prawa polskiego i europejskiego. Zanalizowano w nim szeroko zakres sporów i możliwości ich rozwiązywania w postępowaniu arbitrażowym. Wymienione kwestie są badane i oceniane przez m.in. z punktu widzenia ograniczeń zdadności arbitrażu do ugodowego rozwiązywania istniejącego sporu.

Na szczególne wyróżnienie zasługuje rozdział czwarty, dotyczący sporów korporacyjnych. Pod tym względem jest to unikatowe opracowanie w polskim piśmiennictwie. Dotychczas bowiem żaden z autorów nie podjął się omówienia sporów w zakresie stosunków zewnętrznych i wewnętrznych podmiotów korporacji, osób prawnych zrzeszonych w jednej grupie oraz samych członków w znaczeniu osobowym w kontekście arbitrażu. Porównawczo zostały przedstawione regulacje państw o dłuższych niż polskie tradycjach wolnorynkowych, m.in. Austrii, Niemiec, Szwajcarii, USA, Wielkiej Brytanii i Włoch. A.W. Wiśniewski omawia w związku z tym kwestie sporów korporacyjnych w świetle polskiego prawa procesowego oraz charakteryzuje kategorie spraw będących przedmiotem arbitrażu wewnątrz korporacji oraz przedmioty sporów podlegające sądom powszechnym. Przedstawiona

przez Autora wiedza o zdatności arbitrażowej w sporach korporacyjnych oraz sposobach realizacji umów o arbitraż w tych sporach mają niewątpliwie wartość nie tylko teoretyczną dla osób badających tę problematykę, lecz także utylitarną dla osób zajmujących się praktyczną obsługą podmiotów korporacyjnych działających w Polsce.

W rozdziale piątym A.W. Wiśniewski analizuje kwestię zgody stron na poddanie sporu rozstrzygnięciu osoby trzeciej, czyli umowę o arbitraż, będącą podstawą do działania arbitrów. W rozdziale tym zamieszczone zostały podstawowe informacje o założeniach i koncepcjach tego rodzaju umów, zagadnienia kolizyjnoprawne oraz nowe regulacje umowy o arbitraż. Ponadto rozwinięto zagadnienia dotyczące treści i skutków poddania sporu przez strony osądowi arbitra, omówiono definicję samej umowy o arbitraż, postanowienia chroniące równość stron oraz wykładnię prawa. Osoby zajmujące się na co dzień tą tematyką z pewnością będą zainteresowane formą umowy o arbitraż, pełnomocnictwem do zawarcia tego typu umów i związania nimi osób trzecich. Jest to najdłuższy ze wszystkich rozdziałów i zarazem najbardziej kompleksowo traktujący analizowany temat.

Z kolei rozdział szósty dotyczy statusu prawnego i kwalifikacji arbitrów. Autor omawia kwestie prawa właściwego związanego z powołaniem arbitra, definicję tej funkcji oraz charakter prawny stosunku do stron. Nowością w polskiej bibliografii prawniczej jest druga część tego rozdziału, poświęcona bezstronności i niezależności arbitrów. Analizie zostały poddane wzajemne stosunki stron pod kątem bezstronności, niezależności i neutralności oraz przesłanki kwestionowania bezstronności lub niezależności arbitra. Jako przykłady przepisów kształtujących podstawy kwestionowania bezstronności arbitrów zostały podane wytyczne *International Bar Association* oraz polskie prawo arbitrażowe.

Konkludując, należy stwierdzić, że dzięki zaangażowaniu badawczemu i wyjątkowej znajomości praktycznej zagadnień arbitrażu – w małym stopniu znanych w Polsce – powstało wartościowe dzieło prawnicze, starannie, wyczerpująco i wielostronnie syntetyzujące wiedzę o międzynarodowym arbitrażu handlowym. Wzbogaca ono w istotny sposób dotychczasowe piśmiennictwo, w którym ujęta w książce problematyka była analizowana przeważnie w sposób wycinkowy. Kompleksowe potraktowanie zagadnień międzynarodowego arbitrażu handlowego czyni z książki kompendium wiedzy przydatne każdemu, kto interesuje się sądownictwem polubownym. Jest to pozycja godna polecenia osobom dysponującym już wiedzą w zakresie arbitrażu a szukającym bardziej specjalistycznych opracowań dla poszerzenia swojej wiedzy oraz rozwiązania spornych zagadnień.

Łukasz Speer

MIROSŁAW SITARZ*

Międzynarodowa konferencja naukowa „Il Codice delle Chiese Orientali”

Rzym, 8–9 października 2010 roku

Z okazji XX-lecia promulgacji Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich, która odbyła się 18 października 1990 r., Papieska Rada ds. Tekstów Prawnych we współpracy z Kongregacją ds. Kościołów Wschodnich, Papieską Radą ds. Popierania Jedności Chrześcijan i Papieskim Instytutem Wschodnim zorganizowała w dniach 8–9 października 2010 r. międzynarodową konferencję w Rzymie, w sali San Pio X, Via della Conciliazione 5.

Na konferencję przybyło ponad 200 kanonistów i hierarchów z całego świata interesujących się kanonistyką. Konferencja składała się z trzech sesji poświęconych poszczególnym wątkom tematycznym: historia (*La storia*), prawodawstwo partykularne (*Le legislazioni particolari*) i perspektywa ekumeniczna (*Le prospettive ecumeniche*).

Pierwszej sesji „Historyczny rozwój kodyfikacji wschodniej” (*L’evoluzione storica della codificazione orientale*) przewodniczył abp Francesco Coccopalmerio, przewodniczący Papieskiej Rady ds. Tekstów Prawnych, a moderatorem był sekretarz tejże Rady, bp Juan Ignacio Arrieta.

W ramach otwarcia oprócz abpa F. Coccopalmerio słowo okolicznościowe do uczestników skierowali: Kardynał Leonardo Sandri, prefekt Kongregacji ds. Kościołów Wschodnich; abp Kurt Koch – przewodniczący Papieskiej Rady ds. Popierania Jedności Chrześcijan; prof. Michael Kuchera SJ – dziekan Wydziału Wschodniego Prawa Kanonicznego Papieskiego Instytutu Wschodniego.

Pierwszy referat wygłosił prof. Onorato Bucci na temat *Historia i znaczenie Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich* (*La storia ed il significato del CCEO*). Drugi referat zaprezentował bp Marco Brogi nt. *Nowości Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich w świetle zasad naczelnych* (*La novità del CCEO alla luce dei „Principi Direttivi”*). Sesji popołudniowej zatytułowanej „Aktywność prawodawcza Kościołów Wschodnich w realizacji Kodeksu Kanonów Kościołów Wschodnich” (*L’attività legislativa della Chiese Orientali in attuazione al CCEO*) przewodniczył Kardynał L. Sandri, prefekt

* Dr hab., prof. Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie.

Kongregacji ds. Kościołów Wschodnich, a moderatorem był bp Cyril Vasil – sekretarz tejże Kongregacji. Referat wygłosił prof. Pablo Gefaell nt. *Uprawnienia legislacyjne Kościołów Wschodnich według KKKW (La capacità legislativa delle Chiese orientali ed il CCEO)*.

Następnie odbyła się dyskusja przy okrągłym stole nt. „Działalność legislacyjna Kościołów *sui iuris*” (*L'attività legislativa delle Chiese sui iuris*). W dyskusji udział wzięli przedstawiciele poszczególnych Kościołów *sui iuris*, a mianowicie: bp Aziz Mina (Patriarchalny Kościół Koptyjski – *Chiesa Patriarcale dei copti*); bp Thomas Koorilos Chakkalapadicakal (Kościół Arcybiskupa Większego Syromalankarskiego – *Chiesa Arcivescovile Maggiore siro-malankarese*); Jobe Abbass (Kościół Patriarchalny Maronicki – *Chiesa Patriarcale dei maroniti*); Kirkor Chahinian (Kościół Patriarchalny Arameński – *Chiesa Patriarcale degli armeni*); Thomas Sunny SJ (Kościół Biskupa Większego Malabarskiego – *Chiesa Arcivescovile Maggiore dei malabaresi*); Charles Ablu Saada (Kościół Patriarchalny Melchicki – *Chiesa Patriarcale dei melkiti*); Teodor Taras Martyniuk (Kościół Arcybiskupa Większego Ukraińskiego – *Chiesa Arcivescovile Maggiore degli ucraini*); Maria Ionela Cristescu (Kościół Arcybiskupa Większego Rumunii – *Chiesa Arcivescovile Maggiore dei romeni*); Peter Szabó (inne Kościoły *sui iuris* tradycji bizantyjskiej – *altre Chiese sui iuris di tradizione bizantina*). Następnie odbyła się uroczystość wręczenia doktoratu *honoris causa*, nadanego przez Papieski Instytut Wschodni prof. Carlowi Geroldowi Fürstowi; laudację wygłosił sekretarz Kongregacji ds. Kościołów Wschodnich bp C. Vasil. Wręczenie doktoratu zakończyło się uroczystą kolacją.

Sesji trzeciej zatytułowanej „Aspekty ekumeniczne w prawie wschodnim” (*Aspetti ecumenici del diritto orientale*) przewodniczył abp K. Koch, przewodniczący Papieskiej Rady ds. Popierania Jedności Chrześcijan, moderatorem był bp Brian Farrell – sekretarz tejże Rady. Przed zaplanowanymi referatami okolicznościowe słowo do uczestników konferencji wygłosił kard. Tarcisio Bertone, sekretarz stanu Stolicy Apostolskiej. Pierwszy referat w tej sesji zaprezentował abp Dimitrios Salachas pt. *Aspekty ekumeniczne w Kodeksie Kanonów Kościołów Wschodnich (Aspetti ecumenici del CCEO)*. Drugi referat przedstawił Dimitri Volovnikov pt. *Prawo kanoniczne prawosławne a KKKW (Il diritto canonico ortodosso ed il CCEO)*. Następnie zostały wygłoszone dwa komunikaty nt. *Communicatio in sacris*. Pierwszy komunikat wygłosił Radu Preda zatytułowany *Terytorium kanoniczne (Il territorio canonico)*, a drugi Lorenzo Lorusso pt. *Dyspozycje kanoniczne Soboru Watykańskiego II w życiu Kościoła ze szczególnym odniesieniem do sakramentów (Disposizioni canoniche dei Concili Ecumenici nella vita della Chiesa con particolare riferimento ai sacramenti)*. Ostatni referat zaprezentował bp Eleuterio Fortino pt. *Niektóre otwarte pytania dotyczące prawnego wymiaru dialogu ekumenicznego (Alcune questioni aperte riguardanti la dimensione giuridica del dialogo ecumenico)*.

Po każdej sesji odbywała się bardzo ożywiona dyskusja na temat zagadnień poruszanych w referatach i komunikatach. Wystąpienia i dyskusje ukazywały, na jakim etapie recepcji KKKW znajdują się poszczególne Kościoły wschodnie oraz sposób myślenia hierarchów i specjalistów z zakresu kanonicznego prawa wschodniego. Ponadto w konferencji uwidocznił się swoisty stosunek wiernych katolickich Kościołów wschodnich do kwestii związanych z ekumenizmem oraz ich relacji do Kościoła łacińskiego.

Konferencję zakończyła audyencja w Sali Klementyńskiej, podczas której Papież Benedykt XVI wygłosił do uczestników okolicznościowe przemówienie.

ŁUKASZ SPEER
AGATA WOJCIECHOWSKA

Międzynarodowa konferencja naukowa „Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka”

Warszawa, Sejm RP, 18–19 kwietnia 2011 roku

Konferencja została zorganizowana przez Instytut Ekonomii i Administracji Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Kochanowskiego w Kielcach oraz Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP w rocznicę 20-lecia akcesji Polski do Rady Europy i podpisania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W dwudniowych obradach, które odbyły się w pomieszczeniach Sejmu RP, koordynowanych przez prof. Jerzego Jaskiernię wzięli udział zaproszeni goście, m.in. minister Sprawiedliwości RP, Krzysztof Kwiatkowski, wicemarszałek Sejmu, prof. Stefan Niesiołowski, posłowie, senatorowie, przedstawiciele partii politycznych oraz wielu ośrodków akademickich z Polski i z zagranicy.

Dyskusje toczyły się w czterech sesjach plenarnych oraz w ośmiu panelach dyskusyjnych, gdzie wygłoszono 93 referaty, po których odbyły się dyskusje.

Celem konferencji było przedstawienie stanu wiedzy na temat szeroko rozumianych praw człowieka oraz wyłonienie rekomendacji. Zaproszenie gości z zagranicy umożliwiło – oprócz poznania punktu widzenia przedstawicieli polskich uczelni i placówek naukowych – zapoznanie się z opiniami przedstawicieli nauki z innych części Europy, w tym byłych państw socjalistycznych.

Referenci skupili uwagę na problemach przestrzegania praw człowieka przez instytucje państwowe, a także na kwestiach uregulowania statusu jednostki w systemach prawnych Unii Europejskiej oraz Rady Europy. Na odrębną uwagę zasługuje fakt przedstawienia kilku referatów porównawczych, obejmujących różnice w zakresie rozwiązań pomiędzy prawem krajowym państw członkowskich a prawem europejskim. W tej materii wypowiedzieli się m.in. prof. Jerzy Jaskiernia (*Rada Europy, Unia Europejska i OBWE w europejskim systemie ochrony praw człowieka – synergia działań czy konkurencja?*), prof. Karel Klima (*Efficiency of the Relationship between Constitutional Law and European Human Rights Law*), dr Piotr Świtalski (*Europejski system ochrony praw człowieka: OBWE a Rada Europy na tle zmian w środowisku politycznym Europy*), doc. Aleksander Waszkiewicz (*Spontaneous Assemblies in the Decision of the ECHR and in*

the National Legislation), prof. Irina Aliebastrova (*The Natural Law Conception of Human Rights in European and Russian Law*). Na szczególną uwagę zasługują w tej materii wystąpienia przedstawicieli instytucji naukowych spoza państw członkowskich Unii Europejskiej: Białorusi, Kazachstanu, Rosji i Ukrainy.

Część referatów poświęcona była szczegółowemu omówieniu kwestii instytucjonalnych w zakresie ochrony praw człowieka. O udziale konkretnych instytucji europejskich zaangażowanych w tę ochronę pisali m.in. prof. Leszek Garlicki, *Kryteria oceny efektywności europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, prof. Nóra Chronowski, *Integration of European Human Right Standards – the Accession of EU to the ECHR*, ambasador Jan-Willem Bertens, *Human Rights in the European Union*, prof. Andrzej Wróbel, *Ochrona tymczasowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, dr Adam Bodnar, *Zasada subsydiarności a implementacja wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczących państw trzecich*.

W treści niektórych spośród przedstawianych referatów poruszane były problemy przyszłości i perspektyw praw człowieka, a także aspekty systemowe i ich rozwój w zmieniającym się świecie. W swoich referatach wymienione kwestie analizowali m.in. prof. Genowefa Grabowska, *Prawa człowieka u progu XXI wieku. Rozwój i kierunki zmian*, dr hab. Jerzy Kolarzowski, *Prawa socjalne prawami człowieka. Różnorodność i potrzeby unifikacji*, prof. Zbigniew Lasocik, *Zakaz tortur – standard, inny wymiar i nowe wyzwania*, dr Rafał Wiewiórkowski, *Przyszłość Konwencji 108 Rady Europy jako podstawy europejskiego systemu ochrony prywatności*.

Na sesjach plenarnych, szczególnie na jej czwartej części, prelegenci poruszali głównie kwestie z pogranicza filozofii i teorii prawa, w tym prof. Jacek Sobczak, *Wolność sumienia i wyzwania – prawo człowieka czy iluzja?*, dr hab. Andrzej Bisztyga, *Wątki islamskie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału praw człowieka*, ks. prof. Jerzy Kułaczkowski, *Znaczenie nauczania Kościoła o prawach rodziny dla kultury europejskiej*, prof. Bartosz Wojciechowski, *Między relatywizmem a uniwersalizmem praw człowieka we współczesnej filozofii prawa*.

Przedstawione zagadnienia zmierzały do ustalenia przyczyn trudności w zapewnieniu efektywności praw człowieka w Europie. Prezentacja problematyki skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazywała błędy, jakich dopuszczają się państwa europejskie podczas stanowienia i wykonywania prawa dobrej jakości.

Na podstawie przeprowadzonych dyskusji można było wyciągnąć kilka ważnych wniosków dotyczących doskonalenia systemu ochrony praw człowieka. Oto one:

1. Pojawia się potrzeba ochrony praw człowieka nieobjętych Europejską Konwencją Praw Człowieka, np. w zakresie stosunków administracyjno-prawnych i w innych dziedzinach.
2. Ujawnione zostały trudności w zakresie rozpatrywania skarg przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, wynikające z faktu, że państwa członkowskie Rady Europy nieskutecznie chronią prawa swoich obywateli.

3. W państwach członkowskich Rady Europy organizacja systemu ochrony praw człowieka nie jest w pełni skuteczna ze względu na niedoskonałości wynikające z działalności organów ścigania, wymiaru sprawiedliwości oraz administracji rządowej i samorządowej.
4. Powodem zaniedbań w zakresie ochrony praw człowieka w byłych państwach systemu socjalistycznego jest także mała aktywność organizacji pozarządowych specjalizujących się w ochronie jednostki ludzkiej.

Organizatorzy konferencji rozpowszechnili dwutomowe opracowanie pt. *Transformacja systemów wymiaru sprawiedliwości*, które zawierało rezultaty pracy konferencji odbytej w 2010 r., oraz zapowiedzieli wydanie w postaci publikacji zwartej referatów wygłoszonych podczas bieżącej Konferencji.

Nowy Kodeks cywilny oraz czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym

IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów w Toruniu 24–25 czerwca 2011 roku

W dniach 24–25 czerwca 2011 r. w Toruniu odbył się IV Ogólnopolski Zjazd Cywilistów, współorganizowany przez Katedrę Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Obrotu Gospodarczego, Katedrę Prawa Cywilnego i Bankowego oraz Katedrę Prawa Cywilnego i Rodzinnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

W Zjeździe wzięło udział ponad 200 przedstawicieli nauki prawa cywilnego oraz praktyki prawniczej z niemal wszystkich ośrodków naukowych w Polsce. Poświęcony on był problematyce czynów niedozwolonych w prawie polskim i prawie porównawczym oraz dyskusji nad projektem nowego Kodeksu cywilnego.

Uroczystego otwarcia spotkania dokonali przedstawiciele władz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Urzędu Miasta Torunia i Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego.

Pierwsza sesja plenarna, która rozpoczęła się zaraz po otwarciu Zjazdu, była poświęcona pracom nad nowym Kodeksem cywilnym. W referacie wprowadzającym prof. Zbigniew Radwański, były przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, przedstawił główne założenia i perspektywy prac nad nowym Kodeksem cywilnym. Szczegółowo uzasadniał, dlaczego niezbędne było podjęcie prac nad ustawą oraz dlaczego i w jakim zakresie warto je kontynuować. Wskazał na trzy główne fakty, które jego zdaniem potwierdzają niedostosowanie obecnego Kodeksu cywilnego do współczesnych potrzeb oraz jednocześnie przemawiają za potrzebą jego nowelizacji. Po pierwsze, konieczność nowelizacji Kodeksu cywilnego wynika ze zmiany systemu prawnopolitycznego w związku z wejściem w życie nowej Konstytucji RP w 1997 r. Konstytucja wprowadziła do polskiego porządku nowe wartości, których brak w obecnym Kodeksie cywilnym. Po drugie, przystąpienie Polski do Unii Europejskiej spowodowało, że w naszym porządku prawnym obowiązuje wiele unijnych aktów prawnych, co może prowadzić do pewnej dysharmonii w systemie polskiego prawa prywatnego. Po trzecie, nieustanny postęp techniczny i technologiczny wpływa bezpośrednio na praktykę obrotu gospodarczego, m.in.

przez zastosowanie komunikacji elektronicznej, i tym samym uzasadnia potrzebę dostosowania instytucji prawa cywilnego do zmieniającej się rzeczywistości.

Referat prof. Z. Radwańskiego stanowił doskonale wprowadzenie uczestników Zjazdu do pierwszej przedpołudniowej sesji plenarnej, której przewodniczyli prof. Biruta Lewaszkiwicz-Petrykowska (sędzia Trybunału Konstytucyjnego) wraz z prof. Maksymilianem Pazdanem (Akademia Leona Koźmińskiego), w całości poświęconej perspektywie prac nad nowym Kodeksem cywilnym (przede wszystkim zasadności jego tworzenia). W ożywionej dyskusji, która w zasadniczej części zawierała głosy krytyczne pod adresem nowego Kodeksu cywilnego (m.in. ganiono zbyt ni pośpiech w przygotowywaniu kolejnych części Kodeksu oraz brak szerokiej dyskusji nad jego głównymi założeniami), wzięli udział m.in. prof. prof.: Andrzej Całus (Szkoła Główna Handlowa), Bernadetta Fuchs (Uniwersytet Śląski), Wojciech J. Katner (Uniwersytet Łódzki), Piotr Machnikowski (Uniwersytet Wrocławski), Andrzej Mączyński (Uniwersytet Jagielloński), Mirosław Nesterowicz (Uniwersytet Mikołaja Kopernika) oraz Ryszard Szostak (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie).

Liczne głosy w dyskusji pojawiły się również ze strony publiczności. Interesujące opinie wyrazili: prof. Ewa Łętowska (INP PAN), która podkreślała potrzebę udziału środowiska sędziowskiego w przygotowaniu przyszłego Kodeksu cywilnego, prof. Adam Brzozowski (Uniwersytet Warszawski), wskazujący na potrzebę wykorzystania dorobku prawa Unii Europejskiej w przygotowaniu Kodeksu, prof. Wojciech Kocot (Uniwersytet Warszawski), postulujący dostosowanie obecnych przepisów o oświadczeniach woli do potrzeb obrotu elektronicznego, oraz prof. Jan Błeszyński (Uniwersytet Warszawski).

Popołudniowa część obrad, czyli druga sesja plenarna, była poświęcona czynom niedozwolonym, przede wszystkim w aspekcie prawnoporównawczym. W pierwszej części sesji, której przewodniczył prof. Wojciech J. Katner wygłoszono trzy referaty. Prof. Mirosław Nesterowicz oraz prof. Ewa Bagińska (Uniwersytet Mikołaja Kopernika) podjęli temat dotyczący tendencji rozwojowych odpowiedzialności deliktowej w końcu XX i w początkach XXI wieku w aspekcie ochrony poszkodowanego w prawie polskim i prawie porównawczym. Prof. Andrzej Całus (Szkoła Główna Handlowa) omówił następnie znaczenie rozporządzenia Rzym II dla unifikacji czynów niedozwolonych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Problem odpowiedzialności deliktowej za szkodę czysto ekonomiczną był natomiast przedmiotem wystąpienia prof. Tomasza Pajora (Uniwersytet Łódzki).

Po dyskusji nad wymienionymi referatami rozpoczęła się druga część sesji popołudniowej, której przewodniczyli: prof. Ewa Łętowska oraz prof. Andrzej Mączyński. W części tej wygłoszono dwa referaty. Pierwszy: autorstwa dr. Wojciecha Robaczyńskiego oraz dr. Pawła Księżaka, pracowników naukowych z Uniwersytetu Łódzkiego, dotyczył nowego ujęcia problematyki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań jako czynu niedozwolonego w nowym lub zmodyfikowa-

nym Kodeksie cywilnym. Referat poruszył bardzo ważne zagadnienia prawa odszkodowawczego, a mianowicie wzajemny stosunek dwóch reżimów odpowiedzialności w prawie polskim. Zdaniem autorów przyjęty w obecnym Kodeksie cywilnym dualizm reżimów odpowiedzialności za szkodę, tj. odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej, od dawna rodzi problem ich wzajemnego stosunku (por. uwagi i komentarze do art. 443 k.c.). W związku z tym w przyszłym Kodeksie cywilnym należy – zdaniem dr. W. Robaczyńskiego i dr. P. Księżaka – wyodrębnić przepisy wspólne dla obu reżimów odpowiedzialności.

Ostatni referat pierwszego dnia obrad dotyczył zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na rzecz najbliższych członków rodziny poszkodowanego na skutek uszkodzenia ciała lub rozstroju ciała. Autorką wystąpienia była dr Monika Wałachowska (Uniwersytet Mikołaja Kopernika), która podkreślała konieczność wprowadzenia stosownych regulacji prawnych w tej materii do polskiego porządku prawnego. Zwieńczeniem sesji popołudniowej była prawie dwugodzinna dyskusja uczestników zjazdu pod przewodnictwem prof. Małgorzaty Pyziak-Szafraniek oraz prof. Leszka Ogiełło (Uniwersytet Śląski).

W drugim dniu obrad kontynuowano omawianie problematyki czynów niedozwolonych. W pierwszej części sesji plenarnej (której przewodniczyli prof. Janina Panowicz-Lipska, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, oraz prof. Adam Zieliński, Uniwersytet Warszawski) wygłoszono sześć referatów, po których odbyła się dyskusja. Pierwsze dwa wystąpienia były poświęcone zagadnieniom czynów niedozwolonych w kontekście prawa administracyjnego. Dr Monika Jagielska oraz dr Grzegorz Żmij (Uniwersytet Śląski) wprowadzili uczestników Zjazdu w problematykę czynu niedozwolonego w prawie administracyjnym. Następnie prof. Mirosław Bączyk (Uniwersytet Mikołaja Kopernika) rozważał zagadnienie odpowiedzialności za utracone korzyści na skutek wydania bezprawnej decyzji administracyjnej, prof. Ryszard Szostak (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie) wskazywał na odpowiedzialność cywilnoprawną za uchylenie się od obowiązku przedkontraktowej informacji konsumenckiej, a prof. Adam Olejniczak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza) omówił kwestię małoletniego jako sprawcy czynu niedozwolonego lub poszkodowanego deliktem.

Bardzo aktualne zagadnienie poruszyli prof. Tomasz Justyński (Uniwersytet Mikołaja Kopernika), który przedstawił roszczenia *wrongful conception*, *wrongful birth*, *wrongful life* w świetle polskiego orzecznictwa i doktryny, oraz dr Joanna Haberková (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza), która analizowała kwestię wyrządzenia szkody prenatalnej w kontekście zdolności dziecka poczętego. Prof. T. Justyński zwrócił uwagę na niepełne jeszcze dostrzeżenie w polskiej nauce prawa wykształconych w prawie amerykańskim roszczeń odszkodowawczych przysługujących rodzicom dziecka przeciwko lekarzowi (określanych mianem roszczeń *wrongful conception*), kiedy na skutek jego niedbalstwa rodzi się dziecko z wadami genetycznymi lub innymi

uszkodzeniami (tzw. *wrongful birth*) oraz roszczeń dziecka (lub rodziców w imieniu dziecka), którzy dowodzą, że w wyniku zaniedbania lekarza zostali pozbawieni możliwości dokonania zabiegu aborcji lub przez niemożność przerwania ciąży doszło do poczęcia dziecka z wadami (tzw. *wrongful life*). Referent w sposób niezwykle interesujący przedstawił zagadnienia odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza wobec rodziców dziecka, przytaczając stan zagranicznej „judykatury medycznej”.

W ostatniej części drugiego dnia obrad, której przewodniczyli prof. Maria Dragun-Gertner (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza) oraz prof. Jerzy Pisuliński (Uniwersytet Jagielloński), wygłoszono pięć referatów. Prof. Eugeniusz Kowalewski (Uniwersytet Mikołaja Kopernika) analizował ubezpieczenia na tle odpowiedzialności deliktowej, stawiając pytanie, czy nie następuje zmierzch tej odpowiedzialności w kontekście rozwoju prawa ubezpieczeń.

Zagadnienie odpowiedzialności posiadacza pojazdu mechanicznego z interesującymi wnioskami *de lege ferenda* były przedmiotem wystąpień dr. Rafała Morka (Uniwersytet Warszawski) oraz dr Katarzyny Ludwichowskiej (Uniwersytet Mikołaja Kopernika), która analizowała odpowiedzialność posiadacza pojazdu w razie przewozu z grzeczności i zderzenia się pojazdów. Prof. Andrzej Śmieja (Uniwersytet Wrocławski) poddał ocenie regulacje odpowiedzialności deliktowej za własne i cudze czyny, wskazując na potrzebę ich nowelizacji. Ostatni referat prof. Joanny Sieńczyło-Chlabicz (Uniwersytet w Białymstoku) dotyczył niezwykle aktualnego zagadnienia odpowiedzialności majątkowej z tytułu komercyjnego wykorzystania wizerunku osób powszechnie znanych.

Zjazd zakończyła prawie dwugodzinna dyskusja, której przewodniczyli prof. Bogusław Gawlik (Uniwersytet Jagielloński) oraz prof. Jacek Gołaczyński (Uniwersytet Wrocławski). Wszyscy uczestnicy w dobrych nastrojach opuszczali Toruń, licząc na owocne dyskusje na kolejnym Zjeździe Cywilistów, zaplanowanym na rok 2013 w Poznaniu.

ANNA PUDŁO
ALEKSANDRA SOCHA

Rewizja traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony: problemy teoretyczne i praktyczne

Konferencja w Warszawie 22 maja 2012 roku

Wydział Prawa i Administracji Wyższej Szkoły Zarządzania i Prawa im. Heleny Chodkowskiej we współpracy z Departamentem Prawa Unii Europejskiej Ministerstwa Spraw Zagranicznych zorganizował konferencję naukową pt. „Rewizja traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony: problemy teoretyczne i praktyczne”. W konferencji wzięli udział przedstawiciele środowisk akademickich, politycy, wyżsi urzędnicy państwowi oraz studenci.

Zasadniczym celem konferencji było poddanie analizie teoretycznych oraz praktycznych aspektów związanych z procedurami zmiany prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Otwarcia obrad dokonał prof. dr Bohdan Zdziennicki (dziekan Wydziału Prawa i Administracji, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku), który odniósł się przede wszystkim do kwestii zgodności Traktatu z Lizbony z Konstytucją RP, rozstrzygniętej w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 listopada 2010 r. (K 32/09). Wprowadzenie do dyskusji wygłosił prof. dr hab. J. Barcz.

Podczas konferencji zostały zaprezentowane następujące referaty: *Procedury zmiany Traktatów stanowiących UE po wejściu w życie Traktatu z Lizbony* (prof. dr hab. Jan Barcz); *Traktat o unii fiskalnej: uwarunkowania negocjacyjne i powiązania z prawem UE* (Cezary Herma, dyrektor Departamentu Prawa UE MSZ); *Zwykła procedura zmiany (traktat rewizyjny): protokoły hiszpański, czeski i irlandzki* (dr Marcin Nowacki, Departament Prawa UE MSZ); *Procedury kładki a aspekty proceduralne (z uwzględnieniem decyzji Rady Europejskiej w sprawie uzupełnienia art. 136 TFUE)* (mgr Aleksandra Socha) oraz *Procedury kładki – aspekty konstytucyjnoprawne* (dr Anna Pudło, Akademia Leona Koźmińskiego).

Niewątpliwie jedną z zasadniczych reform wprowadzonych przez Traktat z Lizbony są procedury kładki, które umożliwiają elastyczne reagowanie na pojawiające się wyzwania. Podczas konferencji jej prelegenci i uczestnicy zwrócili uwagę na kilka ważnych kwestii.

Traktat z Lizbony doprecyzowuje dotychczasową procedurę zmiany prawa pierwotnego, czyli na podstawie traktatu rewizyjnego. Zgodnie z art. 48 ust. 2-5 TUE procedura ta może mieć zastosowanie w odniesieniu do wszystkich postanowień traktatów oraz może mieć na celu „rozszerzenie lub ograniczenie kompetencji Unii w traktatach”. Traktat z Lizbony zawiera postanowienia dotyczące poszczególnych etapów zawarcia traktatu rewizyjnego. Zwrócono uwagę na nowy etap tej procedury, tzn. możliwość zwołania konwentu z udziałem przedstawicieli parlamentów, szefów państw lub rządów oraz przedstawicieli Parlamentu Europejskiego. Decyzję o zwołaniu konwentu podejmuje Rada Europejska (jej przewodniczący). Niewątpliwie w dalszym ciągu jednym z kluczowych etapów tej procedury jest ratyfikacja traktatu rewizyjnego przez wszystkie państwa członkowskie zgodnie z ich wymaganiami konstytucyjnymi.

Podczas konferencji dużo uwagi poświęcono procedurom kładki, zarówno procedurom kładki o znaczeniu strukturalnym, które są łącznie określane jako „uproszczone procedury zmiany Traktatów”, jak i tzw. procedurom kładki *ad hoc*.

Traktat z Lizbony, wyróżniając uproszczoną procedurę zmiany jako drugi zasadniczy mechanizm rewizyjny prawa pierwotnego, nadał jej znaczenie strukturalne i umożliwił tym samym dokonywanie zmian ustrojowych w Unii w szerszym zakresie. Ponadto na podstawie Traktatu z Lizbony procedury kładki zostały w znaczący sposób usystematyzowane, obecnie występują one w dwóch wariantach, z zastrzeżeniem ratyfikacji oraz jako procedura kładki *sensu stricto*. Zostały one uregulowane odpowiednio w art. 48 ust. 6 i 7 TUE i obejmują:

- procedurę kładki z zastrzeżeniem zatwierdzenia decyzji Rady Europejskiej przez państwa członkowskie zgodnie z ich wymaganiami konstytucyjnymi;
- procedurę kładki *sensu stricto*, która oznacza, że zmiana traktatów następuje wyłącznie na podstawie decyzji Rady Europejskiej. W odniesieniu do tej procedury ustawodawca unijny przewidział dodatkową kontrolę demokratyczną parlamentów państw członkowskich w postaci sprzeciwu wobec zamiaru podjęcia decyzji przez Radę Europejską.

Innym problemem, który stał się przedmiotem szerszej dyskusji, była kwestia uregulowania procedur kładki w systemach konstytucyjnych państw członkowskich. Odnotowano, że zmiany w tym aspekcie objęły zarówno postanowienia konstytucji, jak i ustaw oraz regulaminów parlamentarnych. Szczególną uwagę zwrócono na uregulowania krajowe w tym obszarze. Podkreślono, że rozwiązania przyjęte w Polsce na podstawie nowej ustawy kooperacyjnej z 8 października 2010 r. stanowią odzwierciedlenie zmian wprowadzonych w poszczególnych państwach członkowskich i wpisują się w trend wyznaczony wyrokiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30 czerwca 2009 r., czyli radykalne umocnienie parlamentu w podejmowaniu decyzji dotyczących spraw UE.

Szanowne Czytelniczki, Szanowni Czytelnicy!

Zapraszamy do współpracy. Objętość proponowanych do druku tekstów nie powinna przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu. Prosimy przekazywać teksty (ze streszczeniem w języku angielskim i ewentualnie bibliografią) w formie elektronicznej jako załącznik do e-maila lub listownie nagrane na płytę CD, uzupełnione informacją o Autorze i adresie kontaktowym.

Uwaga: dołączając do tekstów elementy graficzne prosimy uwzględnić, iż artykuły publikowane są w technice czarno-białej.

Redakcja zastrzega sobie możliwość zaproponowania Autorom zmian tytułów i podtytułów, skrótów w tekstach i poprawek stylistycznych. Autorzy wyrażają zgodę na publikację tekstów zarówno w formie drukowanej, jak i w postaci elektronicznej. Wydawca nie przewiduje wypłaty honorariów za publikowane teksty.

Komitety Redakcyjny

Adres do korespondencji:

Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa
im. Heleny Chodkowskiej w Warszawie
Redakcja „Państwa Prawnego”

Al. Jerozolimskie 200

02-486 Warszawa

e-mail: wydawnictwo@chodkowska.edu.pl

tel. 022 539 19 44