

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji

Studia Prawnoustrojowe

8



Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie

KOMITET REDAKCYJNY
Stanisław Pikulski (przewodniczący), Stanisław Gajewski (zastępca przewodniczącego),
Jarosław Dobkowski (sekretarz), Eugeniusz Hull, Bronisław Sitek

ADRES REDAKCJI
Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. 089 524 64 31, fax. 535 15 97

RECENZENT
Stanisław Sagan

PROJEKT OKŁADKI
Maria Fafińska

REDAKCJA WYDAWNICZA
Elżbieta Pietraszkiewicz

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2008

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. (0-prefiks-89) 523 36 61, fax (0-prefiks-89) 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Ark. wyd. 24,8; ark. druk. 21
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 459

Spis treści

ARTYKUŁY

Sebastiano Tafaro , <i>Navigazione e sicurezza nell'antico Mediterraneo</i>	5
Stanisław Pikulski, Krystyna Szczehowicz , <i>Podstuch telefoniczny w ustawie o Policji a ochrona prawa człowieka do poszanowania tajemnicy komunikowania się i życia prywatnego</i>	29
Bronisław Sitek , <i>Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit. Podstawy prawne ścigania oraz znamiona przestępstwa podpalenia w starożytnym Rzymie</i>	41
Bożena Drzewicka , <i>Interpretacja praw człowieka w Europie i Azji. Konflikt wartości czy wielowartościowa logika?</i>	53
Piotr Krajewski , <i>Prawo do środowiska niezbywalnym prawem człowieka</i>	69
Magdalena Sitek , <i>Ochrona gatunków zagrożonych i ich naturalnych legowisk</i>	77
Kazimiera Atamańczuk , <i>Instrumenty harmonizowania stosunków pracy</i>	85
Lesław Grzonka , <i>Elementy stosunku pracy – analiza orzecznictwa</i>	93
Piotr Prusinowski , <i>Absencja chorobowa jako przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę przez pracodawcę – w orzecznictwie Sądu Najwyższego</i>	107
Janusz Orłowski , <i>Pojęcie i klasyfikacja sankcji w polskim prawie podatkowym</i> ...	113
Dorota Krekora-Zajęc , <i>Charakter kary umownej a przedawnienie roszczeń z niej wynikających</i>	135

SZKICE I ROZWAŻANIA

Tomasz Strzałkowski , <i>Wybory do Parlamentu Europejskiego w Polsce</i>	141
Karina Wardencka , <i>Skutki nieważności czynności prawnej oraz nadużycia prawa w prawie podatkowym na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości</i>	157
Marcin Stankiewicz , <i>Konstytutywna interpretacja prawa międzynarodowego a orzecznictwo międzynarodowych trybunałów karnych</i>	167
Marcin Kazmierczuk , <i>Zakres podmiotowy konstytucyjnej wolności zrzeszania się w związkach zawodowych</i>	181
Laura Tafaro , <i>Nuove prospettive di tutela per i soggetti deboli: l'amministrazione di sostegno e la perdurante capacità di agire del beneficiario</i>	197
Piotr Prusinowski , <i>Kierownictwo pracodawcy i jego znaczenie prawne</i>	225
Dorota Krekora-Zajęc , <i>Consulting zarządczy – od historii do współczesności</i>	239
Bogna Orłowska , <i>Eutanazja – dylematy prawne i moralne</i>	245

Izabela Leśniak , <i>Problematyka poczytalności sprawców zabójstw dokonywanych z motywów seksualnych</i>	255
Ryszard Mochocki , <i>Przestępstwo zabójstwa na przykładzie województwa świętokrzyskiego w latach 1999–2005</i>	263
Maciej Nawacki , <i>Karalność gier na automatach</i>	273
Edyta Sokalska , <i>Organizacja aparatu administracyjnego w Polsce w latach 1944–1950</i>	293
Marcin Mielnik , <i>Ustrój, kompetencje i działalność władz policyjnych czasów Komisji Rządzącej (14 stycznia – 5 października 1807 r.)</i>	303

RECENZJE I OMÓWIENIA

A. Lisowska, <i>Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej. Podstawy instytucjonalne i programowe</i> , Wrocław 2005 (Magdalena Sitek)	317
<i>Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888–1946) in memoriam</i> , red. A. Dębiński, M. Wójcik, Lublin 2007 (Aldona Rita Jurewicz)	319
Międzynarodowe seminarium „Perspektywa unifikacji europejskiego prawa zobowiązań. Wymiana doświadczeń kultury prawnej państw europejskich”, Olsztyn, 20 kwietnia 2007 r. (Bronisław Sitek)	325
Sprawozdanie z seminarium polsko-hiszpańskiego, Olsztyn, 19 kwietnia 2008 r. (Bronisław Sitek)	327
VIII Międzynarodowa Konferencja Praw Człowieka, Olsztyn, 30–31 maja 2008 r. (Bronisław i Magdalena Sitek)	329

Artykuły

Sebastiano Tafaro
Bari

Navigazione e sicurezza nell'antico Mediterraneo

1. Mediterraneo. Atene

Le vicende del mare intorno al quale si sono sviluppate le civiltà del passato destinate a durare nei tempi e che ancora oggi costituiscono il patrimonio culturale e le caratteristiche dell'Occidente sono tante e varie.

Occorrerebbe ben altro che le mie poche righe.

Perciò sono costretto a procedere episodicamente quasi a schizzi, richiamando alcuni dati ed alcuni episodi.

Ed anche così mi trovo in imbarazzo perché un mare il cui nome fu ed ancora oggi viene usato per indicare un'area ed un coacervo di civiltà di fatti notevoli ne ha visti tanti che è impossibile enuclearli.

Qualcuno tuttavia si può tentare di ricordarlo perché offre la possibilità di penetrare nell'intrigante groviglio delle realtà mediterranee e forse aiuta a capire il presente.

Come nell'episodio, raccontato nell'orazione dello pseudo-Demostene¹, di Egèstrato.

Siamo nell'Atene della metà del IV secolo a. C., quando la vita della città e soprattutto gli intensi traffici erano in pieno fermento con incessante brulichio di uomini che venivano da ogni dove e si affastellavano per le viuzze del suo porto (il Pireo).

¹ Si tratta dell'orazione *Contro Zenotèmide*, comunemente attribuita dalla tradizione a Demostene ed, in realtà scritta da un autore diverso dal grande oratore, ma vissuto al tempo di Demostene. In essa, ai §§ 4-9, si parla della controversia tra Demone, cugino di Demostene, e Zenotèmide, commerciante marsigliese e si fa riferimento a Demostene come una delle personalità più influenti di Atene; inoltre si parla del porto di Siracusa come di un porto dall'intenso traffico commerciale: queste circostanze perciò inducono a collocare il testo nella seconda metà del IV sec. a. C., quando Demostene (menzionato al § 31) si era affermato ed il porto di Siracusa era assunto a nuova vitalità dopo la liberazione dalla tirannide di Timoleonte (avvenuta nell'anno 344 a. C.): cfr. Plutarco, *Dem.*, 27; *Tim.*, 23. Sul punto v. U. E. Paoli, *Cane del popolo – uomini e cose del mondo antico*², Le Monnier, Firenze 1958, p. 169.

Lì si riversava un fiume laborioso ed incessante, ma anche una fola di imbrogli e lestofanti di ogni risma².

2. Contratti marittimi: Egètrato

Dunque nel Pireo si accendeva un intreccio febbrile di rotte che ponevano con forza la questione della sicurezza della navigazione e, di conseguenza, degli strumenti più idonei a garantire i traffici marittimi attraverso la predisposizione di appropriate e specifiche forme contrattuali incentrate sul nodo di chi dovesse sopportare l'alto rischio legato alla navigazione.

Questo gran fermento, infatti, convergeva nei commerci da effettuare attraverso imbarcazioni che incessantemente solcavano il Mediterraneo verso e da ogni direzione.

Si trattava di imbarcazioni di diverso tipo e di differente stazza, per lo più dotate di un duplice sistema di spostamento, che assicuravano loro velocità e manovrabilità: a vele e a remi.

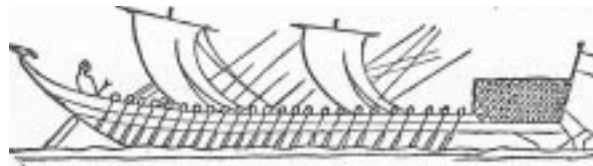


Fig. 1. Nave greca.
(Da un vaso di Exekias; V sec. a. C.).

² Il Paoli, op. cit., ci dà un efficace spaccato di questa umanità affannata: “Nei mesi in cui, le tempeste invernali non impedivano la navigazione, vi era nel porto del Pireo movimento, brusio, odor di catrame. A chi veniva dai quartieri alti, [...] scendendo per la strada che seguiva le Lunghe Mura, affollata di giorno, deserta e pericolosa la notte, sembrava di trovarsi in un altro mondo. Lì era tutto un vociare, un via vai di doganieri, di commercianti, di usurai, di scaricatori; ogni tanto arrivava o partiva qualcuno a portar notizie recenti o a recapitar lettere di affari; in particolare a informarsi sui prezzi; ciò che gli agenti dei grossisti riferivano sull'andamento dei vari mercati in Grecia, serviva di base a stabilire il prezzo delle derrate e delle merci o a indirizzare il carico di una nave in una piazza piuttosto che in un'altra. Si parlavano tutti i dialetti, e i furbi s'intendevano a occhiate (il ladro riconosce il ladro, diceva il proverbio, «e il lupo il lupo»); dovunque, gruppi di uomini che contrattavano, discutevano, a volte con voce così concitata che sembrava si volessero prendere per i capelli; quando, per motivi d'interesse, non si accendeva davvero qualche rissa in mezzo a un clamore generale e con strascichi davanti ai Tribunali. [...] Nella folla si aggirava molta gente losca, che viveva frodando tutti, compreso lo Stato, con l'esercitare il contrabbando; sì che il tratto più lontano della spiaggia, fuori dell'Emporio vero e proprio e meno atto a esser sorvegliato, si chiamava senz'altro «il porto dei ladri» [...]. In mezzo a quel tumulto le navi di continuo arrivavano e di continuo partivano: colli di merce, pronta per l'imbarco, contenevano i prodotti della raffinata industria ateniese, specie quel meraviglioso vasellame di argilla figurata che giungeva sino nel Mar Nero, nella Scizia, nella penisola italica, nella Spagna; o erano anfore d'olio, del finissimo olio attico ricercato ovunque, di cui gli Ateniesi erano orgogliosi come di un dono divino, e ne avevano fatto un simbolo della loro città, persino nelle monete”.

I viaggi di siffatte navi richiedevano l'impiego di molta mano d'opera e di personale specializzato ed erano molto costosi.

Gli armatori spesso avevano bisogno di chiedere finanziamenti, che per lo più erano concessi da banchieri, con i quali acquistavano le merci che dovevano essere trasportate e che vendute al porto di destinazione avrebbero consentito di realizzare considerevoli guadagni. Perciò nei porti si vedevano spesso banchieri, sempre attorniti da clienti, che se ne stavano curvi sui libri, occupati a fare annotazioni sui loro registri, a contar denaro, a prendere in deposito contratti di prestito marittimo, a ricevere ordini di pagamento, dichiarazioni. Essi potevano gestire somme proprie o somme date loro da persone abbienti e desiderose di realizzare guadagni elevati che solo il prestito marittimo poteva far conseguire. Così come poteva capitare che persone in possesso di denaro sovvenzionassero direttamente un viaggio ed un carico per cercare di trarre un lucro elevato dal prestito marittimo³.

Ma in che consistevano questi prestiti marittimi?

Si trattava di prestiti particolari, contrassegnati dalla particolarità del rischio in essi insito, il quale era legato alle vicende della navigazione sino al punto di prestarsi ad ardite e paradossali speculazioni che proprio l'episodio di Egèstrato rivela nella loro paradossalità.

Vediamo il caso, raccontato nell'orazione.

Egèstrato era un proprietario di nave, marsigliese. Apparteneva cioè ad una città molto fiorente⁴ notissima per i suoi traffici marittimi, per la sua vasta potenza mediterranea, realizzata con colonie e approdi fortificati sulle coste del Mar Ligure, in Gallia, nella Spagna e nelle isole Stoichades e con sviluppata e rigogliosa marina mercantile, costituiva una delle città più note e frequentata dalle rotte del Mediterraneo. Però il nostro Egèstrato della sua patria doveva conservare non tanto il costume civile quanto lo spirito rapace che gli derivava dagli antichi abitatori di Marsiglia, i quali erano stati pirati, sebbene in seguito si erano trasformati in pacifici cittadini e anzi avevano lottato e sconfitto la pirateria.

Sta di fatto che il nostro Egèstrato concepì un piano ardito reso concepibile dalle caratteristiche del *prestito marittimo*.

Al suo tempo il prestito marittimo prevedeva che se la nave naufragava, il creditore perdeva tutto, capitale e interessi pattuiti; se, invece, il viaggio si compiva felicemente e quindi la merce veniva venduta con grandi guadagni per il proprietario il prestatore aveva diritto alla restituzione della somma prestata maggiorata di un interesse elevato (intronò al 30%); pertanto il contratto di prestito marittimo conteneva la clausola consueta "se la nave arriva in porto".

Su questa clausola fece leva Egèstrato il quale nel rifiorito porto di Siracusa chiese ed ottenne prestiti per trasportare grano in Grecia, ad Atene, dove all'epoca il

³ V. U. E. Paoli, loc. cit. v. infra.

⁴ Invero Marsiglia era una delle più belle: città splendida di edifici, e fine e colta; ricchezze immense, accumulate coi traffici, alimentavano il lusso: U. E. Paoli, loc. cit.

grano aveva raggiunto quotazioni molto elevate perché la città era affamata di pane, mentre in Sicilia il prezzo del grano era molto basso⁵. Egli però non si premurò di compiere l'operazione prospettata ai suoi finanziatori, bensì progettò di frodarli cercando di realizzare per sé un guadagno ancora più elevato di quello che già una siffatta operazione gli avrebbe garantito.

Egli spedì con altra nave il grano a Marsiglia, dove l'avrebbe venduto a buon prezzo e contemporaneamente partì per Atene, con l'intenzione di non giungervi mai. Infatti egli pensò che se la nave avesse fatto naufragio egli non sarebbe stato tenuto a dare più nulla ai suoi sovvenzionatori in virtù della clausola «se la nave arriva in porto» aggiunta, come di consueto, al suo contratto di prestito e che esonerava chi aveva ottenuto il prestito dalla restituzione qualora, per un motivo qualsiasi, la nave non fosse arrivata a destinazione. Per raggiungere il suo scopo Egèstrato tentò di far naufragare la nave aprendo di proposito notte tempo una falla in essa: egli, incurante della sorte degli altri passeggeri, pensava di mettersi in salvo con la scialuppa di salvataggio. Così egli pensava di raggiungere il porto della vicina Cefalonia; lì avrebbe potuto raccontare a suo modo le sfortunate vicende del naufragio e avrebbe poi raggiunto Marsiglia, dove avrebbe riscosso il prezzo del grano senza nulla dare ai sovvenzionatori di Siracusa. Ai quali non sarebbe rimasto altro che l'amarrezza per un prestito concesso a condizione che la nave giungesse a destinazione salva.

La vicenda, purtroppo per Egèstrato, ebbe ben altro epilogo, perché scoperto dagli inferociti viaggiatori insospettiti dai rumori che egli stava facendo per divellere le travi della nave cercò di sfuggire alla loro cattura gettandosi in mare: purtroppo per lui cadde lontano dalla scialuppa di salvataggio e fu travolto dai flutti.

3. Contratti marittimi nel diritto romano

L'episodio appare illuminante sull'esistenza di usanze e contratti di navigazione nel Mediterraneo.

In essi si imbararono i Romani quando a loro volta si trasformarono in potenza marittima e si dedicarono al commercio marittimo.

⁵ Il punto è descritto dal Paoli, loc. cit., in questi termini: «La dea Atena; aveva gratificato la sua città di un'aria cristallina, di ricchi uliveti, che ne inargentavano i colli, di un, clima dolce; e a primavera rivestiva l'Imetto di fiori da cui le api suggerivano il miele più prelibato. Ma al popolo prediletto la dea; aveva negato il pane: il pane veniva di lontano, portato col grano di cui erano cariche le navi mercantili, e leggi: severissime ne favorivano l'importazione. Al mare Atene doveva tutto, anche la sicurezza, per chi ci abitava, di non morire di fame. Quando però le navi non arrivavano, subito lo spettro della fame appariva minaccioso sulla città; e si era costretti a procedere al razionamento, con l'inevitabile inconveniente di dover fare lunghe code. Che io sappia, la prima testimonianza di quella umiliante tortura della nostra umanità, che sono le code, si legge in un testo attico del IV secolo avanti Cristo; e non sembra che nel far la coda gli Ateniesi, col loro carattere impaziente, mostrassero molta disciplina. Giudichi il lettore: «In quel tempo» si legge, «chi abitava in città ritirava nell'Odeon la sua razione di farina; quelli del Pireo andavano alla darsena a prendersi le pagnotte di pane, a un obolo l'una, e la razione di farina al Grande Portico, pagandola otto oboli e pestandosi l'un l'altro i piedi». Sicché risulta evidente la convenienza del trasporto e della vendita di grano in Atene.

Per loro le regole della navigazione in uso furono un motivo di incontro e anche di scontro, perché apparivano improntate a criteri e principî completamente diversi da quelli che avevano caratterizzato il diritto civile delle città di Roma.

Il *ius civile* invero aveva conosciuto il prestito fin dai tempi più remoti ma lo aveva concepito come un rapporto tra persone legate da specifici vincoli (di *vicinitas*, *amicitia*, *patronatus* etc.) le quali si aiutavano, in base a specifici doveri di solidarietà, reciprocamente e gratuitamente. Perciò il prestito per i Romani pur quando si era articolato in un contratto aveva conservato come connaturato ed essenziale il carattere della *gratuità*. La quale non significava che il contratto doveva essere disinteressato e basato sull'assenza di reciprocità o gratificazione⁶, bensì che non poteva prevedere il pagamento degli interessi.

Con ciò non si vuol dire che i romani non conoscevano il pagamento di interessi, perché anzi questi erano frequenti e pressanti, tanto da diventare argomento ed oggetto delle lotte tra patriziato e plebe e da costituire un motivo di frequenti interventi legislativi, tendenti (in genere) a contenerli in misura ragionevole⁷. Tuttavia gli interessi non potevano derivare dal contratto di prestito (*mutuum*) ma dovevano essere previsti in un altro apposito contratto, che per lo più si realizzava attraverso una stipulazione (*stipulatio*) collaterale (limitata ai soli interessi o comprensiva del capitale o sotto forma di penale complessiva abbracciante tutto il dovuto), che accompagnava in vario modo il *mutuum*⁸.

Questa configurazione fu messa in discussione in radice dall'affiorare del *prestito marittimo*, per il quale i romani dovettero e seppero rinunciare alle proprie concezioni per assorbire ed elaborare quelle circolanti nel Mediterraneo e nel suo intreccio di traffici, sicuramente indiscusse nel V sec. a. C., ma forse già radicate nel VI sec.⁹

Ciò avvenne tra la fine del III e gli inizi del II secolo a. C.¹⁰ attraverso l'elaborazione di una figura specifica ed a sé stante che prese il nome *foenus nauticum* o *pecunia traiectica*¹¹ e si articolò con varie modalità ma in definitiva attraverso una straordinaria continuità dal mondo greco a tutta l'esperienza romana, assestandosi sull'elemento essenziale della traslazione del rischio, che normalmente nel mutuo grava su chi ha ricevuto il denaro, a carico di chi presta il denaro e sul computo

⁶ In proposito v. J. Michel, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles 1962, pp. 303, 584 ss. L'interesse nelle gratuità dei contratti romani era di natura diversa da quella pecuniaria: per esempio poteva derivare dall'assolvimento di un dovere di aiuto del patrono o dal desiderio di avere buoni rapporti di vicinato ovvero dall'aspirazione a crearsi una buona reputazione utile per la carriera politica; e così via: cfr. S. Tafaro, *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23 – Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Cacucci, Bari 1984, pp. 259 ss.

⁷ Sul punto v. S. Tafaro [a cura di], *L'usura ieri ed oggi*, in *Atti del Convegno sull'usura – Foggia 7-8 aprile 1995*, Cacucci, Bari 1997.

⁸ V. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè 1990, pp. 345.

⁹ In proposito v. G. Purpura, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Rubettino, Palermo 1976, 196 ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 235.

¹¹ Cfr. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Piccin, Padova 1986, p. 587.

dell'obbligo di restituzione e della corresponsione degli interessi "a vicenda marina" e non a tempo. Cioè, mentre di regola gli interessi vengono prestati in ragione del tempo di utilizzo del prestito, nel caso del prestito marittimo essi dipendono dalla conclusione del viaggio, a prescindere dal tempo impiegato dalla nave per raggiungere il porto di destinazione¹².

Le ragioni del prestatore erano garantite attraverso istituti che accompagnavano il prestito stesso. Nello specifico si poteva configurare una garanzia, detta *hypothéke*, che consentiva al creditore di prendere possesso della nave e del carico una volta giunti a destinazione, ma senza che ciò fosse di impedimento alla vendita della merce trasportata da parte del debitore, consentendo all'acquirente di prendere possesso delle merci acquistate pagando al debitore-trasportatore la sua parte di guadagno ed al creditore-sovvenzionatore la restituzione del prestito con gli alti interessi pattuiti. In ogni caso, tanto nel mondo greco che in quello romano il debitore aveva 20 giorni di tempo per procedere alla vendita delle merci e soddisfare i creditori¹³.

4. Nave e organizzazione della navigazione. Recepita

È da aggiungere che nel mondo romano si fece strada la prassi di salvaguardare le aspettative di chi consegnava le proprie merci all'imprenditore marittimo (*exercitor navis*) affinché venissero trasportate.

Sul punto appare opportuna una premessa concernente l'organizzazione della nave e della navigazione.

La nave non ebbe una considerazione a sé stante ma fu filtrata dalle distinzioni operate in via generale riguardo alle *res* (alle *cose*). Essa non venne considerata come *università di fatto o iuris* (*universitas facti o iuris*), come avvenne ad opera della dottrina romanistica sorta in Germania e detta della Pandettistica. Essa venne generalmente inclusa tra le cose mobili, ma secondo una decisione del giurista tardo-repubblicano Aulo Cascellio¹⁴, era da considerare una cosa sì mobile ma *connessa* (*connexa*) cioè fatta di cose tra loro unite in modo funzionale¹⁵ e contraddistinte dalla finalità costituita dalla destinazione alla navigazione. Questa finalità essequenziale esigeva una rigorosa organizzazione che era ripartita tra l'*exercitor* (l'armatore), il *magister*, responsabile dell'attività economica connessa alla navigazione, il *gubernator*, responsabile delle funzioni tecniche legate al comando della nave. A questi si

¹² G. Purpura, op. cit., 228

¹³ Ibidem, 226 ss.

¹⁴ Di essa è testimonianza in Macrobius, *Saturnalia* 2. 6. 2 e Quintilianus, *Institutio oratoria* 6. 3. 87.

¹⁵ V. D. 41. 3. 30. pr; Pomponius *l. 30 ad Sabinum*: ... *alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod sunymmenon vocatur, ut aedificium navis armarium* (un altro tipo di "corpi" consiste nelle cose collegate, cioè in una pluralità di cose connesse tra loro, come le navi).

affiancavano diversi lavoratori subordinati, come i *nautae*¹⁶, i marinai, i *mesonautae*, i marinai destinati ai lavori di sottocoperta, i *remiges*, i rematori, i *nautaepibatai*, passeggeri che si pagavano il trasporto lavorando sulla nave, i *custodes navium*, addetti alla sorveglianza della nave, i *diaetarii*, con funzioni di contabili per le operazioni commerciali, i *naupegi*, carpentieri, il *proreta* o *ducator*, avvistatore di rotta che vigilava segnalando pericoli o l'avvistamento di scogli o ostacoli diversi.

L'organizzazione prevedeva che l'armatore fosse responsabile solo delle obbligazioni contratte dal *magister*, nascendo la sua responsabilità dal solo fatto che egli poneva costui a capo della nave¹⁷, mentre di norma non era responsabile delle obbligazioni assunte dagli altri membri dell'equipaggio; a meno che si trattasse di delitto, perché rientrava negli obblighi dell'armatore garantire che nessun membro dell'equipaggio commettesse azioni delittuose¹⁸; si trattava di una *culpa in eligendo* mista ad una di *culpa in vigilando* presunta, la quale forse configurava una responsabilità obiettiva, dato che, come ricordano le stesse fonti romane, l'armatore non era presente durante la navigazione¹⁹.

Orbene di fronte a questo apparato il singolo che volesse richiedere il trasporto delle proprie merci era in parte indifeso in parte fiducioso che il trasporto sarebbe andato a buon fine. Se però avesse dovuto affrontare i rischi connessi alla navigazione probabilmente non avrebbe più affidato le proprie merci. Si ritenne di conseguenza opportuno dargli assicurazione che egli non avrebbe condiviso i rischi della

¹⁶ Al singolare il termine *nauta* ha diversi significati e può indicare anche l'armatore.

¹⁷ Attraverso la preposizione del *magister* l'armatore assumeva la totale responsabilità degli obblighi assunti da questi. Ciò in virtù di un'apposita azione creata dal Pretore e chiamata *actio exercitoria* che obbligava il preponente, che spesso era un padrone che affidava la nave ad un suo sottoposto (per lo più uno schiavo): cfr. D. 14. 1. 1 pr. – ss., *Ulpianus l. 28 ad edictum*.

¹⁸ D. 14. 1. 1. 2, *Ulpianus l. 28 ad edictum*: .. *quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem: alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeposit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet* (sebbene per il delitto di chiunque stia sulla nave per consentire la navigazione si concede di perseguire l'armatore: tuttavia diverso è il caso del contratto da quello del delitto, poiché chi prepone un *magister* acconsente a che si contratti con lui, mentre chi ingaggia marinai non dà il consenso a negoziare con essi tuttavia deve preoccuparsi che essi non commettano dolo o colpa), sul quale v. L. Menager, "Naulum" et "receptum salvam fore". *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transport maritimes en droit romain*, in RHD, 38, 1960, 177-213; 385-411.

¹⁹ Cfr. C. Moschetti, v. *Nave* (dir. romano) in *Enciclopedia del Diritto* XXVII, 1977, pp. 565 ss. ed ivi bibl. Val la pena ricordare che l'organizzazione dell'impresa marittima poteva assumere tre forme essenziali. La prima era quella nella quale il *dominus* assumeva direttamente l'esercizio della nave assommando le funzioni di *magister* e di *gubernator*; la seconda concerneva aziende di una certa rilevanza destinate esclusivamente al carico e scarico di un determinato tipo di merce, per lo più prese in considerazione in ragione del loro peso o delle loro dimensioni. In tal caso il *dominus* non si imbarcava sulle navi ma affidava il compito di assumere e consegnare le merci al solo *gubernator* (nocchiero) senza assumere anche un *magister*. La terza tipologia concerneva le imprese più complesse destinate ad attività ampie e non predefinite, le quali richiedevano una molteplicità di operazioni, in ragione delle quali era necessario affidare le attività economiche ad un *magister*, di norma affiancato ad un *gubernator*. Da ciò appare chiaro che solo nel primo caso il *dominus* armatore poteva sapere e controllare direttamente l'operato dei marinai; negli altri casi ciò era del tutto impensabile. Di conseguenza la responsabilità penale per i delitti dei marinai era di natura oggettiva o poggiava su presunzione assoluta.

navigazione. All'uopo fu creato una specie di *contratto di garanzia* attraverso l'esplicito addossamento esclusivamente su di sé della responsabilità della navigazione da parte dell'armatore, il quale probabilmente esplicitamente garantiva che "le merci affidate venivano ricevute con garanzia di salvezza" (*salvas res fore recipere*). Questa garanzia con il tempo diventò un elemento naturale del negozio e nasceva dal solo fatto di accettare le cose a bordo della nave: si parlò perciò di *receptum*, cioè di negozio nascente dal ricevimento (della merce)²⁰. In tal modo il deponente era indenne da ogni rischio²¹ e fino agli inizi del Principato persino da quelli derivanti da forza maggiore, come il naufragio e l'assalto dei pirati. Però proprio tra la fine della Repubblica e gli inizi del Principato il giurista Antistio Labeone espresse l'opinione, poi seguita quasi unanimemente, che l'armatore non fosse responsabile se potesse provare che il perimento delle merci era stato causato da forza maggiore²².

²⁰ F. M. De Robertis, *Receptum nautarum*, in *Annali Fac. Giur. Università di Bari*, 12, 1953, pp. 5 ss.; idem, *La responsabilità dell'armatore in diritto romano*, in *Rivista dir. navig.* 3-4. Sottolineo che, in base a quanto ho anche ricordato, l'armatore a sua volta avrebbe riversato la responsabilità della perdita delle merci trasportate sui sovvenzionatori, in virtù della clausola con la quale egli riceveva il prestito marittimo.

²¹ Cfr. G. Longo, *Disciplina armatoriale e imprenditoria nel diritto romano*, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Macerata*, N.S. IV [in onore di A. Moroni] tomo III, Giuffrè, Milano 1982, pp. 1397 ss.

²² Cfr. D. 4, 9, 3, 1 Ulp. 14 ad edictum: *ait praetor: „nisi restituent, in eos iudicium dabo“. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perierit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit* (Il pretore dice: "se non restituiscono darò un'azione", perciò da questo editto nasce un'azione in fatto. Bisogna vedere se essa sia necessaria, poiché per i motivi descritti si può agire con un'azione civile: che è quella di locazione-conduzione se interviene la merce; ma se è locata l'intera nave, il conduttore può agire anche per le cose che mancano; se poi l'armatore si impegnò a consegnare le cose, sarà convenuto con l'azione di locazione; mentre se le cose sono state prese gratuitamente, Pomponio dice che si poteva agire per il deposito. Pertanto stupisce che è stata introdotta un'azione onoraria, mentre vi sono azioni civili: a meno che, dice, affinché questo genere di uomini abbia presente che il pretore si preoccupa di reprimere le scorrettezze: e poiché nella locazione e conduzione si presta la colpa, nel deposito solo il dolo, invece in base a questo editto chi ha preso sarà tenuto in ogni caso, anche se la merce perì senza sua colpa ovvero fu danneggiata, salvo che intervenga un danno fatale. Pertanto Labeone scrive che si alcunché avvenne per naufragio o per la violenza dei pirati non è iniquo dare a lui (all'armatore) un'eccezione. Lo stesso va detto se la forza maggiore si verificò in una stalla o in una osteria). Sul brano, cfr.: L. Menager, op. cit.; Ch. H. Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, "Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte" 1962, H. 45, p. 163; F. M. De Robertis, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, vol. III, Cacucci, Bari 1966, p. 683; A. Doll, *Von der vis maior zu höheren Gewalt. Geschichte und Dogmatik eines haftungsentlastenden Begriffs*, Frankfurt/M. – Bern – New York – Lang 1989.

5. Lex Rhodia

È dunque il *rischio* collegato alla navigazione l'elemento centrale ed il perno dei contratti marittimi, sui quali da tempo dibatte una copiosa e a volte contrastante dottrina, della quale non si può dar conto in questa sede.

Il rischio era consustanziale alla navigazione sia per le vicende del mare sia per i pericoli creati dagli uomini, anche come si è visto per opera degli armatori e in generale della gente di mare²³.

Su di esso poggiava anche una delle più antiche disposizioni regolatrici dei traffici marittimi, che viene ricordata come originaria dell'isola di Rodi: la *lex Rhodia de iactu*²⁴.

La legge è stata molto discussa nel suo contenuto e nella sua portata. In particolare ci si è domandato se sia effettivamente una legge di Rodi e se si applicava al diritto romano o solo, come diritto locale, nel Mediterraneo orientale²⁵. Non potendomi soffermare sulla complessità degli interrogativi sollevati, mi sembra di potermi limitare qui a sostenere che un legge con quel nome era conosciuta ed applicata dai giuristi e dagli imperatori romani²⁶.

²³ G. Purpura, op. cit., 286 nota: "L'incertezza della navigazione antica e le frodi frequenti dei marinai dovevano contribuire a rendere l'eventualità della scomparsa della nave non rara".

²⁴ Su di essa vi è una cospicua bibliografia, dalla quale segnalo: W. Osuchowski, *Appunti sul problema del "iactus" in diritto romano*, IVRA 1, 1950, 292 ss.; F. Wieacker, "Iactus in tributum nave salva venit" D.14.2.4 pr. *Esegesi della "lex Rhodia de iactu"*, in *Nuova Riv. Dir. Comm. Dir. Dell'Econ. Dir. Soc.* 4, 1951, 287 ss.; WIEACKER F., *Iactus in tributum nave salva venit. (D.14.2.4 pr.)*. *Exegesen zur lex Rhodia de iactu*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, Milano – Giuffrè 1953, p. 513; F. M. De Robertis, *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D.14.2.6*, [in:] *Studi Arangio-Ruiz*, 3, Napoli – Jovene 1953, pp. 155 ss.; A. Wilinski, *D.19.2.31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, in *Annales Univ. Mariae Curie-Sklodowska* 7, 1960, pp. 353 ss.; S. A. B. Meira, *A Lex Rhodia de iactu. Sua repercussao no direito brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, 1969, pp. 12 ss.; J. A. C. Thomas, *Juridical Aspects of Carriage by Sea and Warehousing in Roman Law*, in *Recueils Soc. J. Bodin* 32, Bruxelles, 1974, pp. 117 ss.; W. Ahburner, *Nomos Rhodiön Nautikos. The Rhodian Sea Law*, Aalen, Scientia Verlag, 1976; H. Honsell, *Ut omnium contributione sarciatur quo pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu*, [in:] *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, pp. 141 ss.; F. De Martino, *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, in *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995, pp. 285 ss.; H. Wagner, *Die lex Rhodia de iactu*, RIDA. 44, 1997, pp. 357 ss.; A. Pókecz Kovacs, *Les problèmes du „iactus“ et de la „contributio“ dans la pratique de la lex Rodia*, [in:] *A bonis bona discere. Festgabe für Janós Zlinszky zum 70 Miskolc*, 1998, pp. 171 ss.

²⁵ Sul punto v., in particolare, F. M. De Robertis, *Lex Rhodia. Critica e anticritica su D. 14.2.9*, [in:] *Scritti vari di diritto romano*, Bari, Cacucci, 1987, pp. 309 ss.; G. Purpura, op. cit., pp. 74 ss.

²⁶ Depongono in tal senso l'esistenza di una rubrica dei *Digesta* di Giustiniano che intitola il titolo II del libro 14 a *De lege Rhodia de iactu*, la menzione da parte dell'apologeta Tertulliano (che potrebbe essere l'omonimo giurista romano: v., in tal senso F. M. De Robertis, op. cit. alla nota prec., p. 312 s. ed ivi nt. 17) in *Adversus Marcionem* 3.6. ciononostante ritiene che la legge non sia esistita l' Osuchowsky poiché egli nota l'assenza della sua menzione nella Sentenze attribuite a Paolo: *Pauli Sententiae* 2. 7. Altri mette in discussione che la legge si riferisse al lancio delle merci e pensa che piuttosto dovesse concernere il pagamento o meno dei dazi per le merci naufragate o lanciate in mare: G. Purpura, op. cit., 75 ed ivi bibl., con particolare riferimento alla tesi del J. Rouge, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*, Paris 1966, partic. p. 339 ss., secondo il quale nel mediterraneo vi sarebbe stata una molteplicità di consuetudini marine contrastanti durante l'età imperiale e il trattamento dei relitti sarebbe stato differente da quello delle merci gettate in mare e arrivate in porto, per quanto concerneva il diritto del fisco.

Sicché appare probabile che nel Mediterraneo fosse applicata una legge nata a Rodi e recepita anche dal diritto romano secondo la quale quando per necessità della navigazione fosse stato necessario alleggerire la nave gettando a mare parte o tutte le merci (*iactus mercium*) il danno che ne conseguiva andava ripartito tra tutti i proprietari delle merci imbarcate. Chi aveva subito la perdita delle proprie merci poteva rivolgersi al *magister* con l'azione di locazione, mentre questi poteva rivolgersi ai proprietari delle merci salvate con l'azione di conduzione.

Un'altro punto della legge doveva concernere i dazi portuali prevedendo l'esenzione per la nave e le merci naufragate o gettate in mare.

Infine punto assai controverso era l'appartenenza del relitto e delle merci gettate in mare, per le quali la dottrina contemporanea discute se appartenessero a chi se ne impossessava dopo il naufragio oppure restassero di proprietà del precedente proprietario oppure ancora potessero venire confiscati²⁷.

Illuminanti, per capire la *ratio*, delle disposizioni della legge, sono le parole dei giuristi romani.

In particolare Paolo nel terzo secolo d. C. dice che il riparto del danno tra tutti i proprietari delle merci affidate per il trasporto è giustificato dalla necessità di garantire la navigazione, che è, evidentemente, ritenuta finalità comune:

D. 14.2.1, *Paulus l. secundo sententiarum: Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*

(Attraverso la legge Rodia si ha cura di fare in modo che, qualora si sia proceduto a gettare in mare le merci allo scopo di consentire la navigazione, il danno sia diviso tra tutti perché è stato causato nell'interesse di tutti).

Pauli Sententiae 2.7.1: Levandae navis gratia iactus cum mercium factus est, omnium intributione sarciatur, quod pro omnibus iactum est.

(Se il lancio delle merci è stato fatto per consentire la navigazione, il danno deve essere risarcito con il contributo di tutti, poiché il lancio è stato effettuato nell'interesse di tutti).

Il pensiero del giurista, che appare condiviso da altri giureconsulti, appare chiaro ed è incentrato su un'idea semplice ma efficace: la navigazione è l'interesse primario nel caso di nave in mare e ad essa sono chiamati a contribuire tutti coloro che abbiano a che fare con il natante. Perciò se si rende necessario alleggerire la nave non dovrà subire la perdita delle cose gettate in mare solo il proprietario di esse. Invero, poiché l'abbandono in mare avviene per consentire la navigazione si deve sostenere che esso avvenga nell'interesse di tutti quelli che hanno qualche carico sulla nave; di conseguenza, le perdite vanno ripartite tra tutti.

Il criterio, in un mondo nel quale non vi erano contratti di assicurazioni predisposti per salvaguardare il proprietario delle merci, stabilisce un principio di solida-

²⁷ Su questi due punti v., in particolare, gli scritti del Purpura, citati in precedenza.

rietà creata dalle esigenze della navigazione, tra le quali è primaria la salvezza della nave e dei passeggeri, e finalizzata ad essa, in modo che viene meno se si verificano eventi dannosi che non sono legati a quella finalità²⁸. Solo così i traffici marittimi potevano essere incrementati in maniera considerevole si riusciva a dare (sia pure in via indiretta) sicurezza ad essi.

6. La contributio

Vediamo ora come il sistema escogitato a Rodi doveva funzionare in concreto.

Ancora una volta possiamo utilizzare il racconto del giurista Paolo:

D. 14.2.2, pr. Paul. 34 ad ed.: *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. servius quidem respondit ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. immo etsi (non) retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas. at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.*

(Se sono state gettate in mare delle merci a causa delle difficoltà della nave i proprietari delle merci, che abbiano dato in locazione le merci affinché venissero trasportate, devono agire con il *magister* della nave con l'azione di locazione; questi a sua volta agisce nei confronti degli altri proprietari, le cui merci sono salve, con l'azione di conduzione. Servio aveva sentenziato che lo scopo dell'azione di locazione nei confronti del *magister* era quello di indurlo ad operare la ritenzione delle merci degli altri *vectores* (passeggeri), finché non paghino la corrispettiva loro porzione del danno. Di conseguenza anche quando il *magister* non operi la ritenzione delle merci, ugualmente avrà l'azione di locazione nei confronti dei *vectores*: cosa infatti si dovrà dire se vi siano *vectores* senza merci? Perciò è più appropriato ritenere che se vi siano le merci le debba ritenere. Inoltre se non prese in conduzione l'intera nave, agirà con l'azione di conduzione, a somiglianza dei *vectorum* i quali presero in conduzione gli spazi sulla nave: infatti corrisponde a somma equità che vi sia una perdita comune da parte di coloro che conseguirono la salvezza delle proprie merci in conseguenza della perdita di quella degli altri).

²⁸ Nasce da ciò una ricca casistica la quale, ad esempio, esclude la responsabilità per coloro che da soli si sono disfatti delle merci (v. D. 14.2.5, *Hermogenianus l. 2 iuris epitomarum*) o per l'albero divelto dalla tempesta, che però non incida sulla salvezza del viaggio (*P. S. 2.7.2*). Ma la casistica è varia. Qui non mi posso soffermare, ritenendo sufficiente avere indicato il principio regolatore di essa.

Il giurista dell'età severiana (Paolo) attribuiva a Servio Sulpicio Rufo (giurista della fine della Repubblica, amico e talora avversario di Cicerone) una disciplina in base alla quale il *magister navis*²⁹, qualora aveva dovuto gettare in mare alcune merci allo scopo di alleggerire la nave e così facendo consentire il prosieguo della navigazione, poteva esercitare il diritto di ritenzione su tutte le merci imbarcate per le quali non fosse stato necessario il lancio in mare. Inoltre poteva agire nei confronti dei proprietari delle merci salvate con l'azione di conduzione. Questi strumenti dati al *magister* tendevano a realizzare il riparto (*contributio*) delle perdite in maniera proporzionale tra tutti i *vectores*.

Perciò il *magister* si configurava come una sorta di "liquidatore" ed agiva non nell'interesse proprio bensì in quello della comunità dei *vectores*: infatti siccome scopo delle disposizioni era l'equo riparto dei danni provenienti dall'*iactus mercium* esso si traduceva, in concreto, nell'equa ripartizione delle merci salvate (prendendo però in considerazione il loro valore), la quale finiva per creare un'unica comunità economica tra i soggetti danneggiati e quelli che non avevano subito nessuna perdita. Nei confronti di questa comunità si poneva il *magister* che era tenuto ad esplicitare un diritto-dovere (*officium*) in virtù del quale egli poteva trattenere le merci salve fino a che non fosse stata pagata la quota dei soggetti danneggiati; la quale doveva essere versata a lui affinché provvedesse a darla ai danneggiati.

Era evidente che la ritenzione poteva essere effettuata solo dal *magister* e non direttamente dai danneggiati, per il semplice fatto che era il *magister* ad avere la disponibilità materiale delle merci che erano sulla nave. Inoltre era evidente che la gestione della comunità economica che si veniva a creare tra i *vectores* doveva essere unitaria, evitando (per prevenire contrasti e lungaggini) la gestione diretta da parte dei contendenti: perciò essa doveva essere affidata ad una sola persona. La quale, per rendere la procedura spedita e di esito sicuro, doveva avere strumenti efficaci per realizzare i "conguagli"; cioè il diritto di ritenzione e la possibilità di respingere, attraverso un'appropriata *exceptio* (eccezione processuale) l'eventuale azione dei *vectores* che reclamassero le loro merci, senza avere assolto al proprio dovere di *contributio*.

La posizione del *magister* era quella di terzo disinteressato ma funzionale alle esigenze della navigazione; le quali in tal modo balzavano in primo piano e si concretizzavano tramite il suo intervento disinteressato ma anche dovuto.

Ciò appariva l'unica soluzione possibile anche in conseguenza della circostanza che il rapporto di trasporto si realizzava attraverso contratti che vedevano da un lato il *magister* dall'altro di volta in volta i singoli *vectores* senza che questi contraessero nessun contratto tra loro; di modo che non sarebbe stata neppure ipotizzabile l'ipotesi di azioni dirette dei danneggiati nei confronti dei *vectores* indenni.

Si può pertanto affermare che il *magister*, unico soggetto legato da rapporti e da azioni con tutti gli altri soggetti implicati nella vicenda e, come già osservato,

²⁹ Responsabile (come si è detto: cfr. § 4) della conduzione economico-commerciale della navigazione, con effetti che ricadevano direttamente sull'armatore.

il solo in grado di esercitare la ritenzione delle merci era tenuto a gestire la *contributio* partendo dalla ritenzione delle merci: “*si tratta di una sua specifica obbligazione, tanto è vero che egli risponde a questo titolo verso i vectores con l’actio ex locato*”³⁰.

Di norma egli non avrà bisogno di ricorrere all’azione contrattuale perché potrà conseguire il suo scopo attraverso la ritenzione³¹, la quale poteva essere fatta subito dopo il lancio in mare delle merci ritenute ingombranti.

Di norma, poi, i *vectores* indenni avrebbero avuto tutto l’interesse a pagare al *magister* la loro quota allo scopo di ottenere le proprie merci e pertanto l’azione nei loro confronti doveva essere esercitata molto di rado, a meno che il *vector* non si fosse presentato a reclamare la propria mercanzia.

In conclusione può dirsi che il *magister*, in veste di “liquidatore” era garante dell’equa conclusione del trasporto, avendo il diritto-dovere di operare la ritenzione delle cose rimaste a bordo, di ricevere le somme proporzionalmente da lui ripartite tra i proprietari di tali beni ed, infine, di riversare le somme ricevute nelle mani dei proprietari dei beni gettati in mare.

Ne consegue che il risultato ultimo si configura in un particolare caso di attività ed, eventualmente, di esercizio di azione a favore di terzi, da parte del *magister*. Il quale però agisce in conseguenza di obbligazioni dovute dai terzi (i *vectores* obbligati) direttamente nei suoi confronti ed indirizzate a consentire a lui di adempiere, a sua volta, al soddisfacimento dell’obbligo che egli ha verso i *vectores* che avevano perso le merci. Il *magister* si trova al centro di diritti di obbligazione e di doveri di adempimento propri, i quali, tuttavia, nascono nell’interesse di terzi ovvero (*rectius*) nell’interesse della navigazione e della sicurezza dei traffici marittimi.

Possiamo ora affermare che la finalità principale della *lex Rhodia* era questa: favorire la navigazione commerciale e salvaguardare gli imprenditori privati dai grandissimi rischi ad essa connessi.

7. Priorità della legge del mare

Questo appare confermato da un discusso testo in greco del giurista Volusio Meciano, nel quale, di fronte alla richiesta rivoltagli da Eudemone Nicomedeo,

³⁰ C. A. Cannata, *La disavventura del capitano J. P. Vos*, Labeo 3, 1995, p. 399.

³¹ Differente opinione è espressa da I. Reichard, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Böhlau Verlag, Köln – Weimar - Wien 1993, p. 136, il quale ipotizza che la ritenzione potesse avvenire solo dopo l’esperimento dell’azione *locati* da parte dei *vectores* interessati e che anzi l’esperimento di quell’azione fosse condizione necessaria per la ritenzione da parte del *magister*. Come ha ben visto il Cannata (op. cit., partic. p. 400) questa tesi non appare convincente. Basta osservare che se così fosse i *vectores* indenni potrebbero abbandonare la nave prima che il *magister* effettui la ritenzione a lui impedita in assenza di un’azione da parte dei *vectores* danneggiati (i quali dovevano prima sbarcare e poi rivolgersi al magistrato giudicante per promuovere l’azione loro spettante): quindi l’intero sistema sarebbe stato inutile!

l'imperatore Antonino³² dà ragione al postulante riconoscendo l'applicabilità della legge di Rodi e quindi del diritto del mare anche a scapito del diritto romano.

D. 14. 2. 9, Volusius Mecianus ex lege Rhodia: (...) Petizione di Eudemone di Nicomedia all'imperatore Antonino: Signore imperatore Antonino, avendo noi fatto naufragio in Icaria, siamo stati spossessati a causa dei tributi portuali (portoria) dei preposti alle isole Cicladi. Antonino risponde ad Eudemone: Io sono il signore del mondo, ma vi è la legge del mare. Si giudichi secondo la legge Rodia nautica nella misura in cui nessuna legge delle nostre si contrappone ad essa. Lo stesso giudicò anche il molto divino Augusto³³.

Il passo ha sollevato diversi e discussi problemi esegetici, sui quali non mi posso qui soffermare³⁴.

Importante mi sembra sottolineare l'universalità della "legge del mare", nella specie quella di Rodi, la quale deve valere per tutto il Mediterraneo allo scopo di assicurare sicurezza ai traffici marittimi. L'imperatore Antonino, seguendo una linea ininterrotta che già Augusto aveva confermato, riconosce la priorità di quella legge rispetto alle sue prescrizioni. Egli, cioè, dice che pur essendo il "Signore del mondo"³⁵, non può prescindere dalla legge del mare, la quale ha una vigenza che gli preesisteva e non poteva essere sovvertita. In altri termini l'imperatore non ritiene di modificare una materia che aveva bisogno di uniformità se non voleva compromettere i traffici commerciali via mare creando insicurezza con disposizioni specifiche non universalmente conosciute ed applicate; ciò pur non rinunciando in via di principio ad affermare la priorità del diritto romano: infatti egli aggiunge che comunque anche la legge del mare non deve contrastare il diritto romano. Ma proprio qui mi pare consista la sottigliezza della costruzione giuridica riflessa dal brano: il diritto romano è prioritario ed universale, ma proprio per questa sua caratteristica non modifica ed anzi recepisce il diritto marittimo (in gran parte frutto di tradizioni di lungo periodo) che, a causa della sua diffusione, era necessario per assicurare omogeneità e sicurezza alla navigazione ed ai traffici marittimi.

³² È discusso se si tratti di Antonino Pio o di Marco Aurelio, ma la migliore dottrina propende per il primo: v. F. M. De Robertis, *Lex Rhodia...*, pp. 319 s.; G. Purpura, op. cit., pp. 329 s.

³³ Per la traduzione mi avvalgo del suggerimento del Purpura (op. cit., p. 302), integrata dai suggerimenti del Manfredini, ivi richiamato alla nt.60.

³⁴ Mi pare sufficiente rinviare ai citati lavori del De Robertis e del Purpura, i quali discutono anche la letteratura suscitata dal brano.

³⁵ L'espressione è apparsa sospetta di influenza cristiana, quando l'Imperatore fa derivare i suoi poteri da Dio e pertanto li riferisce a tutto il pianeta (come rappresentante in terra del Signore che sta nei cieli). In realtà nel significato corrente durante il Principato, si parlava in vario modo per diversi imperatori a partire da Nerone, e sta ad indicare la dimensione e la concezione universale dell'Impero: in tal senso v. F. M. De Robertis, *Lex Rhodia...*, pp. 320 ss.

8. Relitti e cose gettate in mare

Nel concreto la legge Rodia, oltre a disciplinare il caso di *iactus mercium*, doveva avere disposizioni che prevedevano l'esenzione dal pagamento dei dazi portuali per i relitti o le merci comunque pervenute in porto. Infatti appariva importante esentare i naufraghi da questi tributi (*commisum*), non foss'altro che per non aggiungere al danno del naufragio la beffa del pagamento per un viaggio non andato a buon fine³⁶.

In tal senso mi pare che depongano anche altre decisioni degli imperatori non molto distanti nel tempo da quella ricordata da Meciano.

D. 39.4.16.8, *Marcianus l. singulari de delatoribus: Si propter necessitatem adversae tempestatis expositum onus fuerit, non debere hoc commissio vindicari divi fratres rescripserunt.*

(Se l'oggetto del tributo sia costituito da cose naufragate i divini fratelli in un rescritto confermarono che non si dovesse pagare nessun dazio).

C. 11.6.1 *Antoninus: Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus vel si quando reliquam terram attigerit, ad dominos pertineat: fiscus meus sese non interponat. quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?*

(Se una nave fu spinta sul lido per un naufragio o se il relitto arrivò a terra, spetterà ai suoi padroni: il fisco non deve pretendere nulla. Infatti che diritto può avere il fisco nella sventura altrui, fino a trarre vantaggio dalla sventura altrui?)

L'orientamento espresso nei testi mi appare chiaro ed indice di una continuità. Viene infatti costantemente confermata³⁷ l'esenzione dai tributi della nave o dei relitti per evitare di aggiungere danno alla sciagura³⁸.

Di là dalle pretese del fisco si poneva poi il problema dell'appartenenza dei relitti e delle cose abbandonate.

Al riguardo sembra che la legge Rodia prevedesse la proprietà per chi per primo se ne impossessasse, ma che contro tale abbia reagito il diritto romano, anche per stroncare speculazioni e dare tranquillità e, nei limiti del possibile, più sicurezza

³⁶ In questa lettura credo di potere seguire le argomentazioni del Purpura (op. cit., pp. 306 ss.) contro difformi interpretazioni, ivi discusse, che ipotizzano che proprio la legge Rodia dovesse prevedere il pagamento dei dazi e che Eudemone chiedesse all'imperatore di non applicarla ma che la sua richiesta sarebbe stata respinta.

³⁷ Va precisato che la natura del rescritto imperiale non era tanto quella di produrre nuovo diritto, bensì quella di confermare, chiarendolo, il diritto preesistente da applicare nel caso sottoposto al vaglio dell'imperatore: in generale sul punto v. A.A. Vari, *Lineamenti di storia del diritto romano*², Giuffrè, Milano, 1989, pp. 420 ss.

³⁸ Diversa interpretazione dei brani è stata fornita dal J. Rouge, *Le droit de naufrage et ses limitations en Méditerranée avant l'établissement de la domination de Rome*, in *Mélanges Piganiol II*, Paris 1966, pp. 1467 ss. Il quale sostiene che vi sarebbe stato un differente regime per i relitti e per le cose gettate in mare e che solo le seconde sarebbero state esentate dai tributi; mi pare, tuttavia, che la sua tesi, come ha ben visto il Purpura (loc. cit.) contrasti con il tenore concorde delle fonti.

a chi rischiava con il commercio marittimo, assicurando benessere e prosperità alle città ed all'impero.

È questo il motivo di puntualizzazioni sia dei giuristi sia degli imperatori.

I Romani, i quali (come si è già detto) non elaborarono una materia specifica per la nave e la navigazione ma affrontarono il tema avvalendosi delle categorie generali delle *res*, impostarono il problema dei relitti e delle merci gettate in mare nell'ambito dei criteri elaborati riguardo all'abbandono delle proprie cose da parte del proprietario. In proposito era pacifico che la cosa abbandonata dovesse spettare a chi per primo se ne appropriasse³⁹, sicché per i relitti e le cose lanciate in mare per alleggerire la nave la questione fu impostata intorno all'interrogativo se essi erano o no da considerare abbandonate. Se la risposta fosse stata positiva, ne conseguiva che chiunque poteva impossessarsi di essi e diventare proprietario (per occupazione o per usucapione); diversamente nel caso di risposta negativa: infatti in tal caso le cose restavano nel dominio dei precedenti proprietari.

Incisivo ed illuminante è un brano del giurista Giavoleno, operante alla fine del I sec. d. C.:

D. 41.2.21.1-2 *Iavolenus l. 7 ex Cassio: Quod. ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. Idem iuris esse existimo in his rebus, quae iactae sunt: quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.*

(Ciò che è portato via dal naufragio non si può usucapire, poiché non si tratta di cose abbandonate, bensì di cose perdute. Ritengo che la stessa regola debba applicarsi alle cose lanciate in mare, poiché non si può sostenere che siano state abbandonate le cose buttate via per conseguire la salvezza).

Di là da queste considerazioni generali si prospettò poi un problema pratico, dalla cui soluzione poteva dipendere la sicurezza della navigazione.

Atteso che per antiche usanze i relitti diventavano di proprietà dell'occupante⁴⁰, i pericoli di per sé già enormi dei naviganti venivano accresciuti da delittuosi espedienti che tendevano a causare i naufragi al solo scopo di impadronirsi delle navi. A quanto pare pescatori solevano attirare in secco le navi con efficaci "furbate": di notte, approfittando del favore delle tenebre, accendevano fuochi su spiagge dai bassi fondali in modo da far credere alle imbarcazioni che lì ci fosse un porto al quale potersi dirigere. Una volta diretta la prora verso questi fuochi facevano naufragio, mentre i "gentiluomini" che li avevano attirati in secco si impadronivano delle navi naufragate e dei loro carichi. Occorreva porre un freno ed i giuristi (ed è da

³⁹ Sul punto vi fu una controversia tra le due scuole nelle quali erano raggruppati i giuristi romani, quella dei Sabiniani e quella dei Proculiani. Per i primi con l'abbandono il proprietario perdeva la proprietà e la cosa diventava di nessuno (*res nullius*) e poteva essere acquistata da chiunque se ne appropriasse. secondo i Proculiani, invece, l'abbandono configurava un caso di consegna a persona da identificare (*traditio in incertam personam*): cfr. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*², Palumbo, Palermo 1995, pp. 319 ss.; M. Talamanca, op. cit., pp. 415 s.

⁴⁰ Sul punto cfr. J. Rouge, loc.cit.

presumere, con loro gli imperatori)⁴¹ intervennero appropriatamente, esortando ad eliminare in radice la causa di siffatte mascalzonate.

D. 47.9.10, *Ulpianus l. 1 opinionum: Ne piscatores nocte lumine ostenso fallant navigantes, quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in periculum naves et qui in eis sunt deducant sibi que execrandam praedam parent, praesidis provinciae religiosa constantia efficiat.*

(La religiosa fermezza del preside della provincia impedisca che i pescatori inducano in inganno i naviganti accendendo luci che lascino credere loro di potere arrivare in porto, ponendo così in pericolo le navi e naviganti al solo scopo di procacciarsi una esecranda preda)

Significative appaiono le espressioni usate dal giurista che parla di fermezza “religiosa” e bolla come “preda esecranda” i guadagni conseguibili da tanto delittuoso artificio.

Essa riflette l’orientamento estremamente severo nei confronti di chi avesse approfittato del naufragio altrui, specie se con violenza.

Le sanzioni erano di natura economica, prevedendo il pagamento del quadruplo delle cose sottratte, ma anche personali, come la fustigazione, la condanna all’esilio o all’estrazione nelle miniere (che equivaleva ad una condanna a morte certa):

D. 47.9.1 pr., *Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum: Praetor ait: “In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicitur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. item in servum et in familiam iudicium dabo”.*

(Il pretore dice: “nei confronti di chi in occasione di incendio, disastro, naufragio, di assalto ad una nave o zattera abbia rapito alcunché o abbia ricevuto dolosamente qualcosa o abbia causato qualche danno in queste cose, darò un’azione per il quadruplo, se esperita entro un anno, oppure, dopo l’anno, nel solo valore delle cose. L’azione poi la darò anche nei confronti del servo e della famiglia”).

D. 47.9.4.1, *Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum: Divus Antoninus de his, qui praedam ex naufragio diripuissent, ita rescripsit: “Quod de naufragiis navis et ratis scripsisti mihi, eo pertinet, ut explores, qua poena adficiendos eos putem, qui diripuissent aliqua ex illo probantur. et facile, ut opinor, constitui potest: nam plurimum interest, peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint. ideoque si gravior praeda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis aut, si sordidiores erunt, in opus publicum eiusdem temporis dabis: servos flagellis caesos in metallum damnabis. si non magnae pecuniae res fuerint, liberos fustibus, servos flagellis caesos dimittere poteris”.*

⁴¹ Il brano che riporto apparteneva ad Ulpiano il quale non fu solo un grande giurista, ma rivestì cariche elevatissime sino ad essere stato, per un certo periodo, il vero gestore dell’impero, in qualità di tutere del giovane ed imberbe imperatore Alessiano: v., con ivi bibl., S. Tafaro, *Debito e responsabilità*, Cacucci, Bari 2000, pp. 70 s.

(Riguardo a coloro che commisero saccheggi in occasione di un naufragio emise un rescritto di questo tenore: “In riferimento a quello che mi domandasti riguardo ai naufragi della nave e della zattera, capisco che vuoi sapere cosa penso in merito alla pena da comminare a coloro dei quali sia provato che sottrassero delle cose. E, credo, che si possa decidere facilmente: infatti interessa molto sapere se presero cose destinate a perire oppure invasero ignominiosamente quelle che si sarebbero potuto salvare. Pertanto se appaia afferrata con violenza una preda considerevole, gli uomini liberi dopo essere stati bastonati li dovrai confinare per tre anni e se si tratta di persone turpi li condannerai per lo stesso tempo al servizio pubblico; gli schiavi dopo averli flagellati li condannerai ai lavori delle miniere (ai lavori forzati). Se la cosa non fu di grande valore potrai frustrare i liberi e flagellare gli schiavi”).

I brani si commentano da soli e denotano lo sforzo dei Romani di reprimere nella maniera più severa possibile i delitti connessi alla navigazione.

Questa repressione venne attuata con i mezzi ordinari facendo ricorso alla normale procedura ed alle azioni di essa, le quali si differenziavano solo per l'ammontare della pena.

Ma questo ritenuto sufficiente in via ordinaria in casi particolari non bastava.

9. La pirateria

La pirateria era una vera piaga dei mari, contribuendo pesantemente a diminuire la sicurezza della navigazione nel Mediterraneo.

I Cretesi, i Fenici, i Greci e gli Etruschi attaccavano le navi nemiche per deprenderle.

L'incursione dei pirati avveniva essenzialmente in due modi

1) attraverso l'assalto alle navi da trasporto per rubarne le merci, che venivano poi o utilizzate o vendute nei porti;

2) con il rapimento di ostaggi, che rilasciavano dietro pagamento di riscatto⁴².

Lunghe e tormentate sono state le vicende della pirateria nel mondo romano.

È opinione comune che i Romani sino al I sec. a. C. non si siano preoccupati o non furono capaci di condurre una seria lotta alla pirateria, insediata soprattutto nelle coste della Cilicia, a Creta, nell'Etolia e nell'Ilirico⁴³.

⁴² Famoso è rimasto il rapimento di Cesare, preso in ostaggio dai pirati, ancor giovane, durante un viaggio a Rodi dove intendeva seguire le lezioni del retore Apollonio Morone. Egli dapprima si offese per l'eseguità del riscatto che questi intendevano chiedere per lui e ne pattuì egli stesso l'ammontare consono alla sua persona ed al suo valor. Però promise di fargliela pagare e mantenne la promessa, tornando a per catturarli ed impiccarli, come a loro stessi aveva giurato (però, per la mitezza e signorilità del suo carattere, li uccise prima di impiccarli): cfr. Svet., *De vita duodecim Caesarum libri VIII, Caesaris Vita*, 74; Plut., *Caesar*, 2.

⁴³ Cfr. N. Ronzitti, v. *Pirateria (storia)*, in ed Enciclopedia del Diritto XXXIII, 1983, pp. 873 ss. ed ivi bibl.

Fra il IV e il I secolo a.C., Roma, che aveva bisogno di usare le navi per procurare ai suoi cittadini tutte le merci di cui avevano bisogno, non solo cibo e bevande, ma anche profumi, spezie, tappeti, belve per gli spettacoli, si trovò ad affrontare incursioni condotte da navi di tiranni siciliani, navi di Anzio, di Calcide, di Sparta, di flotte al soldo di Filippo V di Macedonia e Antioco III di Siria, degli Illiri, dei Liguri.

Una più recente lettura del fenomeno ha posto in evidenza il fatto che in realtà non si trattò di incapacità o di cattiva volontà, bensì di un mirato calcolo, perché la pirateria era consustanziale alla politica di molti zone sia dell'Oriente sia dell'Occidente, costituendo l'asse portante della politica di molte popolazioni. Essa serviva, tra l'altro, ad approvvigionare le città degli schiavi necessari all'economia del tempo; inoltre i Romani pensarono di sfruttare la pirateria "quale mercenariato, senza una paga"; specie perché "il ceto politico sarebbe rimasto per lungo tempo ideologicamente legato all'economia terriera e non avrebbe quindi avuto interesse a colpire il fenomeno della pirateria, da cui traeva linfa per l'utilizzazione di manodopera a basso costo"⁴⁴.

Pertanto la pirateria fu tollerata e sfruttata fino a quando non divenne conflittuale con le mire espansionistiche di Roma e con l'esigenza di dare sicurezza ai mari nel nuovo ordine realizzato con l'Impero. Perciò troviamo un significativo e radicale impegno contro i pirati delle Baleari "quando cominciò a farsi strada l'esigenza di colpire il fenomeno piratesco, divenuto ormai poco compatibile con la posizione egemone che Roma andava assumendo nel Mediterraneo: tanto è vero che alla sconfitta di quei pirati, avvenuta nel 123 a.C., seguì la colonizzazione delle isole, al fine evidente di radicare sul territorio la popolazione e di ridurne l'antica tendenza a inseguire l'avventura per i mari"⁴⁵.

La situazione diventò intollerabile sul finire dell'età repubblicana quando, "stando a quanto narra lo storico Appiano (*Mithr.* 63; 92), che, pur scrivendo molto tempo dopo, in genere era ben informato, i pirati, organizzati in forti squadre comprendenti non solo piccoli e veloci vascelli, ma anche triremi e biremi, comandati da capi, veri e propri comandanti militari, ostacolavano gravemente i traffici commerciali marittimi. Essi, inoltre, ponevano regolari assedi alle città costiere, spargendo dappertutto tra le popolazioni il terrore di essere avviate al gran mercato di schiavi di Delo, che soltanto attraverso questi, se si possono dire, rifornimenti, poteva funzionare con regolarità.

Fu allora che i pirati organizzarono un embrione di impero marittimo, costituendo dei veri e propri Stati rivieraschi in tutto il Mediterraneo fino alle colonne d'Ercole (App. *Mithr.* 92-93), tanto da svolgere un ruolo anche nella storia politica, come quando vennero impiegati nell'88 e nel 74 da Mitridate contro Roma"⁴⁶.

⁴⁴ L. Monaco, *Persecutio piratarum. 1. Battaglie ambigue e svolte costituzionali nella Roma repubblicana*, Jovene, Napoli 1996; sul punto, p. 53.

⁴⁵ V. Mannino, Rc. a L. Monaco, *Persecutio piratarum*, SDHI 1999 (65), p. 443.

⁴⁶ N. Ronzitti, v. *Pirateria*, 874.

Per far fronte alla pirateria Roma intorno all'anno 100 e comunque prima del 96 a. C., fu approvato un apposito plebiscito, conosciuto come *lex piratica*, giunto a noi attraverso iscrizioni epigrafiche provenienti da Delfi e da Cnidos. Con esso si provvede a prevedere contro i pirati di una procedura per multa fissa ed a legittimazione popolare, abbastanza vicina alle azioni popolari conosciute in Roma ed esperibili da parte di qualsiasi cittadino (da *quavis de populo*) per la difesa di interessi collettivi anche di là dall'esistenza di un proprio interesse personale e diretto. Il relativo processo, con verosimiglianza, si doveva svolgere dinanzi ad una giuria (*recuperatores*) di 15 membri, estratti da un albo di 300 persone⁴⁷. Con il provvedimento il senato romano invitò alcuni re del Mediterraneo (nello specifico, d'Egitto, Cirene e Siria) a partecipare alla lotta contro i pirati, anche attraverso lo stanziamento di specifici contributi in denaro.

Nel 79 a. C. fu allestita una flotta la quale, sotto il comando del console P. Servilio conquistò o distrusse molte delle basi costiere utilizzate dai pirati.

Poco dopo si pensò di completare l'annientamento della pirateria conferendo all'uopo nel 74 a. C. il comando straordinario a M. Antonio Cretico, la cui potente flotta di Marco Antonio Cretico cancellò dal mare l'insidia dei pirati da tutta la costa spagnola levantina passata così saldamente in mano agli ottimati. Ma alla fine la sua campagna nel Mediterraneo non si concluse felicemente e subì pesanti sconfitte da parte dei pirati.

Poiché questi mettevano in serio pericolo l'approvvigionamento di Roma, di modo che incombeva la minaccia della carestia, si decise un intervento radicale, affidando, poteri straordinari al grande generale Pompeo Magno. Tanto più che nel frattempo si erano verificati clamorosi casi di ambasciatori e consoli che avevano scosso la classe dirigente romana. Invero la lunga situazione di instabilità politica e militare che imperversava nello stato romano aveva creato problemi di ordine pubblico e provocato un aumento esponenziale della illegalità. In particolare la politica di Sertorio e le pressioni belliche di Mitridate avevano favorito lo sviluppo incontrollato della pirateria. Questi pirati provenivano prevalentemente dalla Cilicia, la zona sudorientale della Turchia, e da Cipro. I pirati imperversavano nel Mediterraneo, avevano saccheggiato Ostia distruggendo le navi romane attraccate, ed erano sbarcati a più riprese sulle coste della Campania, spingendosi fino alle coste meridionali della Spagna: il prezzo del grano salì alle stelle. Urgeva una soluzione.

Vincendo le accese resistenze del senato⁴⁸, restio a conferire poteri che potevano sfuggire al suo controllo, nel 67 a. C. su proposta di A. Gabinio (personaggio molto discusso e senza scrupoli) fu approvata una legge con la quale si affidava a Pompeo il comando militare senza limiti, paragonabile al comando senza limiti (*imperium infinitum*) esistito agli inizi della storia di Roma. Attraverso la "legge

⁴⁷ L. Monaco, *Persecutio*, 113.143.

⁴⁸ In un primo tempo Gabinio tentò di ottenere il provvedimento dal senato, ma per poco non ci rimise la pelle, tanto tenaci erano le resistenze dei senatori: v. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III, 1966, pp. 132 ss.

Gabinia concernente la guerra partica” (*lex Gabinia de bello partico*) detta anche “per la nomina di un solo comandante contro i pirati” (*de uno imperatore contra praedones constituendo*) Pompeo ebbe poteri che si sovrapponevano a quelli dei governatori delle province (*imperium maius*). All’uopo la legge prevedeva il potere di disporre di venti legioni e di una flotta di cinquecento navi e gli fu messo a disposizione una somma enorme: 600 talenti attici, con l’autorizzazione di attingere dalle casse pubbliche (dall’erario) quanto ritenesse necessario, con la facoltà di richiedere alle province adeguati tributi e di pretendere l’aiuto degli stati sottoposti all’egemonia romana. Il potere conferito in via eccezionale aveva la durata di tre anni senza limiti territoriali, andando dall’Oriente alle colonne d’Ercole (Gibilterra) e nel retroterra fino a 50 miglia dal lido⁴⁹.

L’eccezionalità del provvedimento fu premiata dal risultato poiché Pompeo in pochi anni sradicò definitivamente la pirateria dal Mediterraneo, distruggendo le flotte corsare e dando sicurezza ai mari.

La sua campagna fu caratterizzata da sorprendente velocità: in soli 40 giorni ristabilì l’ordine sulle coste occidentali del Mediterraneo, poi, mandati i legati in avanscoperta, si diresse verso oriente, e in 49 giorni distrusse i covi dei pirati cilici, aggiungendo all’azione militare quella diplomatica. Furono uccisi 10.000 pirati, 800 navi vennero catturate e 120 fortezze distrutte. Il Mediterraneo fu liberato momentaneamente dalla pirateria e i commerci poterono riprendere.

Dal punto di vista tattico Pompeo procedé dividendo il mare in zone che affidò a sub-comandanti di sua nomina⁵⁰, poiché la legge Gabinia aveva previsto che il comandante (che non era menzionato, ma tutti sapevano che si trattava di Pompeo) avesse anche la facoltà di organizzarsi articolando le forze attraverso la nomina di ventiquattro comandanti, di rango senatorio, in singoli settori delle operazioni. In tal modo procedette a distruggere le flotte ed i covi dei pirati l’uno dopo l’altro consolidando la sicurezza delle zone liberate e costringendo i pirati a rintanarsi nella loro base principale di Caracesio in Cilicia⁵¹. Inoltre dette a molti pirati la possibilità di rientrare in una vita normale abbandonando la pirateria: questo contribuì alla velocità delle sue operazioni e costituisce un significativo esempio di politica del “pentitimento”, rimproverata a Pompeo dai suoi avversari⁵².

I restanti ricevettero un colpo dal quale non si ripresero, sebbene nel 40 a. C. si posero sotto il comando di Sesto Pompeo e dalla Sicilia tentarono di impedire i rifornimenti provenienti dall’Africa⁵³, ma invano perché l’avvento del Principato di Augusto, con le vittorie navali riportate da Marco Agrippa, assicurò la definitiva sicurezza del mare e segnò la loro definitiva scomparsa della pirateria, durata alme-

⁴⁹ V. ibidem, pp. 135.

⁵⁰ Appianus, *Mithrid.* 94–96.

⁵¹ Regione costiera a ridosso delle montagne dell’attuale Turchia.

⁵² V. J. Rouge, *navi e navigazione nell’antichità*, Firenze, 1977, p. 110. Cfr.: Appianus, *Mithrid.* 96; Plutarcus, *Pompeius*, 27–28; Cicero, *De officiis*, 3, 11, 49.

⁵³ Appianus, 77–80.

no per i successivi due secoli, quando la sicurezza delle rotte mediterranee erano garantite dalle potenti flotte permanenti di Ravenna, che vigilava sull'Oriente, e di Miseno, che controllava la parte occidentale; le quali erano coadiuvate dalle flotte ausiliarie stanziata in Cirenaica, Egitto e Siria.

Nel terzo secolo la crisi dell'impero dette nuove occasioni ai pirati i quali, malgrado i provvedimenti straordinari di Alessandro Severo⁵⁴ ripresero le loro scorriere, alimentate soprattutto da Sarmati e Goti, provenienti dal Mar Nero "infestarono tutto il Mediterraneo orientale, preannunciando le invasioni barbariche"⁵⁵.

10. Piratae

In conclusione di questo sguardo sulla pirateria sorge una domanda: chi erano i "pirati" per il diritto romano?

Pomponio ed Ulpiano, tra la fine del II sec. d. C. e gli inizi del terzo ci danno importanti indicazioni, dalle quali emerge che, a differenza dei "nemici" contro i quali si fosse in guerra, i pirati non potevano essere considerati come un popolo, cioè come persone appartenenti ad un ordinamento politico-giuridico con il quale sarebbero state possibili relazioni.

D. 50.16.118, *Pomponius l. 2 ad Quintum Mucium*: "*Hostes*" hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt.

("Nemici" vanno ritenuti coloro che pubblicamente ci hanno dichiarato guerra o ai quali noi abbiamo dichiarato guerra: gli altri sono ladroni o predoni).

D. 49.15.24, *Ulpianus l. 1 institutionum*: *Hostes sunt quibus publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur*.

(Nemici sono coloro ai quali il popolo Romano pubblicamente ha dichiarato guerra o che hanno dichiarato guerra al popolo Romani: gli altri vanno chiamati ladruncoli o predoni).

Considerato che la dichiarazione di guerra realizzava un caso di *perduellio*, già Cicerone, alla fine della Repubblica, aveva osservato:

Cicero, de *officiis*: 3.107: *pirata non est ex perduellionis numero definitus, sed communis hostis omnium*.

(Il pirata non rientra tra i nemici pubblici, ma tra i comuni nemici di tutti).

I nemici comuni di tutti erano coloro che, fuori da ogni possibile consorzio civile e di là da ogni regola, costituivano una calamità assimilabile alle tempeste del mare.

Deriva da questa qualifica della pirateria la irrilevanza degli "accordi" raggiunti con i pirati durante la prigionia. Questo in deroga al principio radicato nel costume

⁵⁴ Cfr. M. Rostovzev, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, Firenze 1963, pp. 504 ss.

⁵⁵ N. Ronzitti, v. *Pirateria*, p. 875.

e nel diritto romano che esigeva il rispetto dei patti (*pacta*) perché lo imponeva la *fides*, categoria essenziale del diritto romano⁵⁶.

Inoltre mentre il prigioniero di guerra diventava schiavo di chi o del popolo che lo aveva catturato, la persona catturata dai pirati veniva considerata sempre libera; poteva fare testamento e se moriva prima di rientrare in patria era valido il testamento già fatto⁵⁷. Mentre, poi, i beni dei Romani presi dai nemici aveva il regime di *praeda* e cessavano di appartenere al romano proprietario, le cose prese dai pirati non potevano avere tale *status* e continuavano ad essere considerate del proprietario originario⁵⁸.

Corrispondeva alla considerazione della pirateria il fatto che, mentre colui che avesse pagato un riscatto per essere liberato dal nemico che lo avesse catturato restava assoggettato ad esso sino a quando non avesse pagato il riscatto (al quale, nel caso di morte sua, erano tenuti i suoi eredi), chi fosse stato liberato dai pirati non restava in nessun modo legato al suo liberatore⁵⁹.

Qualora poi si fosse pagato un riscatto per il rilascio della nave si applicava una norma analoga a quella prevista per il lancio delle merci in mare ed in generale per il naufragio; pertanto la somma pagata per il riscatto veniva ripartita tra tutti i partecipanti alla spedizione marittima⁶⁰.

Emerge in tutta chiarezza l'assoluto disprezzo e la totale irrilevanza giuridica degli atti della pirateria, così come di tutti quelli commessi con violenza.

Un'ultima considerazione credo sia da aggiungere riguardo alla persecuzione dei pirati ed alle pene comminate nei loro confronti.

In primo luogo, per tutta l'età repubblicana, era concesso a chiunque di inseguire, catturare ed uccidere senza indugio o necessità di processo i pirati: l'episodio di

⁵⁶ Sul puntovi è una letteratura molto vasta. Ricordo che il pretore aveva predisposto appositi strumenti (come l'*exceptio doli* e l'*exceptio pacti conventi*) per consentire il rispetto dei patti: *nell'edictum de pactis et conventionibus*, in cui era contenuta la generale previsione: *pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum ne qua fraus cui eorum riai facta erunt, servabo* (darò attuazione ai patti che siano stati conclusi non dolosamente, né contro le leggi, i plebisciti, i senatoconsulti, gli editti e i decreti degli imperatori, né in modo tale da esser in frode a tali provvedimenti normativi). Cfr. M. Talamanca, op. cit., p. 606 ss.; G. Pugliese, op. cit., pp. 646 ss.; M. Marrone, op. cit., p. 509; F. Sturm, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e Pactum – Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della *littera Florentina* (a cura di Francesco Milazzo), ESI, Napoli 1990, pp. 149 ss.

⁵⁷ D. 49. 15. 24, *Ulpianus l. 1 institutionum: et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est* (di conseguenza chi è stato rapito dai pirati non diventa loro schiavo); D. 50. 15. 19. 2, *Paulus l. 26 ad Sabinum: A piratis aut latronibus capti liberi parmanent* (le persone catturate dai pirati o dai ladroni restano libere); D. 28. 1. 13. pr., *Marcianus l. 4 institutionum: Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum* (Coloro che siano stati catturati dai ladroni possono fare testamento, perché restano liberi). Sul punto, come su tutta la tematica dei pirati, e sui brani v. L. Damati, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 1139, 41130, 26, 36 s.

⁵⁸ Cfr. N. Ronzitti, v. *Pirateria*, 879.

⁵⁹ Cfr. *ibidem*, 880.

⁶⁰ D. 14. 2. 2. 3, *Paul l. 34 ad edictum*; N. Ronzitti, v. *Pirateria*, 881.

Giulio Cesare, il quale dopo aver pagato il riscatto tornò ad uccidere i suoi rapitori, ne è un esempio⁶¹.

Nell'età imperiale si poteva agire *extra ordinem* cioè con le procedure sorte intorno all'ordinamento imperiale, attraverso le quali potevano essere condannati a pene severissime, rimesse alla valutazione del giudice, le quali prevedevano la condanna ai lavori forzati nelle miniere o all'esilio in qualche isola e nel caso di recidiva potevano arrivare sino alla pena di morte. Mentre i pirati *famosi* potevano essere appesi alla forca nei luoghi delle loro scorrerie, affinché la loro vista servisse da deterrente⁶².

11. Mediterraneità

Al termine di questo breve e per necessità elitario *excursus* credo che si possa evidenziare la costante cura avuta dagli antichi e nello specifico dai romani per garantire la sicurezza dei mari e la fluidità e speditezza dei traffici marittimi, dando tranquillità ai partecipanti alla navigazione e ripartendo equamente i rischi della navigazione.

Le strade battute sono state diverse e in generale erano state delineate all'interno del Mediterraneo creando regole che i singoli ordinamenti recepivano e, ove opportuno, perfezionavano.

Il problema della sicurezza dei mari fu vissuto anzitutto come un problema politico, al quale il diritto apprestò le soluzioni secondo schemi collaudati che cercavano di allontanarsi il meno possibile da quelli predisposti in via ordinaria per la salvaguardia e lo sviluppo del traffico giuridico.

Le soluzioni adottate dai Romani, con i principi che, specie nel campo negoziale, le ispirarono meritano attenta considerazione e possono offrire spunti ragguardevoli alla costruzione del nuovo *ius commune* che i tempi richiedono e del quale la Comunità europea deve dotarsi.

Infine la riconsiderazione delle linee predisposte alla navigazione nel mondo antico serve ad evidenziare la omogeneità e la specificità della realtà Mediterranea, dalla quale, pur nello sforzo di costruzione del diritto europeo, non è opportuno prescindere.

Essa è una realtà essenzialmente marinara, perché appartiene a civiltà proiettate sul mare.

⁶¹ V. sopra nt. 42.

⁶² V. D. 48. 19. 28. 10 e 15, *Callistratus l. 6 de cognitionibus*: cfr. N. Ronzitti, v. *Pirateria*, 882.

Stanisław Pikulski, Krystyna Szczechowicz
Olsztyn

Podśluch telefoniczny w ustawie o Policji a ochrona prawa człowieka do poszanowania tajemnicy komunikowania się i życia prywatnego

Kontrola korespondencji i podśluch telefoniczny są sposobami pozyskiwania dowodów w procesie karnym. Wkraczają jednak daleko w sferę konstytucyjnie zagwarantowanych praw jednostki, a zwłaszcza w prawo do prywatności, prawo do swobody komunikowania się i prawo do zachowania tajemnicy korespondencji. Prawa te są chronione tak przez Konstytucję RP¹, jak i przez Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych² oraz Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³. Doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym za podległe jej podmioty, dysponuje środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu takich działań oraz niezachowania należytej wstrzeźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli komunikowania się czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiający ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich,

¹ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. nr 78, poz. 483).

² Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., ratyfikowany przez Polskę 3 marca 1977 r. (Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).

³ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. ratyfikowana przez Polskę 7 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 285).

wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej kontroli rozmów telefonicznych, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Mogą być wykorzystane w celach ściśle politycznych, np. do wyeliminowania opozycji, przejęcia władzy, zmuszenia do określonych działań, niekorzystnych nawet z punktu widzenia interesu państwa.

Obecnie szereg organów posiada uprawnienia do stosowania podsłuchu telefonicznego, m.in. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służba Wywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, Policja, Staż Graniczna, Centralne Biuro Antykorupcyjne itd. Organy te mogą stosować podsłuch telefoniczny niezależnie od siebie wobec tej samej osoby, nie wiedząc nawet, że inny organ także stosuje taki środek.

Uregulowania w zakresie stosowania podsłuchu telefonicznego nie były zadowalające w aspekcie ochrony praw człowieka i nadal nie są w pełni dostosowane do aktów prawa międzynarodowego, będących częścią naszego porządku prawnego i mających nawet przed nimi pierwszeństwo. Wynika to z art. 91 Konstytucji, który stanowi w ust. 1, iż „ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy”, a w ust. 2, iż „umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową”. Po spełnieniu warunków określonych w art. 91 umowy międzynarodowe stają się częścią krajowego porządku prawnego i są bezpośrednio stosowane. Taką umową jest Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, negocjowana przez państwa na gruncie praw zasadniczych – naturalnych i na nich się opierająca. Podobnie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.

Prezentowane rozważania zostały poczynione według stanu prawnego obowiązującego do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 21 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw⁴. Ustawa o Policji w zakresie stosowania podsłuchu telefonicznego zawierała kilka nieścisłości powodujących trudności interpretacyjne i mogących przyczynić się do jej niewłaściwego stosowania w praktyce. Nadto nie była dostosowana do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i naruszała prawa nią zagwarantowane.

⁴ Dz. U. z 2006 r., nr 158, poz. 1122.

Na niedbałość językową w ustawie o Policji, która także mogła prowadzić do trudności interpretacyjnych, zwróciła uwagę K.T. Boratyńska⁵. Wskazuje ona m.in. na wątpliwości, które nasuwał art. 19 ust. 4 ustawy, gdzie ustawodawca używa określenia „kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze”. W aspekcie tego Boratyńska stawia pytanie, czy jest to zamierzone działanie ustawodawcy, zgodnie z którym kontrola operacyjna stanowić będzie odrębne uprawnienie organów ścigania, pozostające poza grupą czynności operacyjno-rozpoznawczych, czy też jest to wyłącznie przykład braku precyzji legislacyjnej. Stosując wykładnię językową treści art. 19 ust. 4 ustawy, należy stwierdzić, iż spójnik „lub” rozdziela kontrolę operacyjną od czynności operacyjno-rozpoznawczych na zasadzie alternatywy „... kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze...”. Mając na uwadze powyższe, można postawić tezę, iż kontrola operacyjna to samodzielny instrument prawny w rękach organów ścigania, odmienny i niezaliczający się do form czynności operacyjno-rozpoznawczych. Argumentem przemawiającym przeciw temu stwierdzeniu jest zapis w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, z którego wynika, iż kontrolę operacyjną przeprowadza się „przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych”. Ponadto trzeba zauważyć, że kontrola operacyjna wyodrębnia wyłącznie z czynności operacyjno-rozpoznawczych przepisy dotyczące kontroli treści korespondencji, przesyłek oraz stosowania środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Wymienione czynności należą niewątpliwie do grupy działań operacyjnych, trudno więc uznać, iż zmiana nazewnictwa pociągnęła za sobą zmianę charakteru tychże czynności. Ostatecznie należałoby przyjąć za K.T. Boratyńską, iż kontrola operacyjna została oderwana od grupy czynności operacyjno-rozpoznawczych w sposób pozorny.

Uregulowanie zawarte w art. 19 ust. 4 w ogóle należy uznać za niefortunne. Przewidywało ono, iż sąd okręgowy mógł zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 3, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze. Ustęp 3 art. 19 odnosił się do materiałów uzyskanych z podsłuchu zastosowanego przez Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji w przypadku niecierpiącym zwłoki, w sytuacji gdy sąd okręgowy odmówił zatwierdzenia decyzji o kontroli operacyjnej. Sąd okręgowy odmawia zatwierdzenia decyzji

⁵ Zob. K.T. Boratyńska, *Uwagi dotyczące kontroli operacyjnej w świetle nowelizacji art. 19 ustawy o Policji*, „Prokurator” 2001, nr 4, s. 44–53.

o podsłuchu operacyjnym, gdy nie zostały spełnione określone w ustawie przesłanki, czyli stosowanie go byłoby sprzeczne z prawem. W związku z powyższym, gdyby sąd zastosował uregulowanie przewidziane w art. 19 ust. 4 i zezwolił na odstąpienie od zniszczenia materiałów pochodzących z podsłuchu sprzecznego z prawem, prowadziłoby to do tego, że takie materiały mogłyby być wykorzystane jako pełnowartościowe dowody w postępowaniu karnym⁶. Powyższe byłoby nie tylko naruszeniem podstawowych zasad procesu karnego, ale także art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W tym miejscu należy przypomnieć, iż Europejski Trybunał Praw Człowieka – badając, czy nie doszło do naruszenia Konwencji – nie tylko sprawdza, czy dana kwestia jest uregulowana w prawie krajowym, ale także weryfikuje jakość tego prawa.

Prawo do poszanowania tajemnicy korespondencji jest jednym z podstawowych praw człowieka, określonym w art. 8 Konwencji. W myśl ust. 2 art. 8 Konwencji „niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

W takiej sytuacji, skoro ustawa o Policji przewiduje przypadki, kiedy ta ingerencja jest dopuszczalna, a sąd badający stwierdził, że nastąpiła niezgodna z wymogami prawa kontrola rozmów telefonicznych i w konsekwencji nie zatwierdził decyzji Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego, nie do przyjęcia jest stanowisko, że materiały w ten sposób uzyskane można wykorzystać. W analogicznej sytuacji kodeks postępowania karnego w odniesieniu do zapisów utrwalonych w oparciu o postanowienie prokuratora wydane w trybie art. 237 § 2 k.p.k., które nie zostały zatwierdzone, nakazuje sądowi zarządzić zniszczenie wszystkich zapisów. Ustawa bowiem w tym wypadku mówi o zniszczeniu utrwalonych zapisów, nie czyni w tym zakresie zastrzeżenia, czy mają one znaczenie dla postępowania karnego, czy też nie (art. 238 § 3 k.p.k.)⁷. Dodatkowo należy wskazać, iż Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04) orzekł, iż art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest niezgodny z art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁸. Artykuł 51 ust. 4 Konstytucji formułuje konstytucyjne prawo podmiotowe do żądania sprostowania oraz usu-

⁶ Por. G. Musialik-Dudzińska, *Podsłuch pozaprocesowy (operacyjny) na gruncie znowelizowanej ustawy z dnia 1990 r. o Policji*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4, s. 49 i n.

⁷ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 597; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks Postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. I, s. 973.

⁸ Dz. U. z 2005 r., nr 250, poz. 2116.

nięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z prawem.

Trybunał w uzasadnieniu wskazanego powyżej wyroku stwierdził, że „o ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) mogłaby usankcjonować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma swobody regulacyjnej. Konstytucyjne prawo podmiotowe z art. 51 ust. 4 Konstytucji odnosi możliwość sprostowania i żądania usunięcia danych do sytuacji, gdy dane te zostały »zebrane w sposób sprzeczny z ustawą« i z tą hipotezą, określoną czasowo, wiąże prawo jednostki unormowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Następcza zgoda sądu, przewidziana w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, dotyczy »zachowania« materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażania się na zarzut korzystania z »owoców z zatrutego drzewa«. Niepodobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (co nie ulega wątpliwości), nie zostałyby uznane za »zebrane w sposób sprzeczny z ustawą« z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie »zebrane w sposób sprzeczny z ustawą«, użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego znaczenia, i to za sprawą art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, a więc normy ustawodawstwa zwykłego. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zwężającej wykładni pojęcia »zebrany w sposób sprzeczny z ustawą«, użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji *in fine*. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji, o czym – co do zasady – stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji)

tucji) może być ograniczane w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji – odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny”.

W aspekcie powyższych konstatacji Trybunału Konstytucyjnego rodzi się pytanie, jak można było pogodzić konstytucyjne prawo jednostki do żądania usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z prawem w konfrontacji z przyjętym w ustawie o Policji uregulowaniem, iż sąd pomimo odmowy zatwierdzenia decyzji o zarządzeniu podsłuchu w wypadku niecierpiącym zwłoki (art. 19 ust. 3) i tym samym stwierdzeniu, że został on przeprowadzony sprzecznie z prawem, następnie miał prawo wyrazić zgodę na zachowanie materiałów pochodzących z tego podsłuchu?

Niewątpliwie nie jest zgodny z Konwencją zapis art. 19 ust. 9 ustawy o Policji, dotyczący okresu stosowania podsłuchu pozaprocesowego. Jak wskazano powyżej, sformułowanie „przypadki przewidziane prawem” nie odnosi się jedynie do samego prawa krajowego, lecz również do jakości tego prawa, wymagając od niego, by było zgodne z Konwencją. Stopień precyzji wymagany od prawa jest uzależniony od dziedziny, której regulacja dotyczy. Jeśli środki tajnej kontroli komunikowania się nie podlegają ocenie osób, których dotyczą lub szerokiej publiczności, zatem byłoby sprzeczne z zasadą rządów prawa wyrażanie tej swobody w kategoriach nieograniczonej władzy. Tak więc prawo musi określić z odpowiednią precyzją granice swobody udzielonej właściwym władzom i sposób korzystania z niej, biorąc pod uwagę uprawniony cel stosowania środka, tak aby zapewnić jednostce niezbędną ochronę przed arbitralną ingerencją⁹.

Użycie w ustawie określenia, iż w uzasadnionych przypadkach sąd może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej na czas oznaczony, nie jest w żadnej mierze precyzyjnym określeniem granic swobody udzielonej władzy w kwestii czasu stosowania podsłuchu, czyli czasu, przez jaki władze mają prawo ingerowania w prawo jednostki do poszanowania tajemnicy komunikowania. Podsłuch ten obecnie może być przedłużony np. o 1 miesiąc, 3 miesiące, 1 rok itd. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, że w poszczególnych sprawach sędziowie będą starali się zapewnić jednostce maksymalną ochronę jej praw, gdyż to powinno być zapewnione w ustawie. W sprawie Valenzuela Contreras przeciwko Hiszpanii z dnia 30 lipca 1998 r.¹⁰ Trybunał stwierdził, że gwarancje wymagane przez Konwencję winny wynikać z przepisów prawa. Wymaga tego zapewnienie przewidywalności skutków prawa.

⁹ Zob. orzeczenia ETPC w sprawach: Klass i in. przeciwko Niemcom z 6 września 1978 r.; Solver i in. przeciwko Wielkiej Brytanii z 25 marca 1983 r.; Malone przeciwko Wielkiej Brytanii z 2 sierpnia 1984 r., Valenzuela Contreras przeciwko Hiszpanii z 30 lipca 1998 r. [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – orzecznictwo*, t. 2: *Prawo do życia i inne prawa*, Kraków 2002, s. 813–830, 860–864.

¹⁰ Zob. ibidem, s. 863.

W celu zapewnienia minimalnej ochrony przed arbitralną ingerencją władz w prawa jednostki do poszanowania tajemnicy korespondencji, Trybunał w sprawie *Kruslin przeciwko Francji*¹¹ oraz *Huvig przeciwko Francji* (orzeczenie z 24 kwietnia 1990 r., A. 176-B, par. 54-55)¹² sformułował minimalne gwarancje, które musi zawierać ustawa (prawo krajowe) dotycząca podsłuchu telefonicznego, aby chronić przed nadużyciami.

Prawo krajowe winno mianowicie definiować kategorię osób, wobec których można stosować podsłuch na podstawie nakazu sędziego, a nadto określać:

- rodzaj przestępstw, w związku z którymi można go wydać;
- maksymalną długość okresu jego stosowania;
- procedurę przygotowania raportów o treści zarejestrowanych rozmów;
- środki ostrożności, które należy podjąć, aby przekazać zapisy w stanie nienaruszonym, umożliwiającym ewentualne skontrolowanie ich zawartości przez sędziego i obronę;
- okoliczności, w których zapisy mogą lub muszą być zniszczone, zwłaszcza gdy śledztwo umorzono lub sąd uniewinnił oskarżonego¹³.

Bezsprzecznie w aktualnie obowiązującej ustawie o Policji nie został określony maksymalny okres stosowania kontroli rozmów telefonicznych i tym samym nie realizuje ona tych minimalnych warunków wymaganych przez Trybunał. Prawo w tym przypadku nie spełnia warunku przewidywalności. Nie jest na tyle jasne, by dać obywatelowi wskazówki, przez jaki czas organy władzy publicznej są uprawnione do stosowania wobec niego tajnego podsłuchu. Fakt, iż ustawa o Policji nie określa maksymalnego okresu, przez jaki może być stosowany podsłuch telefoniczny, został zauważony przez K. Eichstaedta i K.T. Boratyńską¹⁴. Uznają oni jednak, iż sam fakt, że decyzje w tym przedmiocie podejmuje sąd okręgowy, minimalizuje hipotetyczne możliwości nadużycia prawa. Nie ma to znaczenia dla oceny zgodności tego unormowania z Konwencją. Wskazani autorzy sami przyznają, że przy tym unormowaniu istnieje możliwość nadużycia prawa, ale w ich ocenie fakt podejmowania przez sąd decyzji w tym przedmiocie to minimalizuje.

Ingerencja w prawa wynikające z ust. 1 art. 8 może być uznana za „konieczną w demokratycznym społeczeństwie” wtedy, gdy przyjęty szczególny system kontroli rozmów telefonicznych przez Policję zawiera odpowiednie gwarancje uniemożliwiające nadużycie.

¹¹ Zob. orzeczenie z 24 kwietnia 1990 r., A. 176-A [w:] *ibidem*, s. 834–838.

¹² Por. *ibidem*, s. 862.

¹³ Por. *ibidem* oraz M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Zakamycze 2002, s. 282–283. Identyczne stanowisko Trybunał zajął w sprawie *Valenzuela Contrerasa przeciwko Hiszpanii* – orzeczenie z 30 lipca 1998 r., RDJ 1998 – V. Por. M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał...*, s. 860–864.

¹⁴ Por. K. Eichstaedt, *Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 28 i n.; K.T. Boratyńska, *op. cit.*, s. 44 i n.

Nie do przyjęcia na tle powyższych rozważań było uregulowanie zawarte w art. 19 ust. 18 ustawy o Policji, które przewiduje, iż w przypadkach gdy kontrola operacyjna prowadzona jest za wyrażoną na piśmie zgodą osoby będącej nadawcą lub odbiorcą przekazu informacji, decyzja o zarządzeniu kontroli podejmuje organ Policji właściwy do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych i nie stosuje się trybu przewidzianego w ust. 1–11 art. 19. Prowadzenie podsłuchu w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych musi odbywać się także z poszanowaniem gwarancji i wymogów Konwencji. Unormowania w tym zakresie nie mogą być sprzeczne z zasadą rządów prawa. Powyższe uregulowanie nie spełniało nawet minimalnych gwarancji, które musi zawierać ustawa (prawo krajowe) dotycząca podsłuchu telefonicznego, aby chronić przed nadużyciami. Na to, iż ten zapis ustawy mógł być źródłem nadużyć, zwróciła uwagę M. Klejnowska¹⁵, która jednak miała nadzieję, że do takich nadużyć nie będzie dochodziło. W stosunku do uregulowań prawnych nie można mieć tylko nadziei – prawo musi chronić przed nadużyciami. Należy w tym wypadku podzielić pogląd A. Tarachy, iż działania operacyjne należy pozostawić w gestii służb policyjnych. Konieczny ich rozwój nie może jednak pozostać nieograniczony i nie może wymykać się spod kontroli niezawisłego sądu¹⁶. Ten wymóg w tym wypadku nie był w ogóle spełniony. Organy Policji bez niczyjego zewnętrznego nadzoru mogły stosować podsłuch bez żadnych ograniczeń czasowych, w odniesieniu do wszystkich kategorii przestępstw, nawet tych najdrobniejszych. Fakt, że na stosowanie tego podsłuchu wyraża zgodę osoba będąca nadawcą lub odbiorcą przekazu informacji, w tej ocenie niczego nie zmienia.

Trybunał Konstytucyjny w powoływanym wcześniej wyroku z 12 grudnia 2005 r. orzekł, iż art. 19 ust. 18 ustawy o Policji jest niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷. „Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu. Takie zresztą stanowisko, tworzące zasadę, przewiduje sama ustawa o Policji. Zasada ta doznaje erozji na tle zaskarżonej normy. Ustawa o Policji wprowadza przy tym rozwiązanie dopuszczające ingerencję nadmierną i nieracjonalną, a przez to arbitralną, a także ingerencję pozbawioną efektywnych gwarancji proceduralnych. Traktowanie niejako na jednej płaszczyźnie gwarancji płynącej z kontroli sądu nad wszczęciem czynności operacyjnych i uznanie za gwarancję równoważną zgody odbiorcy/

¹⁵ Zob. M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 101.

¹⁶ Zob. A. Taracha, *Ograniczanie praw jednostki w kodeksie postępowania karnego i prawie policyjnym*, „Prokurator” 2003, nr 3–4, s. 83–95.

¹⁷ Dz. U. z 2005 r., nr 250, poz. 2116.

nadawcy przekazu informacyjnego jest wadliwe. Gwarancyjny charakter kontroli zewnętrznej (niekoniecznie zresztą sądowej, ale akurat kontrola sądowa tworzy zasadę w wypadku polskiej ustawy o Policji) opiera się na niezależności i bezstronności organu sprawującego tę kontrolę. Tymczasem zgoda jednej ze stron przekazu pochodzi od osoby zainteresowanej przebiegiem i konkretnym ukierunkowaniem działań operacyjnych. Osoba ta, jako osobiście zainteresowana przebiegiem kontroli, może podlegać manipulacjom i naciskom. Już samo zestawienie uznanych za alternatywę dwóch – traktowanych wymiennie – instrumentów gwarancyjnych (sądowa kontrola – zgoda jednej ze stron przekazu) z punktu widzenia ich gwarancyjnego waloru budzi wątpliwości co do proporcjonalności ograniczenia, polegającego na wyłączeniu kontroli sądowej i uznania za jej równoważnik zgody odbiorcy/nadawcy informacji. W tym ostatnim wypadku instrument zastępujący (zgoda jednego z uczestników przekazu) jest jakościowo zdecydowanie różny od rozwiązania alternatywnego, tworzącego zasadę. Różnica dotyczy przy tym racji decydujących o gwarancyjnym sensie kontroli sądowej. Należy zauważyć, że w prawie »zgoda« jest uważana za usprawiedliwienie wkroczenia w sferę osoby wyrażającej zgodę (*volenti non fit iniuria*). Natomiast nieporozumieniem jest powoływanie się na taką »zgodę« wyrażoną przez osobę trzecią, wówczas gdy ocenia się gwarancje przy wkraczaniu w sferę osoby innej niż wyrażający zgodę, i to nierzadko w sytuacji konfliktu interesów. Taka bowiem zgoda wprawdzie nic nie kosztuje wyrażającego ją, ale także i niczego nie gwarantuje dla drugiej strony przekazu komunikacyjnego, w której sferę wkracza kontrola operacyjna. Tak zaś jest właśnie na tle art. 19 ust. 18 ustawy o Policji. Dlatego alternatywne traktowanie zgody sądu i pisemnej zgody jednego z uczestników przekazu informacyjnego należy uznać za brak proporcjonalności obciążający zaskarżony przepis, na tle którego gwarancje proceduralne ukształtowano w niewłaściwy sposób, niezapewniający bezstronnej kontroli. Tym samym przepis art. 19 ust. 18 ustawy o Policji należy uznać za niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji”.

Istotnym problemem w ustawie o Policji jest właśnie to, że przy stosowaniu podłuchu pozaprocesowego nie przyznaje ona osobom, w stosunku do których podłuch był stosowany, prawa do wniesienia zażalenia. Nawet zatem gdyby doszło do wymuszenia w sposób niedozwolony zgody od osoby będącej nadawcą lub odbiorcą przekazu informacji na stosowanie kontroli operacyjnej, osobie tej nie przysługiwałoby zażalenie na zarządzenie przez organ Policji podłuchu. W związku z tym nie byłoby żadnej kontroli przez niezawisły organ nad tymi działaniami Policji, a tym samym ochrony przed nadużyciami.

Osoba, której podłuch dotyczy, nie ma prawa wniesienia zażalenia w żadnym przypadku i faktycznie żaden organ już nie bada zasadności zastosowania kontroli rozmów telefonicznych nawet przez sąd. W wypadku wyda-

nia przez sąd postanowienia z rażącym naruszeniem prawa, nie jest możliwe jego zaskarżenie. Takie rozwiązanie przyjęte w omawianej ustawie jest sprzeczne z art. 13 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W myśl tego przepisu każdy, czyje prawa i wolności zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Możliwe jest przecież popełnienie nawet przez funkcjonariusza publicznego przestępstwa z art. 231 k.k., np. gdy decyzję w przedmiocie zarządzenia podsłuchu podejmie funkcjonariusz publiczny, któremu ustawa nie przyznaje takich kompetencji, np. prokurator czy funkcjonariusz Policji, podobnie jak udostępnienie czy przekazanie materiałów z podsłuchu osobom nieuprawnionym lub poza postępowanie karne.

Ustawa nie zawiera także unormowania, które zobowiązywałoby organa Policji do poinformowania osoby podsłuchiwanej o fakcie stosowania wobec niej podsłuchu telefonicznego. Nadto stawia ona w sytuacji uprzywilejowanej sprawcę przestępstwa, który podobnie jak jego obrońca ma prawo zaznajomienia się końcowego z materiałami postępowania przygotowawczego, w tym tymi z podsłuchu (por. art. 19 ust. 16). Takiego prawa nie mają natomiast inne osoby, które nawet przypadkowo zostały objęte podsłuchem i które tym samym nie będą miały możliwości pozyskania wiadomości, że takowy był wobec nich stosowany.

Budzi także zastrzeżenia rola sądu i prokuratora zakreślona w ustawie. Faktycznie rola sądu ogranicza się do wydania postanowienia, sąd zaś nie ma żadnych uprawnień do ingerencji w stosowanie kontroli rozmów telefonicznych po jej zarządzeniu. Nie ma prawa np. do wydania postanowienia o wcześniejszym zakończeniu podsłuchu operacyjnego, nawet gdyby posiadał informacje o ustaniu przyczyn jego zarządzenia.

Rola prokuratora jest jeszcze bardziej ograniczona. Przysługuje mu prawo do wyrażenia zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej przez Policję oraz prawo do brania udziału w posiedzeniu sądu rozpoznającego wniosek o zarządzenie podsłuchu. Prokurator nie posiada jednak prawa do złożenia zażalenia na postanowienie sądu. W związku z powyższym, nawet w wypadku stwierdzenia, że postanowienie zostało wydane z rażącym naruszeniem prawa, nie może go zaskarżyć. Powyższe nie tylko pozbawia kontroli nad zasadnością ingerencji w podstawowe prawa człowieka, ale kłóci się z zasadami określonymi w art. 2 i 7 ustawy o prokuraturze¹⁸. Zadaniem prokuratury jest strzeżenie praworządności (art. 2) i ma ona obowiązek podejmowania działań mających na celu realizację tego zadania.

Na marginesie warto zasygnalizować jeszcze jedną kwestię, niezwiązaną bezpośrednio z wcześniejszymi rozważaniami. Krytycznie należy bowiem oce-

¹⁸ Ustawa z dnia 20 czerwca 1985 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., nr 21, poz. 206 z późn. zm.).

nić także sformułowanie art. 19 ust. 10 ustawy o Policji. Stanowi on, iż sąd przed wydaniem postanowienia o zarządzeniu podsłuchu czy przedłużeniu okresu jego stosowania „może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi wnioski, zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej zarządzanej w tej sprawie”. Sąd niewątpliwie musi zapoznać się z materiałami uzasadniającymi wnioski. Decyzję w przedmiocie zastosowania podsłuchu telefonicznego można podjąć tylko wówczas, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne do wykrycia przestępstwa, ujawnienia jego sprawców i uzyskania oraz utrwalenia dowodów. Ponadto stosowanie podsłuchu treści rozmów dopuszczalne jest tylko w sprawach o najcięższe przestępstwa wymienione w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Jak zatem sąd może ocenić i rozważyć, czy wymienione przesłanki zastosowania podsłuchu zostały spełnione, gdy nie zapozna się z żadnymi materiałami i tylko będzie bazował na wniosku? W ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu analogiczny przepis – art. 27 ust. 10 stanowi, że sąd przed wydaniem postanowienia zapoznaje się z materiałami. Takie sformułowanie także winno być użyte w ustawie o Policji.

Reasumując należy stwierdzić, iż brak precyzyjnych regulacji dotyczących stosowania podsłuchu telefonicznego w ustawie o Policji stwarza realne zagrożenie, że w praktyce może dochodzić do nadużyć. Nadto z uwagi na jej niedostosowanie do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności może prowadzić do licznych procesów przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka i w konsekwencji wypłacania odszkodowań przez państwo polskie.

Bronisław Sitek
Olsztyn

***Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum
positum combusserit.***

**Podstawy prawne ścigania oraz znamiona przestępstwa
podpalenia w starożytnym Rzymie**

Wstęp

Požary są zjawiskiem, które towarzyszy człowiekowi od zawsze. Początkowo sama natura była ich przyczyną, stąd ogień wzbudzał z jednej strony lęk, z drugiej zaś szacunek. Z biegiem czasu człowiek opanował ogień i zaczął wykorzystywać go do własnych potrzeb – ogrzania czy przygotowania posiłku. Dość szybko jednak ludzie zaczęli wykorzystywać siłę ognia jako żywiołu nie tylko do wypalania lasów i pozyskiwania w ten sposób ziemi pod uprawę, ale również w celu zamierzonego wyrządzenia szkody drugiemu człowiekowi lub nawet społeczności, w której żył.

Nie inaczej było w starożytnym Rzymie. W miarę rozwoju miasta pożary stawały się coraz częstsze i groźniejsze. Wywoływane były tak przez przypadkowe zaproszenie ognia, jak i przez celowe, zamierzone działania. Wiele z nich zostało opisanych przez Liwiusza i innych pisarzy rzymskich, łącznie z tym najsłynniejszym pożarem Rzymu z 64 r. po Chr., przypisywanym w historiografii chrześcijańskiej samemu cesarzowi Neronowi¹. Oczywiście jest zatem, że na pewnym etapie rozwoju infrastruktury stało się konieczne wprowadzenie stosownych regulacji prawnych, zadaniem których było zdefiniowanie przedmiotowe samego zjawiska jako takiego, jego ograniczenie oraz podmiotowe określenie odpowiedzialności.

¹ Zob. B. Albanese, *Tacito, i Christiani e l'incendio Neroniano (Ann. 15.44)*, SDHI 1982, nr 48, s. 455–470; B.H. Warmington, *Nerone. Realtà e leggenda*, Bari 1973, s. 165 n. Tezę tę próbuje podważyć J. Ciechanowicz, *Rzym. Ludzie i budowle*, Warszawa 1987, s. 125 i n.

1. Ustawa XII Tablic

Pierwszą znaną regulacją dotyczącą podpalen w starożytnym Rzymie była ustawa XII Tablic. Istniejące do dzisiaj źródła nie wspominają nic o wcześniejszych rozwiązaniach prawnych. Wydaje się, że należy przyjąć, iż regulacja ta jest odbiciem normy zwyczajowej istniejącej i stosowanej w Rzymie już w okresie królewskim. Według Gaiusa² pierwotną podstawę odpowiedzialności podpalaczy (*incendiarii*) stanowiła ustawa XII Tablic.

Gai. l. 4 ad XII tab. D. 47,9,9 *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari (XII tabulis) iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. – appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.* (Kto budynek podpalił lub magazyn zbożowy i został schwytyany blisko miejsca przestępstwa, według ustawy XII Tablic winien zostać wychłostany i skazany na śmierć przez spalenie, jeżeli czynu dopuścił się w sposób świadomy. Jeżeli zaś czyn ten popełnił na skutek niezachowania należytej staranności, winien zostać skazany na zapłatę odszkodowania za powstałą szkodę, albo jeżeli nie jest do końca udowodniona wina sprawcy, należy go lżej ukarać – poprzez pojęcie *aedes* należy rozumieć wszelkiego rodzaju zabudowania.)

Według powyższego tekstu w ustawie XII Tablic została wprowadzona odpowiedzialność karna i cywilna, czyli odszkodowawcza, sprawcy podpalenia. Taka konstrukcja prawno-dogmatyczna nie może jednak korespondować ze strukturą odpowiedzialności sprawcy za swoje czyny przestępcze, która w tamtym okresie była oparta wyłącznie na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej³. W tej perspektywie nie można przyjąć za autentyczne sformułowanie dotyczące winy umyślnej sprawcy podpalenia - *si modo sciens prudensque id commiserit*. Taka konstrukcja była znacznie późniejsza i pochodziła z interpretacji zasad odpowiedzialności wprowadzonych w *lex Aquilia*⁴.

Wątpliwości co do autentyczności tego tekstu wyraża G. MacCormack, za którym można przyjąć, że tylko fragment kończący się na stwierdzeniu *necari iubetur* może pochodzić z tamtego okresu⁵. Nie budzi zatem wątpliwości sam fakt karania podpalacza i to dość surowego, bowiem sprawca podpalenia skazywany był na spalenie żywcem – *igni necari*, po uprzednim dokonaniu *verberatio*, czyli wymierzeniu chłosty, lecz zróżnicowanie kary ze względu na stopień winy. Pozostałe rozwiązania podane przez Gaiusa muszą pochodzić z okresu znacznie późniejszego, gdzie odpowiedzialność sprawcy podpalenia

² Gai. l. 4 ad XII tab. D. 47,9,9.

³ Zob. W. Litewski, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003, s. 23 i n.

⁴ Zob. J.-F. Gerkens, *Etat de nécessité et damnum incendi arcendi causa datum*, RIDA 1997, nr 44, s. 121–134.

⁵ G. MacCormack, *Criminal Liability for Fire in Early and Classical Roman Law*, „Index” 1972, nr 3, s. 382.

była przypisywana na zasadzie winy. Do tych rozwiązań dogmatycznych zawartych w tekście Gaiusa powrócę w dalszej części tego opracowania⁶. Ważne jednak jest to, że z powyższego fragmentu nie wynika, czy pierwotnie sprawca podpalenia, oprócz represji karnej, również zobowiązany był do naprawy powstałej szkody. Taki obowiązek spoczywał na sprawcy pożaru wywołanego brakiem należytej staranności w okresie późniejszym.

2. *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*

Odpowiedzialność karna *incendiarii* została ponownie uregulowana w 81 r. przed Chr. przez Korneliusza Sullę w *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Regulacja ta miała bezpośredni związek z walką ze zorganizowaną przestępczością. Grupy przestępcze w okresie dyktatury Sulli dokonywały dość licznych rozbojów, kradzieży czy podpałek. Stąd na podstawie tej ustawy karani byli nożownicy, truciele i podpalacze. Najczęściej przestępstwa te były powiązane z innymi⁷.

D.48,6,8.1.pr Marc. 1.14 *Inst. Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur; ut quis innocens conveniretur condemnaretur. (Lex Cornelia de sicariis et veneficis dotyczy tego, kto zabił człowieka i kto podstępnie podłożył ogień, i kto udał się ze sztyletem w celu zabicia człowieka i kradzieży, i kto będąc urzędnikiem lub prowadząc proces publiczny, namawiał kogoś do składania fałszywych zeznań, aby niewinnie pozwany został skazany.)*

We fragmencie autorstwa Marcjanusa zostały przedstawione stany faktyczne prawnie regulowane w *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Zaliczano do nich: celowe podpalenie, zabójstwo człowieka, posługiwanie się sztyletem w celu popełnienia zabójstwa czy kradzieży. Czyn ten musiał być popełniony umyślnie – *cuiusve dolo malo incendium factum erit*. W literaturze romanistycznej podkreśla się, że celem tej ustawy była walka z szerzącym się w tamtym okresie bandytyzmem, inaczej mówiąc – z przestępczością zorganizowaną. Dopiero późniejsza interpretacja doprowadziła do zmiany tego celu, tj. ustawa ta stała się podstawą prawną do wymierzania kary za zabójstwo dokonane przez pojedynczych sprawców⁸. Interpretacja *lex Cornelia de sica-*

⁶ Zob. A. Flach, *Fortgeltung des Zwölftafelrechts*, Frankfurt am Main 2004, s. 151 n.

⁷ Więcej zob. K. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006, s. 55 n.; idem, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, *Annales UMCS*, sec. G, 43 (1966), s. 286–293; idem, *The Position of Incendium in the Legislature of Cornelius Sulla lex Cornelia de sicariis et veneficis*, *Orbis Iuris Romani*, "Journal of Ancient Law Studies" 1999, nr 5, s. 6–19.

⁸ K. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne...*, s. 56.

riis et veneficiis, zmierzająca do stosowania jej uregulowań w przypadku przestępstw dokonywanych przez pojedynczych sprawców, rozciągnęła się również na podpalaczy. W miejsce odpowiedzialności za podpalenia dokonywane przez grupy zorganizowane weszła odpowiedzialność zindywidualizowana sprawcy podpalenia.

Ustawa sulliańska zachowała swoją moc obowiązującą wobec podpalaczy również w okresie późniejszym, o czym świadczy konstytucja cesarza Gordiana III⁹.

C. 9,1,11 *Imp. Gordianus Philippus A. et Philippus C. Saturnino. Data opera partis adversae res vestras incendio exarsas esse adseverantes crimen Corneliae de sicariis exsequi potestis. PP. XIII k. Iul. Peregrino et Aemiliano cons. [a. 244]* (Jeżeli ktoś stwierdzi, że ktoś w sposób zamierzony podpalił jego rzecz, to może wystąpić przeciwko niemu na podstawie *lex Cornelia de sicariis*.)

W tym fragmencie konstytucji jest mowa o tym, że jeżeli ktoś podpalił cudzą rzecz (sformułowanie *res vestras* uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie, czy chodzi o właściciela rzeczy, czy tylko posiadacza), to wówczas poszkodowany może wytoczyć powództwo na podstawie *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*. W tym przypadku mamy do czynienia ze ściganiem sprawców podpażeń, jednak bez związku z innymi czynami przestępczymi. Wskazywałoby to na stosowanie klasycznej interpretacji zapisów *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* również w okresie poklasycznym.

To dość lapidarne wyliczenie przez Marcianusa czynów podpadających pod *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, bez bliższego zdefiniowania zakresu przedmiotowego i podmiotowego znamion tego czynu, znajduje swoje uzupełnienie w tekście pochodzącym z *Collatio*.

Coll. 12,5,1: *Incendiariis lex quidem Cornelia aqua et igni interdici iussit, se varie sunt puniti. Nam qui data opera in civitate incendium fecerunt, si humilimo loco sunt, bestiis subici solent, si in aliquo gradu et Romae id fecerunt, capite punitur.* (Podpalaczy *lex Cornelia* skazuje na karę pozbawienia wody i ognia, lecz są różne sposoby karania. Ten bowiem, kto dopuścił się czynu podpalenia w mieście, jeżeli należy do klasy najniższej społecznie, winien zostać skazany na śmierć przez porzucenie go dzikim zwierzętom, jeżeli zaś należy do wyższych klas, wówczas należy karać go śmiercią).

Z powyższego fragmentu wynika, że postanowienia *lex Cornelia de sicariis et veneficis* dotyczyły głównie podpażeń w mieście Rzymie, a sprawcy groziła kara śmierci. Sposób jej wykonania był jednak zróżnicowany ze względu na pochodzenie społeczne. Dla sprawców podpażeń pochodzących z niższych klas społecznych przewidywano rzucenie na pożarcie dzikim zwierzętom podczas pokazów w amfiteatrze (*damnatio ad bestias*), zaś oso-

⁹ O pierwotnych regulacjach zwartych w *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* zob. J.D. Cloud, *The primary purpose of the lex Cornelia de sicariis*, ZSS 86 (1969), s. 258 i n.

by należące do wyższych klas społecznych karane były bardziej dyskretnie, najprawdopodobniej przez ścięcie mieczem lub wygnanie (*interdictio aqua et ignis*)¹⁰.

3. *Lex Iulia de vi privata*

Klasyczna interpretacja *lex Cornelia de sicariis et veneficis* ograniczyła stosowanie tej ustawy wyłącznie do przypadków podpażeń spowodowanych przez pojedynczych sprawców, natomiast podpalenia dokonywane przez grupy zorganizowane, stosujące przemoc i posługujące się bronią, zostały uregulowane odrębną ustawą *lex Iulia de vi privata*¹¹.

D.48,6,5,pr. Marcian. 14 Inst. (*Eadem lege tenetur*) *qui coetu conversu turba seditione incendium fecerit: quique hominem dolo malo incluserit obsederit: quive fecerit, quo minus sepeliatur, quo magis funus diripiatur distrahatur: quive per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit.* (Odpowiedzialność na podstawie *lex Julia* ponosi ten, kto podczas zgromadzenia, zbiegowiska, w tłumie, podczas zamieszek dokonuje podpalenia, a także ten, kto podstępnie człowieka więzi lub osacza i kto nie pozwala na pochówek, kto rozrywa kondukt pogrzebowy, rozprasza uczestników konduktu pogrzebowego, i kto za pomocą siły zmusza kogoś do zaciągnięcia zobowiązania, bowiem prawnie takie zobowiązanie nie jest ważne.)

W tekście Marcjanusa zostały wyliczone przypadki podpadające pod *lex Iulia de vi privata*. Wszystkie one dotyczą działalności grup przestępczych zorganizowanych, które swoimi działaniami naruszają porządek społeczny oraz wywołują niepokoje społeczne. Podpalenie jest tylko jednym z przejawów ich działań. Stąd też i kara była wymierzana w zbiegu z innymi czynami przestępczymi, czego dowód znajduje się w fragmencie pochodzącym z poklasycznego zbioru *Pauli Sententiae*.

Paul. Sent. 5,26,3: *Lege Iulia de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus possessione domo villa agrove deiecerit expugnaverit obsederit clauserit, idve ut fieret homines commodaverit locaverit conduxerit: quive coetum concursum turbam seditionem incendium fecerit, funerari sepelirive aliquem prohibuerit, funusve eripuerit turbaverit: et qui eum, cui aqua et igni interdictum est, receperit celaverit tenuerit: quive cum telo in publico fuerit, templa portas aliudve quid*

¹⁰ Zob. G. MacCormack, *Criminal Liability...*, s. 382 n. Więcej o sposobach karania na podstawie *lex Cornelia de sicariis et veneficis* zob. K. Amiełańczyk, *Poena Legis Corneliae*, [w:] *Kara śmierci w starożytnym Rzymie*, Lublin 1996, s. 143 n.

¹¹ Według W. Vitzthuma (*Untersuchungen zum Materiellen Inhalt der „lex Plautia“ und „lex Julia de vi“*, München 1966, s. 127), *lex Julia de vi privata* została wydana najprawdopodobniej za panowania Oktawiana Augusta i dotyczyła m.in. takich przestępstw jak: zranienie ciała (D. 48,6,10,1Ulp. 68 ad ed.); uprowadzenie osoby wolnej (D. 48,6,5 pr. Marc. 14 Inst.) oraz podpalenie (D. 48,6,5 pr. Marc. 14 Inst.). Zob. B. Sitek, *Infamia w ustawodawstwie cesarzy rzymskich*, Olsztyn 2003, s. 143.

*publicum armatis obsederit cinxerit clausurit occupaverit. quibus omnibus convictis, si honestiores sunt, tertia pars bonorum eripitur et in insulam relegantur: humiliores in metallum damnantur. (Lex Iulia de vi privata stosuje się do tego, kto używając broni, wyrzuca, osacza, zamyka ludzi w ich własności, domu, willi czy gruncie i czyni to, aby ludzi używać, najmować, wynajmować; i odpowiedzialność ponosi ten, kto podczas zgromadzenia, zbiegowiska, w tłumie, podczas zamieszek dokonuje podpalenia, przeszkadza pogrzebowi i konduktowi pogrzebowemu, i tego, kto przyjmuje i przechowuje u siebie osobę skazaną na *aqua et igni interdictum*, i tego, kto ze sztyletem występuje publicznie, kto bramy świątyni lub inne miejsca publiczne obsadza zbrojnymi ludźmi. Ci wszyscy oskarżeni, jeżeli należą do *honestiores*, tracą trzecią część swojego majątku i są deportowani na wyspę, *humiliores* zaś skazywani są na karę *in metallum*).*

W powyższym fragmencie zostały wyliczone czyny przestępcze, które godzą w zgromadzenia publiczne o charakterze prywatnym, np. zgromadzenia mieszkańców czy pogrzeby. W stosunku do tekstu Marcjanusa w tym fragmencie mamy nie tylko wymienione przypadki stosowania *lex Iulia de vi privata*, ale również sposób karania ze względu na stan społeczny sprawcy.

Paul Sent. 9,26,4: *Lege Iulia de vi privata tenetur [...] quive coetum concursum turbam seditionem incendium fecerit. (Lex Iulia de vi privata dotyczy [...] tych, którzy wzniesają pożar w czasie spotkania, zebrania, zbiegowiska i posiedzenia.)*

W trzecim fragmencie pochodzącym z *Pauli Sententiae* pojawia się wyraźna wskazówka dotycząca zakresu przedmiotowego regulacji *lex Iulia de vi privata*, mianowicie chodziło o podpalenia dokonywane podczas różnych zgromadzeń lub zwykłego zbiegowiska, zapewne celem wywołania zamieszania. W dwóch pierwszych tekstach występują późniejsze opracowania przypadków związanych z podpaleniami, które podlegały pod regulacje *lex Iulia de vi privata*¹².

3. Rozróżnienia terminologiczne

Przedmiotem przestępstwa był pożar określany łacińskim terminem *incendium, incendii*¹³. Sam pożar w źródłach określany jest jako *incendiis arcendis*¹⁴. Pożar mógł zostać wywołany przypadkowo – *si fortuito incendium factum sit*¹⁵ albo przy zachowaniu wyjątkowo dużej nieostrożności – *culpa lata (Si fortuito incendium factum sit, [...] nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima*¹⁶). Pożary mogły być też wywoływane w sposób zamie-

¹² Więcej o ustawowych podstawach oskarżenia o podpalenie zob. U. Brasiello, *La represso penale in diritto romano*, Napoli 1937, s. 205 n.

¹³ D.47,9,1,pr Ulp. 56 ad ed.; D.47,9,1,2 Ulp. 56 ad ed.; D.47,9,5 Gai. 21 ad ed. provinc.; Coll. 12,5,1 Ulp. l. 8 de off. procon.

¹⁴ D. 1,15,1 *Paul.* l.s. de off. praef. vig..

¹⁵ D.47,9,11 Marcian. 14 Inst.

¹⁶ D.47,9,11 Marcian. 14 Inst.

rzony, a więc z winy umyślnej – *dolus*. Do wyczerpania znamion czynu przestępczego nie było konieczne, aby podpalony obiekt spłonął w całości, wystarczył sam fakt podłożenia ognia. Taki wniosek wypływa z fragmentu zachowanego w poklasycznym zbiorze prawa *Collatio*.

Coll. 12,7,2 *Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius*. (Ten, kto podstępnie podpała czyjś dom czynszowy, również skazywany jest na karę śmierci, tak jak podpalacz.)

Czasownik *exuro – ussi* oznacza podpalenie¹⁷ niezależnie od tego, jakie były skutki tego czynu. Świadomy zamiar podpalenia mógł być powodowany różnymi przyczynami. Jedną z najczęstszych była chęć dokonania rabunku: *Incendiarii, qui quid in oppido praedandi causa faciunt...* (Podpalacze, którzy wywołują pożar w mieście celem grabieży...)18. Czasownik *praedor, praedare* oznacza właśnie ‘grabienie’, ‘łupienie’, a także ‘wrogość’ – *inimicitia*.

4. Podpalenia przypadkowe

Podpalenia przypadkowe, niezamierzone, najczęściej były powiązane z codzienną działalnością człowieka w miejscu swojego przebywania, czy to w mieście, czy na wsi.

D.48,19,28,12 *Call. 6 de cogn. [...] qui vero casam aut villam, aliquo lenius. nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur (ut qui iactura adfectus est, damni disceptet) vel modice vindicaretur. [...]* Ci zaś, którym spala się domy lub wille, karani są lżej, bowiem przypadkowy pożar, który nie został zażegnany z powodu braku należytej staranności w obchodzeniu się z ogniem, rodzi zobowiązanie do naprawienia szkody sąsiadowi. Taka sprawa podawana jest do sądu cywilnego (przez tego, kto doznał straty z powodu szkody, proces winien prowadzić pretor) albo też sprawca jest karany w sposób umiarkowany (w postępowaniu karnym).

W fragmencie *qui vero casam aut villam, aliquo lenius. nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt*, jest mowa o przypadkowym zaprószeniu ognia, a więc o pożarze wywołanym bez winy umyślnej po stronie sprawcy. Sprawca jednak mógł temu nieszczęściu zapobiec, ale z powodu braku należytej staranności tego nie uczynił. W tym przypadku mogło toczyć się postępowanie cywilne o odszkodowanie dla sąsiadów za powstałe w wyniku pożaru szkody albo też sprawca mógł być karany w procesie karnym, ale karami umiarkowanymi – *modice vindicaretur*. Inny kazus przypadkowego pożaru został opisany w *Collatio*.

¹⁷ Zob. J. Sondel, s.v. *exuro*, s. 367.

¹⁸ Paul. Sent. 5,20,1 = Coll. 12,4,1.

Coll. 12,7,4: *Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio.* (Jeżeli słoma spali się na twoim polu i ogień rozprzestrzeni się na grunt sąsiedni i wyrządzi na nim szkodę, problemem jest, czy w tym przypadku należy wystąpić z *actio ex lege Aquilia*, czy z *actio in factum*.)

oraz

Coll. 12,7,5 *Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro xxxvii digestorum scribit. ait enim "si stipulam incendit ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit".* (Lecz wielu uważa, że w tym przypadku nie można wytoczyć *actio ex lege Aquilia*; tak odpowiedział Celsus w 37 księdze digestów; jeżeli ogień z podpalonej słomy nie został opanowany, nie ma zastosowania *actio ex lege Aquilia*, lecz *actio in factum*, ponieważ podpalenie nie było połączone z zamiarem pożaru, lecz innego działania, a ogień tak właśnie się rozprzestrzenił.)

Opisana w powyższym fragmencie sytuacja wyglądała tak, że na polu po żniwach pozostawała słoma (w starożytności ścinano zasadniczo kłosa). Podobnie jak współcześnie czynią to niektórzy gospodarze, była ona podpalana. Jeżeli w wyniku podmuchu wiatru ogień przeniósł się na sąsiedni grunt, na którym najprawdopodobniej znajdowały się jeszcze plony, to tym samym poczynił tam szkody. W tej opisanej sytuacji rodzi się pytanie o sposób postępowania celem naprawienia powstałej szkody. Według opinii Celsusa, wyrażonej w 37 księdze digestów, nie ma możliwości wytoczenia *actio ex lege Aquilia*, bowiem sprawca nie działał z zamiarem wywołania pożaru i tym samym wyrządzenia szkody. Pozostawała jedynie możliwość wytoczenia *actio in factum*. Oczywiście w procesie formułkowym na podstawie edyktu pretora.

5. Podpalenia celowe

Wiele pożarów w Rzymie było wywoływanych w sposób celowy i zamierzony przez sprawców. Ulpian pisze: *Si quis dolo insulam meam exusserit...* (Jeżeli ktoś podpalił mój dom czynszowy...) ¹⁹. Ten sam tekst został nieomal dosłownie powtórzony w *Collatio: Quod si dolo quis insulam exusserit...* (Ten, kto podstępnie podpala czyjś dom czynszowy...) ²⁰.

Jednym z często spotykanych motywów sprawczych podpaleniami umyślnych było wrogie nastawienie:

D.48,19,28,12 *Call. 6 de cogn. Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum...* (Podpalacze karani są śmiercią, ci, którzy z powodu wrogości lub chęci grabieży podkładają ogień w mieście...)

¹⁹ D.48,8,10 *Ulp. 18 ad ed.*

²⁰ Coll. 12,7,2.

oraz

Collatio 12,2,1: *Qui casam aut villam inimicitarum gratia incenderunt..* (Podpalenie albo domu, albo willi z powodu zawiści...).

W pierwszym fragmencie Callistratus wyraził opinię, według której czynnik subiektywny był często łączony z chęcią grabieży – *praedae causa*. Źródłem wrogiego nastawienia były zapewne istniejące różnice ekonomiczne, zaś grabież była instrumentem mającym wyrównać wynikającą stąd niesprawiedliwość.

Grabież jednak nie zawsze musiała być połączona z wrogim nastawieniem sprawcy do ofiary. Tak było zapewne u osób, które zajmowały się rabunkiem „zawodowo”, a nie okazjonalnie.

Paul. Sent. 5,20,1 *Incendiarium, qui quid in oppido praedandi causa faciunt, capite puniuntur.*²¹ (Podpalacze, którzy wywołują pożar w mieście celem grabieży, karani są śmiercią.)

W tekście tym jest mowa o podpalaczach, którzy wywołali pożar w celu dokonania grabieży lub też zatarcia śladów grabieży w splądrowaniu domu. Ponadto z tego fragmentu wynika, że wywoływanie pożarów w mieście celem grabienia musiało być w tamtych czasach dość dużą plagą. O podpaleniach celem dokonania kradzieży pisze również Callistratus:

D.48,19,28,12 Call. 6 de cogn. *Incendiarium capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum...* (Podpalacze są karani śmiercią, ci którzy z powodu wrogości lub chęci grabieży podkładają ogień w mieście...)

W kolejnym tekście, autorstwa Paulusa, jest mowa o podpaleniach za wynagrodzeniem, czyli podpaleniach na zlecenie oraz o podpaleniach z motywów politycznych²².

D. 1,15,1 Paul. *l.s. de off. praef. vig.: ...fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent...* (...były bowiem grupy niewolników lub osób prywatnych, którzy za zapłatę lub z motywów politycznych podkładają ogień...)

W tym tekście wskazano kolejne przyczyny, dla których sprawca dopuszcza się podpalenia. Nie wymaga większego wyjaśnienia motyw polityczny. W przypadku podpalenia za odpłatnością Paulus używa terminu *merces – edis*, który oznaczał wynagrodzenie za czynsz, ale również wynagrodzenie za spełnienie zlecenia, w tym przypadku nagrodę pieniężną lub inną gratyfikację za podpalenie na zlecenie²³. Niewyjaśniona została jednak przyczyna zlecenia,

²¹ Coll. 12,4,1: *Incendiarium, qui quid in oppido praedandi causa faciunt, facile capite puniuntur.*

²² O historii wielkich pożarów w Rzymie, również z motywów politycznych, zob. S. Capponi, B. Mengozzi, op. cit., s. 11 n.

²³ J. Sondel, s.v. *Merces* [w:] *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2001, s. 620.

można jedynie przypuścić, że *incendiarius* wyrządzał szkodę na zlecenie z niskich pobudek, takich jak konkurencja czy zemsta, którymi kierował się zleceniodawca²⁴.

Jeszcze inną grupę stanowili podpalacze dokonujący zaboru rzeczy z porzeliska przy pomocy broni, miecza lub sztyletu.

D.48,6,3,5 Marcian. 14 Inst. *Sed et qui in incendio cum gladio aut telo rapiendi causa fuit vel prohibendi dominum res suas servare, eadem poena tenetur.* (Lecz i ten odpowiada, kto przy pomocy miecza lub sztyletu dokonuje rabunku z okazji pożaru lub pod groźbą zabrania właścicielowi ratowania swego dobytku z płonącego budynku.)

W obu tekstach Marcjanusa opisano dwa przypadki, których dotyczy *lex Julia de vi publica*. Przedstawiono jeszcze inną sytuację, a mianowicie forsowne najście z bronią, mieczem lub sztyletem w sytuacji, gdy płonie budynek. Ponadto sprawca nie tylko rabował rzeczy z płonącego budynku, ale również odstraszał czy też przeszkadzał właścicielowi w ratowaniu swojego dobytku. Podobna sytuacja została przedstawiona przez Marcjanusa w następnym fragmencie.

D.48,6,5.pr. Marcian. 14 Inst. *Qui coetu conversu turba seditione incendium fecerit: quique hominem dolo malo incluserit obsederit: quive fecerit, quo minus sepe-liatur, quo magis funus diripiatur distrahatur: quive per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit.* (Odpowiedzialność ponosi ten, kto podczas zgromadzenia, zbiegowiska, w tłumie, podczas zamieszek dokonuje podpalenia, a także kto podstępnie człowieka więzi lub osacza, i kto nie pozwala na pochówek, kto raczej rozrywa kondukt pogrzebowy, rozprasza uczestników konduktu pogrzebowego, i kto przy pomocy siły zmusza kogoś do zaciągnięcia zobowiązania, bowiem prawnie takie zobowiązanie nie jest ważne.)

Powyższy tekst zawiera rozstrzygnięcie dotyczące sytuacji, gdy ktoś wykorzystuje publiczne, religijne (pogrzeby) czy też przypadkowe zebrania do wzniesienia pożaru, a tym samym do wywołania zamieszania. Musiało się to w Rzymie się zdarzać stosunkowo często, przede wszystkim z tego powodu, że zamieszki przy okazji większych zgromadzeń były i są wykorzystywane przez wichrzycieli społecznych i przestępców zarazem. W wielkim chaosie łatwiej jest dokonać rabunku. Czyny te były karane na podstawie *lex Julia de vi publica*.

Przyczyną podpalenia mogła być chęć ukrycia przestępstw wcześniej popełnionych, o czym pisze Marcjanus.

D.48,6,8.1.pr. Marc. 1.14 Inst. *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteret-*

²⁴ Cassius Dio 53,24,4; Velleius Paterculus, Historia Romana 1.

tur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur. (Lex Cornelia de sicariis et veneficis dotyczy tego, kto zabił człowieka, i kto podstępnie podłożył ogień, albo kto udał się ze sztyletem w celu zabicia człowieka i kradzieży, albo kto będąc urzędnikiem lub prowadząc proces publiczny, namawia kogoś do składania fałszywych zeznań, aby niewinny pozwany został skazany.)

W tym przypadku zabójca podłożył ogień celem zatarcia śladów morderstwa. Podpalenie nie było zatem celem samym w sobie, lecz środkiem służącym do ukrycia zbrodni zabójstwa.

6. Czyny, za które sprawca nie ponosił odpowiedzialności karnej

Oprócz podpałek przypadkowych lub zawinionych istniała jeszcze trzecia grupa takich zdarzeń, która jednak nie dawała podstaw do odpowiedzialności karnej.

Coll. 12,1,1: *Si exierit ignis et invenerit spinas et comprehenderit areas vel spicas aut campum, aestimationem restituet ille qui succendit ignem.* (Jeżeli ktoś wznieci ogień, który następnie obejmie krzewy, klepisko albo kłosa albo pole, winien on zwrócić tyle, ile ów ogień wyrządził szkody.)

W powyższym tekście jest mowa o sytuacji, gdy ktoś rozpala ogień na otwartej przestrzeni, bez podstępnego zamiaru, np. ognisko, ale na skutek wiatru czy nagłego wybuchu ognia nastąpiło zaprószenie sąsiedniej posesji. Ogień taki mógł objąć zarówno zasiewy na polu, jak i zabudowania gospodarskie, takie jak stodoła, w której zgromadzone były kłosa. W tym przypadku sprawca takiego pożaru nie odpowiadał jako podpalacz (*incendiarius*) w procesie karnym, lecz ponosił odpowiedzialność cywilną do wysokości powstałej szkody.

W starożytnym Rzymie nie było przepisów prawnych regulujących budowywanie do posesji prywatnych lub publicznych nowych obiektów. Były one bardzo często wznoszone z łatwopalnych materiałów, a niejednokrotnie w środku znajdowały się również materiały łatwopalne, które stanowiły zagrożenie publiczne. Z tego też względu w 398 r. cesarz Arkadiusz wydał konstytucję.

C.8.11.14 *Arcad. /Honor. AA. Severo pu.: Aedificia, quae vulgo parapessia nuncupantur, vel si qua alia opera moenibus vel publicis operibus sociata cohaerent, ut ex his incendium vel insidias vicinitas reformidet aut angustentur spatia platearum vel minuatur porticibus latitudo, dirui ac prosterni praecipimus. D. v id. Oct. Constantinopoli Honorio A. IIII et Eutychiano cons. [a. 398]* (Zabudowania, które popularnie nazywa się przybudówkami lub inne rodzaje zabudowy oparte o prywatny lub publiczny mur, które są tak postawione, że stwarzają zagrożenie pożarowe lub grożą innym nieszczęściem sąsiednim zabudowaniom albo czynią drogi węższymi lub zagrażają portyki, nakazujemy zburzyć i rozebrać.)

W konstytucji Arkadiusza jest mowa o lekkich budowlach, porównywalnych ze współczesnymi przybudówkami, opartych o mur publiczny lub prywatny. Taka zabudowa, wznoszona najprawdopodobniej bez żadnej kontroli administracyjnej, stwarzała realne zagrożenie pożarowe, a w każdym razie prowadziła do zaburzeń ruchu ulicznego. Z tych właśnie względów cesarz nakazał rozbiórkę tego typu obiektów. Stwarzanie samego zagrożenia pożarowego nie stanowiło jednak podstawy do ukarania. Nie było też mowy o wniesieniu kaucji czy innego zabezpieczenia. W trybie administracyjnym obiekty takie musiały być rozebrane.

Zakończenie

Uregulowania prawne dotyczące podpaień w starożytnym Rzymie mają swój początek w ustawie XII Tablic. Przekazane teksty źródłowe pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że sam czyn podpalenia sprowadzał na sprawcę karę śmierci, poprzedzoną karą chłosty. Odpowiedzialność sprawcy oparta była na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej. Zmiana zasad odpowiedzialności została wprowadzona w okresie Sulli, który w *lex Cornelia* zachował karę śmierci dla sprawców zamierzonych podpaień. Sposób jej wykonywania był różny w zależności od klasy społecznej, do której przynależał sprawca. W przypadku popełnienia innych przestępstw w zbiegu z podpaleniem, zwłaszcza tam, gdzie doszło do użycia siły, oskarżenie mogło być wniesione na podstawie *lex Iulia de vi privata*.

Z analizy źródeł prawnych wynika, że w prawie rzymskim odróżniano podpalenia celowe od takich, które wynikały z braku staranności przy obchodzeniu się z ogniem lub nawet z faktu codziennego używania ognia czy spalania słomy na polu przez rolników. W tych przypadkach również kara była uzależniona do stopnia winy, istniała nawet możliwość dostosowania jej przez sędziego i była to głównie odpowiedzialność odszkodowawcza, a więc cywilna.

Bożena Drzewicka
Gdańsk

Interpretacja praw człowieka w Europie i Azji. Konflikt wartości czy wielowartościowa logika?

1. Zagadnienia wstępne

Interpretacji praw człowieka na styku różnych cywilizacji poświęcono szereg naukowych rozważań, gdyż temat ten budzi wiele emocji. Autorzy wszystkich niemal opracowań z zakresu koncepcji praw człowieka proponują określone typologie i klasyfikacje. Nie jest moim celem rozstrzygnięcie dylematu, która z nich jest najbardziej użyteczna. W prezentowanym artykule podejmę natomiast próbę przedstawienia różnych koncepcji i interpretacji. Celem niniejszego opracowania jest także analiza wzajemnego przenikania się wartości, idei uniwersalnych i specyficznych na gruncie współczesnej komunikacji międzynarodowej z zakresu praw człowieka. Z tym zagadnieniem wiąże się także sprawa relacji pomiędzy suwerennością państwową a prawami człowieka, ale zostanie ona pominięta z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania¹.

System wartości europejskich rozpatruję głównie w odniesieniu do Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP) i projektu Traktatu Konstytucyjnego (TK). Wychodzę bowiem z założenia, że wymienione dokumenty stanowią swoiste podsumowanie i agregację wartości europejskich. Traktat Konstytucyjny jako źródła podstawowych praw wymienia: Powszechną Deklarację Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych, Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Karty

¹ Szerzej I. Słomczyńska, *Suwerenność jako wartość w polityce zagranicznej państwa*, [w:] R. Zięba (red.), *Wstęp do teorii polityki zagranicznej państwa*, Toruń 2004, s. 150–160; R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004, s. 145–169; W. J. Wołpiuk, *Niepodległość i suwerenność. Dystynkcje pojęciowe*, [w:] idem (red.), *Spór o suwerenność*, Warszawa 2001; J. H. Jackson, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, "The American Journal of International Law" 2003, t. 97, nr 4, s. 780 i nast.; H. Stacy, *Relational Sovereignty*, "Stanford Law Review" 2003, t. 55, s. 2030–2050.

Społeczne przyjęte przez Wspólnotę i Radę Europy oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Ideę wartości azjatyckich analizuję w odniesieniu do konfucjanizmu i neokonfucjanizmu, taoizmu filozoficznego („szkoły taoistycznej”), buddyzmu, a także islamu². Zagadnienia praw człowieka i związane z tym idee czy wartości właściwie wcześniej w Azji nie istniały. Nie znajdujemy tam żadnej tradycji ochrony praw człowieka. Właściwie cały region azjatycki nie miał możliwości wytworzenia świadomości praw człowieka z uwagi na długotrwałe funkcjonowanie w semifeudalnym, silnie zhierarchizowanym porządku społecznym. Z tego powodu można w tym kręgu kulturowym znaleźć jedynie pojedyncze zadania dotyczące jednostki, a właściwie kategorii szeroko pojętego humanizmu. Wartości, które niosły ze sobą prawa człowieka i instytucje z tym związane, pojawiły się tam dopiero po drugiej wojnie światowej. W nowych konstytucjach niektórych państw azjatyckich zostały one narzucone przez mocarstwa zwycięskie, głównie Stany Zjednoczone. Japonia jest przykładem kraju posiadającego formalnie wszystkie instytucje demokratyczne. W historii chińskiej nie istnieje natomiast idea godności człowieka uzasadniająca prawa indywidualne³.

Problematyka konfrontowania wartości, w tym i praw człowieka, między cywilizacjami staje się bardzo aktualna. Ma swój wydźwięk zarówno na płaszczyźnie polityki międzynarodowej, jak i międzynarodowej działalności normatywnej⁴. Ponadto we współczesnych normach prawa międzynarodowego, i to w układzie *hard* i *soft law*, znajdujemy wiele bezpośrednich związków. Tak więc współczesne prawo międzynarodowe i jego doktryna są bardzo zainteresowane tą problematyką⁵. Nie można bowiem zapomnieć, że najpoważniejszym czynnikiem wywołującym najgłębsze przekształcenia w systemie prawa międzynarodowego jest nadal międzynarodowa ochrona praw człowieka i związane z nią międzynarodowe prawo humanitarne. Mam tu na myśli nie tylko katalog, instrumenty i procedury wykonawcze, ale przede wszystkim zmianę podejścia do podstawowych paradygmatów. Tego wszystkiego można było najpełniej doświadczyć po zakończeniu „zimnej wojny”. Przewidywano, iż konfrontacja w ideologii czy polityce wówczas zaniknie. Stało się jednak inaczej. Zachód i Azja są nadal antagonistami w dialogu o przyszłość

² M. K. Nawaz, *The Concept of Human Rights in Islamic Law*, „Howard Law Journal” 1965, nr 11, s. 320–33; M. T. Franck, *Human Rights in Third World Perspective*, Dobbs Ferry, Oceana 1982, s. 34–53.

³ A. H. Robertson, J.G. Merrills, *Human Rights in the World: An Introduction to the Study of International Protection of Human Rights*, Manchester 1992, s. 40–64.

⁴ R. Kuźniar, *Human Rights and International Relations*, „The Polish Quarterly of International Affairs”, Summer 1998, s. 25–58.

⁵ Zob. szerzej: C.C. Goud, *Globalizing Democracy and Human Rights*, Cambridge University Press 2004.

świata⁶. Taka sytuacja determinuje czytelne opcje działania podmiotów stosunków międzynarodowych. Spotkać można zarówno argumenty bardzo emocjonalne, jak i liczne uproszczenia w analizach. Ogniskują się one głównie w ocenach dotyczących organizacji międzynarodowego życia politycznego, gospodarczego, społecznego czy rozumienia demokracji, a w tym i praw człowieka⁷.

2. Interpretacja praw człowieka w różnych cywilizacjach

Wartości europejskie, kojarzone z demokracją, praworządnością, przejrzystością życia publicznego czy humanizmem, dają określone wspólne pole porównań między cywilizacjami⁸. Należy podkreślić, iż tak w tradycji europejskiej, jak i konfucjańskiej zasadniczą wartością jest humanizm (*jen*) i ten filar jest wspólny. Stał się on podstawą ujęć indywidualnych i społecznych. Tym niemniej azjatycka przestrzeń filozofii, polityki czy kultury funkcjonuje w innym od europejskiego obszarze. Azjatycki system wewnętrznych zależności oparty jest na wielopłaszczyznowej logice, często innej niż europejska. Łączy w jedną całość zjawiska, które z europejskiego punktu widzenia wzajemnie się wykluczają. Ujęcie europejskie to głównie dążenie do uchwalenia „uniwersalnej prawdy”, za którą można walczyć i ginąć. Następnie tworzy się najczęściej struktury instytucjonalne i prawne, których celem jest pilnowanie określonych standardów.

Azjatyckie spojrzenie wyklucza natomiast formułę wykrystalizowania jednej prawdy i lansowania jej jako uniwersalnej. W Chinach na przykład nie widzi się sprzeczności w jednoczesnym wyznawaniu konfucjanizmu, taoizmu czy buddyzmu. Jak zauważa R. Kapuściński: „wielką siłą chińskiej idei jest jej giętki i pojednawczy synkretyzm, łączenie w jedną całość różnych kierunków, poglądów i postaw z tym, że w procesie nigdy nie uległy zniszczeniu rdzenie żadnej ze szkół [...], ale potem wszystko kończyło się ugodą, wzajemnym przenikaniem, jakąś formą współżycia”⁹. W tej cywilizacji do-

⁶ Zob. szerzej: A. W. Jelonek, *Azja regionu Pacyfiku a system światowy uwagi u progu nowego wieku*, „Azja – Pacyfik” 2002, nr 5, s. 97–101.

⁷ E. Halizak, D. Popławski, *Demokracja w stosunkach międzynarodowych*, Warszawa 1997, s. 15–30.

⁸ E.G. Whitlam, *Human Rights and the Western Pacific*, [w:] A. E. Tay (ed.), *Teaching Human Rights: An Australian Symposium*, AGPS, Canberra 1981, s. 40–64; F. E. Dowrick (ed.), *Human Rights: Problems, Perspectives and Texts*, Saxon House, Farnborough 1979, s. 40–54; M. Cranston, *What Are Human Rights?*, Bodley Head, London 1973, s. 21–39; R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford 1952, s. 10–30; R. Martin, J. W. Nickel, *Recent Work on the Concept of Rights*, „American Philosophical Quarterly” 1980, s. 165–180; C. Wellman, *A New Conception of Human Rights*, [w:] E. Kamenka, A. Tay (ed.) *Human Rights*, s. 48–56; H. J. McCloskey, *Rights – Some Conceptual Issues*, „Australasian Journal of Philosophy” 1976, s. 97–115; J. Donnelly, *Human Rights and Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights*, „American Political Science Review” 1982, nr 76, s. 303–316.

⁹ R. Kapuściński, *Podróże z Herodotem*, Kraków 2004, s. 70–71.

puszcza się funkcjonowanie wielu równoprawnych praw. Dodajmy jeszcze do tego kulturową kontekstualizację. Doprowadza to do zanegowania „imperialistycznego uniwersalizmu”, nadając mu znaczenie pejoratywne, a poszukuje się własnych strategii rozwojowych¹⁰. Mają one najczęściej charakter niezwykle cząstkowy i odnoszą się do konkretnej sprawy. Prowadzi to jednoznacznie do decentralizacji kulturowej i porzucania modelu binarnego, wyrażającego się w układzie: centrum – peryferie. W związku z tym przyjęcie zasad demokracji czy praw człowieka może być traktowane jako „pożyteczne rozwiązanie” w konkretnej sytuacji. Nie znaczy to jednak, że tworzy się wzniosłą doktrynę, której broni państwo lub społeczeństwo. I w tej perspektywie spotykamy najczęściej elementy konfrontacji. Nie należy tego odnosić do państw, których konstytucja gwarantuje Kartę Praw, jak to jest w przypadku Japonii¹¹. Tym niemniej i tam widoczna jest różnica pomiędzy tym, co zapisane, a rzeczywistością. Znaleźć można różne instytucje fasadowe, które jednak nikomu nie przeszkadzają.

W Azji struktury rodowe położyły mocny akcent na „sprawy wewnętrzne”. To kształtowało chociażby kulturę pokoju, koncentrującą się na ludzkim życiu. Wynikają z tego określone konsekwencje zarówno dla życia politycznego, społecznego, jak i działań normatywnych państw. Preferuje się w związku z tym posunięcia konkretne i oparte na realnych korzyściach. Nie uchwalano więc ani wzniosłych deklaracji, ani odezwo, nie konstruowano też katalogów praw słusznych i uniwersalnych, znanych w Europie od XVIII w. Styl myślenia okresu oświecenia jest tu zatem nieznanym, podobnie jak europejskie dychotomiczne podziały dotyczące każdej sfery życia. To, co kształtowało i organizowało świat Zachodu, nie dotyczyło Azji i odwrotnie. Nie są to jednak bariery nie do pokonania, szczególnie w dobie globalizacji. W tym przypadku nie stoją naprzeciw siebie dwa całkowicie zwalczające się segmenty doktrynalne bez żadnego wspólnego mianownika¹².

¹⁰ Szerzej: A. Dirlik, *The Postcolonial Aura: Third World Criticism in the Age of Global Capitalism*, „Critical Inquiry” 1994, nr 20, s. 329–355.

¹¹ Por. Y. Okudaira, *The Australia and Japanese Constitution*, [w:] P. Drysdale, H. Kitaoji (ed.), *Japan and Australia*, Australian National University Press, Canberra 1981, s. 170–185; Y. Okudaira, *Ochrona praw człowieka w Konstytucji Japonii*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Ochrona praw człowieka w świecie*, Bydgoszcz – Poznań 2000, s. 369–371.

¹² M.S. McDougal, D.H. Lasswell, L. Chen, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, Connecticut, Yale University Press, New Haven 1980, s. 803–838, 506–528; A. Edel, *Some Reflections on the Concept of Human Rights*, [w:] E. H. Pollack (ed.), *Human Rights*, Buffalo, New York 1971, s. 1–24; J. Feinberg, *The Nature and Value of Rights*, „Journal of Value Inquiry” 1970, nr 4, s. 243–260; M. P. Golding, *The Concept of Rights: A History Sketch*, [w:] E. B. Bandman (ed.), *Bioethics and Human Rights*, 1978, s. 43–50; J. Hersch, *Is the Declaration of Human Rights a Western Concept?*, [w:] H. Keifer, M. Munitz (ed.), *Ethics and Social Justice*, Albany, New York 1970, s. 323–333; L. Hohfeld, *Human Rights and the Role of the State*, [w:] F.C. Hutiey, E. Kamenka, A. Erh-Soon Tay (ed.), *Law and the Future of Society*, Wiesbaden 1979, s. 157–71; S. Hook, *Reflection on Human Rights*, [w:] H. Keifer, M. Munitz (ed.), op. cit., s. 252–281.

Przy różnej kulturze i obyczajach normy moralne mimo wszystko wydają się być wspólne. I na tych podstawach interpretacja klasycznych wartości, takich jak: godność, wolność czy równość, może zbliżać. Państwa azjatyckie, które po drugiej wojnie światowej przyjęły nowe konstytucje (np. Japonia czy Singapur), są obecnie na poziomie nowoczesnych rozwiązań i tzw. fundamentalne prawa uznają za powszechne i nienaruszalne. Warto nadmienić, iż konstytucje niektórych państw azjatyckich przyjęły „system otwarty” w ochronie praw człowieka. Tym samym lista tych praw nie jest ograniczona do enumeratywnie wyliczonych w konstytucji. Istnieje więc możliwość domagania się nowych praw, ponieważ przyjęto zasadę praw naturalnych. Konstytucja japońska realizuje taką ideę (art. 13)¹³. W związku z tym, poza listą praw wymienioną w art. 11 i 97, istnieją tzw. klauzule wszechstronne i w ich ramach mówi się o fundamentalnych prawach człowieka, w tym o wartościach duchowych. Obok takich praw wprowadzono, podobnie jak w Europie, zespół praw społeczno-gospodarczych, charakterystyczny dla większości konstytucji europejskich z XX w. W aspekcie prawa porównawczego, system praw człowieka w niektórych krajach azjatyckich jest na wysokim poziomie, a w innych niewystarczający lub jawnie łamany.

Dla moich rozważań istotne jest, że kategorie praw człowieka są coraz bardziej znane i uświadamiane w Azji, pomimo braku jakiegokolwiek tradycji. Odrębnym problemem – moim zdaniem najważniejszym – jest określenie, co w istocie należy uznać za naruszenie praw człowieka w różnych cywilizacjach. Na tej płaszczyźnie spotykamy różne interpretacje i zasadnicze nieporozumienia. W związku z tym współczesne dyskusje dotyczą redefinicji tak podstawowych pojęć, jak prawa człowieka i suwerenność¹⁴. To rezultat przekształceń procesów ideowych i całego środowiska międzynarodowego, szczególnie widocznych po okresie tzw. zimnej wojny. Wygenerowało to w zasadzie konflikt wewnątrz prawa międzynarodowego. Został on właściwie już zidentyfikowany, ale ponieważ funkcjonuje na styku prawa międzynarodowego i wewnętrznego, bardzo trudno jest go w praktyce rozwiązać. Ponadto obok dyskursu prawniczego mamy i etyczny, który stanowi często punkt wyjścia dla pozostałych aspektów. Dotychczasowe, tradycyjne rozumienie praw człowieka i suwerenności uniemożliwia w istocie rozwiązanie problemu¹⁵.

Elementem sprzyjającym zbliżeniu podstawowych wartości jest w tym przypadku azjatycka różnorodność religijna, która nie doprowadziła tak jak w Europie do ostrych podziałów i wojen religijnych, ponieważ jest bardziej powiązana z rytuałem niż z aspektami ideologicznymi, doktrynalnymi,

¹³ *Konstytucja Japonii*, 1990, IPI PAN, Warszawa 1990, s. 36.

¹⁴ Szerzej np.: S. D. Kastner, *Rethinking the Sovereign State Model*, „Review of International Studies” 2001, t. 27, s. 15–43.

¹⁵ Por. np. D. Philpott, *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*, Princeton University Press 2001, s. 3–20.

a poza tym słabo zinstytucjonalizowana (z wyjątkiem taoizmu i buddyzmu)¹⁶. W przeciwieństwie do trzech religii monoteistycznych (judaizmu, chrześcijaństwa i islamu), ukształtowanych w basenie Morza Śródziemnego, zmienność religijna w Azji jest zaskakująca i szybko dostosowuje się do nowych warunków. Właściwie – jak zauważa R. Kapuściński – trudno mówić w Azji o religii w europejskim znaczeniu tego słowa, ponieważ nie jest tam znane pojęcie Boga¹⁷.

To wszystko wpływa na elastyczność wartości i mentalności społecznej, a także prowadzi do zrozumienia, a czasem i akceptacji innych idei. Niezwykle w tym przypadku jest przekonanie do procesów modernizacyjnych. Uważa się, bardzo optymistycznie, że wymuszą one zmiany w układach gospodarczych, społecznych i politycznych zarazem. Panuje przekonanie o nieuchronności modernizacji i korzyściach, które przyniesie ona wszystkim uczestnikom tego procesu. Nie brak też głosów sceptycznych, obawiających się cywilizacji zachodniej, kojarzonej z degeneracją moralną i kulturową. Dyskusje toczą się nieustannie, a inspiracje płyną z różnych środowisk. Takie podejście rozwija proces syntezy i jest to bardzo cenna postawa z punktu widzenia komunikacji międzykulturowej. W związku z tym „nie było tu nic ustalone raz na zawsze, nic na dobre zatrzęsnięte, przypieczętowane”¹⁸. W Azji rozwijane są koncepcje racjonalizacji, czy wręcz unowocześniania wierzeń i praktyk religijnych, nie do wyobrażenia w Europie. Nikt nie stoi ostro na straży ortodoksji religijnej, z wyjątkiem fundamentalistów muzułmańskich, i nie ma takiego gorsetu instytucjonalnego, jak w Europie. A to niewątpliwie jeszcze wzmacnia otwartość i prowadzi do komunikacji międzykulturowej. Jak podkreśla D. K. Jordan: „zmiany, jakie obserwujemy w Azji w sferze religijnej po 1945 r., są powiązane z szybko zmieniającymi się warunkami życia społecznego, gospodarczego i politycznego”¹⁹. Ma to ogromny wpływ na rozwijanie świadomości niezależnych obywateli w całym regionie azjatyckim. Okres całkowitego podporządkowania się władzy przeszedł gruntowną ewolucję, tym niemniej nie zrezygnowano z układu hierarchicznego.

Postęp i modernizację w Azji na płaszczyźnie gospodarczej i politycznej wiązano przede wszystkim z określonymi uzgodnieniami społecznymi. Gwarantując prawa obywatelskie, unowocześnienie stosunków pracy czy ochronę praw człowieka zaczęto łączyć z nowoczesnymi wartościami. Za liderów szeroko pojętej modernizacji w Azji uważa się Japonię, Malezję i Singa-

¹⁶ A. Kłoczewska, *Religijność ludowa Chińczyków na Tajwanie – wyniki badań w terenie*, „Azja – Pacyfik” 2003, nr 6, s. 68–71.

¹⁷ R. Kapuściński, op. cit., s. 71.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Cyt. za: G. A. Burnett, M. Lee, *Issues in Intercultural Communication Research*, [w:] W. B. Gudykunst, B. Mody (ed.), *Handbook of International and Intercultural Communication*, London – New Delhi 2002, s. 275.

pur²⁰. Bardzo istotna jest relacja pomiędzy gospodarczymi procesami a zwrotem widocznym w świadomości kulturowej społeczeństw azjatyckich. Nie bez znaczenia są także zwiększająca się mobilność społeczeństw i efekty rozszerzającej się globalizacji, gdyż naruszyły izolacjonizm regionu azjatyckiego. Zgodnie z poglądem M. Watersa, globalizacja niekoniecznie pociąga za sobą integrację czy homogenizację różnych wartości, w tym podstawowych²¹. Oznacza ona po prostu szerszy zasięg kontaktów i wymiany w ogóle. Na obszarach, gdzie wolność słowa traktowana jest jako niebezpieczny luksus, nowe techniki przekazu wprowadzają ogromne zmiany, które trudno w tej chwili przecenić.

Wymienione zjawiska stanowią pomost dla dialogu pomiędzy cywilizacjami, a komunikacja międzykulturowa stwarza perspektywę współistnienia społeczeństw. Herodot już dwa i pół tysiąca lat temu doszedł do wniosku, że naturą świata jest jego wielokulturowość i każda kultura wymaga akceptacji i zrozumienia²². Do czasu, gdy to nie nastąpi, będą panowały wrogie stosunki. Stąd potrzebny jest proces poznania, a następnie dialog. Herodot wskazywał, że w okresach pokoju cywilizacje dokonują zapożyczeń kulturowych i wzbogacają się wzajemnie. Zwalczając się, nie mają natomiast szans na progres. Remedium zaproponowane przez Herodota wydaje się trafne i zarazem bardzo aktualne.

Poszukiwanie płaszczyzn otwartych na komunikację między cywilizacjami jest niezwykle istotne. Niektóre wartości konfucjańskie mogą na przykład z powodzeniem uzupełniać wartości europejskie i odwrotnie. W tym przypadku politycy i intelektualiści zachodni powinni szybko porzucić przekonanie, iż ich normy są uniwersalne²³. Jest to wielkie uproszczenie, ale chciałam wydobyc jedynie pewne charakterystyczne rysy występujące na płaszczyźnie porównań Azji i Europy. Obraz ten należy jeszcze uzupełnić o wzrastającą rolę islamu w niektórych państwach azjatyckich. Konsekwencje tego są różne, w jednych państwach wzrosły nastroje niechęci wobec wartości europejskich (Indie, Pakistan), a w drugich wskazuje się na zbliżenie.

Turcja jest przykładem drugiej opcji. Przyjęła europejskie wartości i chce je realizować. Należy zdawać sobie sprawę, że w części są to działania fasadowe, gdyż kraj ten ubiega się o członkostwo w Unii Europejskiej. Nie można jednak nie zauważyć, iż od osiemdziesięciu lat Turcja weszła na drogę modernizacji i jednoznacznego rozdzielenia państwa od religii. Właściwie już

²⁰ Szerzej zob. Xiaorong Li, "Asian Values" and the Universality of Human Rights, [w:] M. Meijer (ed.), *Dealing with Human Rights. Asian and Western Views on the Value of Human Rights*, HOM, Utrecht 2001, s. 37–47; M. C. Davis, *Human Rights and Chinese Value: Legal, Philosophical and Political Perspectives*, Hong Kong – New York 1995.

²¹ M. Waters, *Globalizacja*, London – New York 1996, s. 56.

²² Herodot, *Dzieje*, tł. S. Hammer, Warszawa 2003, s. 94–98.

²³ J. Menkes, *The Universal System of Human Rights Protection. Some Observations...*, s. 73–77 i 84–86.

jest przykładem pogodzenia islamskiej kultury z zachodnim modelem ustrojowym. A elity tureckie, szczególnie wojskowe, stale ulegają europeizacji i można założyć, że proces ten będzie postępował. Przedstawiciele rządu tureckiego wspólnie z Unią chcą udowodnić, iż harmonizacja cywilizacji jest możliwa, chociaż nie brakuje sceptyków i przeciwników po obu stronach. Turcja stara się sprostać wszystkim warunkom stawianym przyszłym członkom UE, poczynając od kryteriów kopenhaskich. Minister spraw zagranicznych Abdullah Gul m.in. na kongresie Europejskiej Partii Ludowej EPP w 2004 r. podkreślał, iż Turcy zamierzają udowodnić, że w kraju muzułmańskim możliwa jest demokracja, przestrzeganie praw człowieka i dobrobyt. Takie oświadczenia nie są w pełni wiarygodne, tym niemniej ewolucja się dokonuje. Unia Europejska, prowadząc dialog z Turcją, wzmacnia postawy prozachodnie nie tylko w tym kraju. Nie może pozwolić sobie na odrzucenie Turcji, albowiem obecnie zbyt mocno uświadamiana jest realność międzycywilizacyjnego konfliktu.

Konsekwencją globalnego rozwoju jest także uwypuklenie samoświadomości narodowej, kulturowej, wartości podstawowych czy religijnych. Znajduje to potwierdzenie w postawach wielu mieszkańców w Azji muzułmańskich. W środowiskach uniwersyteckich, a także na łamach gazet toczy się dyskusja na temat stosunku islamu wobec technologii i wiedzy, a także własnych wartości kulturowych. Wskazuje się przy tym na zagubienie jednostki w globalnym świecie i podkreśla brak stabilności moralnych postaw i wartości. Do podobnych wniosków doszli także intelektualiści europejscy. W obliczu wzrastającej niepewności konieczny jest powrót do własnych, stałych wartości kulturowych, religijnych i moralnych.

Globalizacja nie musi, jak wiadomo, zakładać ujednoczenia wartości²⁴. Dokonała się już właściwie homogenizacja struktur komunikacji międzykulturowej w procesie globalizacji, ale w oparciu o wzory Zachodu. Powoduje to protesty społeczeństw pozaeuropejskich, co ma wpływ na popularyzację holistycznych symboli własnej tradycji i kultury. W związku z tym, z jednej strony rozwija się proces okcydentalizacji świata, a z drugiej widoczna jest orientalizacja, tj. wizja własnej kultury z elementami modernizacji. Jest to dobry przykład na prawidłowość współwystępowania i różnicowania się postaw uniwersalnych i partykularnych w ramach każdej z cywilizacji. Jesteśmy właściwie obserwatorami tych procesów od pewnego czasu występujących w Europie i w Azji równorzędnie. Nie jest to, moim zdaniem, taka konfrontacja jak między religiami, ale jak między dogmatyzmem a pragmatyzmem czy prowincjonalnością a uniwersalizmem. To kolejny, bardzo inspirowany etap na drodze rozwoju dialogu międzycywilizacyjnego. Dlatego też pojawiają się coraz to nowe koncepcje politologiczne, ideologiczne, antropolo-

²⁴ Szerzej: M. Walters, op. cit., s. 136–140.

giczne i historiozoficzne. Istnieje więc potrzeba uzgodnienia i wprowadzenia nowych paradygmatów w stosunkach międzynarodowych. Wartości kulturowe zaczęły już określać rolę, jaką odegrają konkretne cywilizacje. Rzeczywiste bezpieczeństwo lub też stabilny pokój mogą być osiągnięte tylko przy współpracy międzynarodowej opartej na zrozumieniu międzykulturowym²⁵.

Panuje przeświadczenie, że tylko zintegrowane struktury polityczno-ekonomiczno-kulturowe będą odgrywać decydującą rolę w nowej rzeczywistości międzynarodowej. Takie swoiste „superpaństwa”, jak Unia Europejska (UE) czy Stowarzyszenie Państw Azji Południowo-Wschodniej (Association of Southeast Asian Nations – ASEAN), są tego przykładem. Przy czym ASEAN to głównie forum dla regionalnych przedsięwzięć globalnej współpracy gospodarczej. Stowarzyszenie Państw Azji Południowo-Wschodniej nie tworzy wspólnych projektów wokół sfery kulturowej i wartości czy koncepcji ideologicznych. Realizują to natomiast niektórzy członkowie tego ugrupowania. Unia od współpracy gospodarczej doszła do formułowania wspólnych koncepcji politycznych oraz odnoszących się do sfery wartości podstawowych. Przykładem takich działań jest powstanie Traktatu Konstytucyjnego dla Europy. Wymienione organizacje powoli wypierają czy częściowo wchłaniają XIX-wieczną konstrukcję państwa narodowego. I nie chodzi już o integrację w skali lokalnej, ale o tworzenie dużo szerszych regionów ponadoceanicznych czy ponadkontynentalnych. W tej przestrzeni łatwo o konfrontację, którą jedne państwa chcą podtrzymywać, a drugie minimalizować. Taka sytuacja rozbudziła nacjonalizmy, które powoli przerodziły się we współczesny ponadnacionalizm²⁶. Widoczne jest to w determinacji czytelnych opcji działania po stronie podmiotów stosunków międzynarodowych.

Nadal Europa i Azja są antagonistami w dialogu o przyszłości świata. Spotkać można zarówno bardzo emocjonalne argumenty, jak i liczne uproszczenia w analizach. Ogniskują się one głównie na ocenach dotyczących organizacji międzynarodowego życia politycznego, społecznego czy rozumienia demokracji i związanych z nią praw człowieka. Zjawisko konfrontacji łączy się w tym przypadku z psychologiczną postawą niechęci wobec Zachodu. Ma to nie tylko odniesienie do kolonialnej historii kontynentu azjatyckiego, ale także do utrzymującej się nadal dominacji kultury i wartości Zachodu nad cywilizacjami pozaeuropejskimi²⁷. Uważa się często, iż rządy niektórych państw, nawet współpracujących z Zachodem, nie są pełnoprawnymi partnerami w takiej komunikacji międzykulturowej²⁸. W świetle takich poglądów

²⁵ S. P. Huntington, *Will More Countries Become Democratic?*, „Political Science Quarterly” 1984, nr 99, s. 193–201.

²⁶ Zob. szerzej: A. W. Jelonek, op. cit., s. 97–100.

²⁷ Por. Ch. Klibi, *L’islam est-il un obstacle au progrès?*, „Jeune Afrique” 2001, nr 2130, s. 6–12, 24–25.

²⁸ Zob. szerzej: S. Hoffman, *Pourquoi l’Amérique doit être modeste*, „Jeune Afrique” 2001, nr 2130, s. 9–12, s. 23

odnotować trzeba dążenie Europy do tworzenia klimatu sprzyjającego przekraczaniu granicy marginalizacji innych cywilizacji, a tym samym ich wartości podstawowych. Czasami nie zwraca się uwagi na to, że już znajdujemy się w fazie, kiedy niektóre „azjatyckie” zasady możemy odnaleźć w społeczeństwach europejskich, a zachodni styl życia w społecznościach azjatyckich. Sprzyja temu częściowo globalizacja i internacjonalizacja wielu procesów. Globalizacja w zasadzie objęła wszystkie wielkie mocarstwa azjatyckie, ale stopień ich zaangażowania jest różny. Największym beneficjentem tego procesu w Azji stały się Chiny i to nie tylko w sensie gospodarczym.

Analiza przyszłych wariantów i perspektyw rozwoju sytuacji w Azji nie jest przedmiotem tego opracowania. Można jednak wskazać na główną tendencję – pod wpływem procesów globalizacji Azja coraz bardziej będzie wchodzić w nowe układy polityczne i gospodarcze, co nie powinno destabilizować jej struktur geopolitycznych, a raczej stymulować aktywność do włączenia się w nowe układy. Tym sposobem zmniejszyć się może konfrontacyjna rywalizacja międzynarodowa na rzecz bardziej zmodyfikowanej. Trudno w tej chwili wyrokować, czy wpłynie to na zwiększoną współpracę czy też stworzy nowe płaszczyzny podziałów, głębszych niż obecne. Nowe siły ponadnarodowe zdecydują o tym, czy kategorie wartości podstawowych mogą stać się środkiem ich ekspansji, czy zasadniczą rolę odegrają inne interesy.

Cywilizacyjne spojrzenie na współczesny świat czasem wydaje się nieodpowiednie, a nawet niebezpieczne. Postawmy jednak pytanie ogólne, czy nie należy próbować spojrzeć na porządek międzynarodowy z nowej perspektywy i w kontekście szerszych procesów?

3. Nowe płaszczyzny odniesienia w dialogu cywilizacji

Stosunki między cywilizacjami, z uwypuklaniem odrębności, nabrały dużego znaczenia głównie w latach 80. ubiegłego stulecia. Przyczyn tej sytuacji możemy dopatrywać się w wielu źródłach, ale opisywanie ich nie jest tematem niniejszej analizy. Bardzo szybko do dialogu między cywilizacjami włączyły się organizacje międzynarodowe o zasięgu globalnym i regionalnym. Organizowano konferencje, pisano specjalne programy i tworzone projekty pod auspicjami ONZ, w tym UNESCO, a rok 2001 został ogłoszony Rokiem Dialogu między Cywilizacjami i Kulturami²⁹. Kontakty między Unią Europejską a Stowarzyszeniem Państw Azji Południowo-Wschodniej zostały zdyktowane szczególnie po zakończeniu „zimnej wojny”. W latach 90. zapoczątkowano współpracę na równoprawnych zasadach. Unia podjęła nowe

²⁹ Przykładem może być program zapoczątkowany w 1987 r. pt. „Jedwabny Szlak – droga do porozumienia”.

inicjatywy, a uzgodnień dokonywano na szczęblu ministrów spraw zagranicznych państw należących do obu ugrupowań. Szybki rozwój Azji Południowo-Wschodniej w ramach ASEAN, utworzenie strefy wolnego handlu i likwidacja wielu barier handlowych i prawnych niewątpliwie ułatwia kontakty obu ugrupowań. W 1994 r. opracowano w Unii „Nową strategię dla Azji”, druga strona natomiast zaproponowała powołanie szerszego forum dialogu i współpracy Europy z Azją Wschodnią³⁰. Niewątpliwym sukcesem było pierwsze spotkanie na szczycie (UE i ASEAN + Japonia, Chiny i Republika Korei), które odbyło się w Bangkoku w 1996 r. Nowe forum Spotkań Europy i Azji (Asia-Europe Meeting) zostało już powiększone o przedstawicieli Komisji Europejskiej³¹.

Co dwa lata organizowane są spotkania omawiające poszczególne sektory gospodarcze. Biorą w nich udział kręgi biznesu i przedstawiciele samorządów. Dyskutuje się także na temat ważnych problemów (np. zwalczanie terroryzmu czy handlu narkotykami). Rozwijana jest robocza współpraca, wymiana naukowa i kulturalna o charakterze dwu- i wielostronnej. Spotkania dotyczą tak zróżnicowanej tematyki, jak walka z zanieczyszczeniami, funkcjonowanie więziennictwa, infrastruktury czy obrona własnej tożsamości kulturowej przed amerykańską³².

Wyzwania, które stoją przed Europą i Azją, stanowią inspirację dla obu stron. Pozytywnym elementem tej współpracy jest przyjęcie przez ASEAN zasady otwartości na kontakty ze światem zewnętrznym. Z tego powodu ASEAN nie utworzyło hermetycznej unii politycznej czy zbiurokratyzowanych organów ponadpaństwowych na wzór UE. Dalszym wyrazem tych tendencji było powołanie Regionalnego Forum (Regional Forum), do którego należą państwa niebędące członkami ASEAN. Zainteresowane jest ono ogólnoregionalnymi i ponadregionalnymi przedsięwzięciami. Najczęściej preferuje się współpracę nieformalną, a wszystkie decyzje podejmowane są w drodze consensusu. Podkreślić należy, że jest to jedyne forum w Azji, które zajmuje się także sprawami pokoju i bezpieczeństwa³³.

Chińska Republika Ludowa nie jest członkiem ASEAN, ale stała się głównym partnerem spotkań, na których nie unika się kontrowersyjnych tematów, w tym dyskusji o prawach człowieka³⁴. Cel polityki UE wobec Azji jest dwupłaszczyznowy: wzrost współpracy gospodarczej i politycznej. Azja jest obecnie najszybciej rozwijającym się regionem świata, umacnia swój

³⁰ Zob. [online] <www.asean.or.id/historyk/overview.htm>; <www.asean.or.id/polities/ov-psc.htm>.

³¹ Zob. [online] <www.asean.or.id/polities/ov-psc.htm>; Y.L. Hwee, *The Bangkok ASEM and the Future of Asia – Europe Relations*, „Southeast Asian Affairs”1997, s. 40–44.

³² Szerzej: M.S. McDougal, H.D. Lasswell, L. Chen, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, Yale University Press, New Haven – London 1980, s. 270–280.

³³ Zob. [online] <www.asean.or.id/polities/ov-psc.htm>.

³⁴ Ibidem.

potencjał wojskowy, wdraża najnowsze technologie i w dużej mierze decyduje już o swoim bezpieczeństwie. Właściwie po osiągnięciu określonego wzrostu gospodarczego zmieniły się cele ASEAN – na pierwszy plan wysuwa się teraz kwestie stabilności i pokoju. Azja z powodzeniem rywalizuje z Europą i wyzbywa się kompleksów z epoki kolonialnej. Jest to nadal przestrzeń, która pozostaje polem rywalizacji pomiędzy Europą a Stanami Zjednoczonymi³⁵.

Zainteresowanie UE tym regionem to także forma uczestnictwa Europy w procesie globalizacji. W kontaktach tych odchodzi się od nadmiernych przejawów europocentryzmu czy paternalizmu, eksponowana jest równość stron, okazywany jest szacunek. Preferuje się przy tym nieformalne kanały dyplomatyczne, bez wiążących umów i ogłaszania stanowisk przed kamerami. Efektywność dotychczasowej współpracy wymusza utrzymanie właśnie takiej formy, jako najbardziej akceptowanej przez obydwie strony. W różnej skali uczestniczą w tym również Rosja, Chiny i Japonia.

Strategię UE w stosunku do Azji można zdefiniować następująco: obustronne umacnianie stabilności polityczno-ekonomicznej, budowanie przestrzeni bezpieczeństwa bazującej na politycznym dialogu, pogłębianie współpracy gospodarczej i dążenie do tworzenia różnorodnych powiązań między społeczeństwami obydwu regionów. Kraje członkowskie ASEAN pod każdym względem charakteryzują bardzo duże różnice, większe niż pomiędzy krajami UE. Ale idei rozwoju integracji nie można ograniczyć tylko do kategorii materialnych. Ten sposób rozumowania jest często kontestowany przez inne cywilizacje. Szczególną uwagę zwraca się na zagrożenia i nierówności, których nie rozwiązał żaden nowoczesny system gospodarczy. Toczące się debaty cywilizacyjne i kulturowe są swoistą recenzją transformacji gospodarczej, która dokonuje się w krajach o niższym poziomie rozwoju i wysoko rozwiniętych gospodarkach rynkowych.

Ubocznym efektem współczesnego rozwoju jest wzrost negatywnych tendencji o charakterze społeczno-kulturowym i politycznym. Ma to swoje odbicie w procesach międzynarodowych, nowych koncepcjach i interpretacjach zjawisk w skali globalnej³⁶. Podkreśla to od wielu lat J. Galtung, twierząc, iż takiemu rozwojowi towarzyszą spore koszty, wśród których wymienia: „pomijanie humanistycznego aspektu jednostek ludzkich, zaniechanie aspektu społecznego w interakcjach międzyludzkich w wymiarze indywidualnym i międzynarodowym, nieuwzględnianie aspektu kulturowego”³⁷. Stąd

³⁵ E. Haliżak, *Stosunki międzynarodowe w regionie Azji i Pacyfiku*, Warszawa 1999, s. 131, 369–384; E. Haliżak i R. Kuźniar (red.), *Stosunki międzynarodowe – geneza struktura dynamika*, Warszawa 2000, s. 412–420.

³⁶ J. Kukułka, *Polityka zagraniczna jako element procesu oddziaływań międzynarodowych*, [w:] J. Kukułka (red.), *Zmienność i instytucjonalizacja stosunków międzynarodowych*, Warszawa 1988, s. 148–151.

³⁷ J. Galtung, *Peace by Peaceful Means. Peace and Conflict. Development and Civilization*, Oslo 1998, s. 129.

nadal pozostaje aktualne pytanie: Jaki rozwój w skali globalnej i jaka modernizacja?

W literaturze przedmiotu znajdujemy różne typologie procesów rozwojowych, zwykle nadmiernie uproszczone i kontrowersyjne. I to jest przyczyną, moim zdaniem, z jednej strony konfrontacji, a z drugiej poszukiwania optymalnych koncepcji i schematu współczesnych stosunków międzynarodowych. Pełna świadomość tej sytuacji jest powoli widoczna po obu stronach. W związku z tym konieczny jest dialog, współdziałanie i humanistyczny rozwój. Dialog rozumiem tutaj zasadniczo jako postawę społeczną, otwartą na wzajemną komunikację. W wymiarze międzynarodowym oznacza to także bardziej sprawiedliwą dystrybucję dochodów między bogatymi i biednymi krajami, ich współpracę oraz pomoc w przechodzeniu do gospodarki rynkowej. Kluczową sprawą staje się zatem komplementarność w kierunkach rozwoju³⁸.

Dyskusje ogniskujące się wokół prognoz polityczno-prawnych, dotyczących relacji między cywilizacjami obecnie i w przyszłości, toczą się w gremiach intelektualistów i polityków na całym świecie. Dotyczą one głównie trzech najbardziej głośnych i modnych prognoz politycznych. Mam tu na myśli ogłoszony przez F. Fukuyamę „koniec historii” – mówiący o zwycięstwie liberalnej gospodarki; zdiagnozowany przez J.M. Gučhenno „koniec demokracji” – wskazujący na nową alternatywę „sieciovą”, a także „zderzenie cywilizacji” przewidywane przez S. P. Huntingtona – negujące uniwersalną cywilizację. Wymienione koncepcje globalnego porządku nie muszą wcale doprowadzić do konfrontacji. Właściwie mamy do czynienia z trzema zróżnicowanymi wizjami porządku światowego. Pierwsza zdaje się jakby za bardzo optymistyczna pod względem przejścia ideałów liberalnej demokracji w ujęciu powszechnym. Druga zdecydowanie zawiera nową wizję ekonomiczną, która ma uporządkować świat. Trzecia natomiast wydaje się zbyt pesymistyczna odnośnie do przyszłego dialogu międzycywilizacyjnego. Żadna z nich nie podkreśla jednak wiodącej roli praw człowieka i nie idealizuje rzeczywistości³⁹.

Paradoksalnie, właśnie po 11 września 2001 r. szukanie porozumienia stało się bardzo potrzebne. Prawdziwy pokój, o co zabiegają wszyscy, możliwy jest tylko przy nawiązaniu równorzędnej współpracy i doprowadzeniu do zrozumienia międzykulturowego. Wydaje się, że koncepcja dialogu między cywilizacjami jest ideą coraz bardziej uświadamianą. Jednak „zapatrywania będą ścierały się z sobą”, jak twierdził Herodot, i trudno to wyeliminować⁴⁰.

³⁸ Przykładem takich działań była Agenda 21 Programme of Action for Sustainable Development, United Nations, New York 1993.

³⁹ Por. A. Belden Fields, *Rethinking Human Rights for the New Millenium*, New York 2003, s. 22–34.

⁴⁰ Herodot, op. cit., s. 97.

4. Humanistyczna wizja integracji i koegzystencji państw czy „strukturalizm” życia międzynarodowego?

Można na wstępie postawić pytanie, czy projekt Traktatu Konstytucyjnego UE jest dokumentem ułatwiającym dialog międzykulturowy i czy tworzy pomost międzykulturowy? Konwent Europejski, podejmując prace z zakresu ochrony praw podstawowych, miał świadomość, iż będzie łączył nie tylko różnego rodzaju materiał normatywny, ale i historyczno-kulturowy. To dawało dość złożoną materię prawną-ideologiczną, pomimo że dyskutowano o wartościach uniwersalnych, należących do tego samego kręgu cywilizacyjnego. Właściwie znaleźć można tam było wszystkie wątki, które pojawiały się w światowej dyskusji o uniwersalizmie i relatywizmie praw człowieka. Dlatego też twórcy Karty Praw Podstawowych już na wstępnym etapie, dla większej przejrzystości, powiązali prawa podstawowe z sześcioma równorzędnymi wartościami, takimi jak: godność, wolność, równość, solidarność, prawa obywateli i sprawiedliwość⁴¹. Zdawano sobie sprawę, iż nie wszystkie państwa członkowskie są na tym samym poziomie powiązań prawnych. Dlatego też zostały wymienione jedynie: Traktat o Unii Europejskiej (TUE), Traktaty Wspólnotowe i Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolnościach (EKPC) (ust. 5 Preambuły KPP). W powiązaniu z art. 53 i 52 Karty europejski normatywny system praw człowieka tworzy czytelne granice ochrony praw człowieka, które nie mogą być niższe niż zagwarantowane w EKPC. Zawiera się on zasadniczo w dorobku konstytucyjnym państw, systemie strasburskim i luksemburskim. Nie można jednak postawić tezy, iż system ten jest jednolity⁴². Możemy zatem postawić pytania: Jak obywatel UE korzysta z instrumentów ochrony swoich praw? Czy zastosowane w Europie rozwiązania mogą się stać atrakcyjnym wzorem dla innych kultur i cywilizacji?

Prawom podstawowym przyznano w Unii jednoznacznie zasadniczy charakter. Gwarantują je instytucje i organy UE /Wspólnot i Rady Europy. Praw nie można ograniczać i przysługują one każdemu. Postanowienia wiążą korzystanie z tych praw z odpowiedzialnością i obowiązkami wobec „innych osób, wspólnoty ludzkiej i przyszłych generacji” (ust. 6). Jednoznacznie więc stwierdzono, iż prawa i wolności człowieka ściśle łączą się z odpowiedzialnością i obowiązkami wobec ludzi i dobra wspólnego⁴³. Jest to zatem nowoczesne dualistyczne ujęcie.

⁴¹ Pierwotnie w projekcie Karty wartości określano jako „zasady” – *Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej. Tekst z objaśnieniami Sekretariatu Konwencji*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 7. W literaturze istnieje również pogląd, że w Karcie najważniejszą rolę odgrywa zasada nienaruszalności godności ludzkiej.

⁴² C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1993, s. 21–30, 45 i nast.

⁴³ Updated Explanations Relating to the Text of the Charter of Fundamental Rights. CONV 828/1/03. Brussels 18.06.2003. Szerzej na temat dobra wspólnego zob. D. Hübner, *Czy dobro Europy jest dobrem Polski?*, [w:] *Dobro wspólne. Forum Dialogu. Gdański Areopag*, Gdańsk 2001, s. 56–62, a także debata s. 10–41.

Generalną zasadą Unii jest ochrona praw podstawowych. Ma to wymiar polityczny i moralny, a jednocześnie legitymizuje wszystkie działania Unii. Wskazuje się, że Unia „zbudowana jest na [...] zasadach ludzkiej godności, wolności, równości i solidarności”⁴⁴. Następnie podkreśla się, że narody Europy łączą „wspólne wartości”, aby wszyscy mogli żyć w bezpieczeństwie i pokoju. Mając to na uwadze, UE rozwija różnego rodzaju partnerską współpracę na rzecz tworzenia wspólnego obszaru pokoju, stabilności i dobrobytu. Dotyczy to nie tylko przestrzeni azjatyckiej, ale także śródziemnomorskiej, w tym Afryki Północnej⁴⁵. Celem tych działań jest wzmocnienie dialogu politycznego i współpracy w dziedzinie bezpieczeństwa. Na początku najczęściej podpisywano umowy dwustronne, ale obecnie UE prowadzi politykę globalną, multilateralną. W związku z tym, zgodnie z deklaracją barcelońską, państwa członkowskie godzą się na odejście od układu bilateralnego na rzecz współpracy globalno-solidarnej⁴⁶.

W świetle prezentowanych tu rozważań niezwykle istotna jest deklaracja, iż rozwój i promocja europejskich „wspólnych wartości” odbywać się będzie z „poszanowaniem różnorodności kultur i tradycji narodów Europy” (ust. 3), przy czym można przypuszczać, że azjatyckich także. Wspólne wartości powiązane z pokojową przyszłością (ust. 1) i z tradycją narodową państw członkowskich. Wskazane zostało jednak tylko dziedzictwo duchowe i moralne (ust. 2), nie mówi się o tradycjach politycznych i religijnych⁴⁷. Z punktu widzenia komunikacji międzykulturowej jest to bardzo wyważone stanowisko. Z wiadomych względów było ono krytykowane szczególnie przez Hiszpanię, Polskę i Włochy. Za dziedzictwo polityczne możemy uważać stwierdzenie zawarte w Preambule KPP, iż Unia oparta jest na zasadach demokracji i na rządach prawa. Podkreśla się kulturowo-historyczny obraz wartości, ale bez europejskiej puryfikacji i gloryfikacji. Wartości europejskie nie zostały przedstawione jako nadrzędne i jedynie słuszne. Nie ma w tekstach jednoznacznego odwołania się do Boga, a tym samym aspekt ten został dyplomatycznie pominięty. Dwa podstawowe dokumenty UE ostatnich lat (KPP i TK), mają charakter laicki i tak też są postrzegane. Wydaje się, że coraz wyraźniej rysują się zmiany w strategii Unii wobec krajów pozaeuropejskich.

⁴⁴ *Karta Praw...*, s. 7. W tekście projektu KPP używany był termin „zasady” (*principles*), po poprawkach zamieniono go na „wspólne wartości” (*common values*).

⁴⁵ Komisja Europejska, *Europe and the Mediterranean: Towards a Closer Partnership*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2003, s. 5–16.

⁴⁶ Zob. szerzej: W. Waszczykowski, *Bliskowschodnie dylematy Unii Europejskiej. Zadania dla Polski*, „Polska w Europie” 2004, nr 2 (46), s. 36–40; R. Gillespie, *Introduction: The Euro-Mediterranean Partnership Initiative*, „Mediterranean Politics” 1997, vol. 1, nr 1, s. 1–8.

⁴⁷ Odwołanie się do wspólnego dziedzictwa religijnego wzbudziło podczas prac przygotowawczych kontrowersje. Bardzo silną presję na laicki charakter tekstu Karty i projektu konstytucyjnego wywarła Francja. Zagroziła nawet odrzuceniem KPP, gdy będzie w niej mowa o „dziedzictwie religijnym”. Szerzej [online] <<http://religion.org.fr>>.

Piotr Krajewski
Olsztyn

Prawo do środowiska niezbywalnym prawem człowieka

Problematyka prawa do środowiska jest zagadnieniem niezwykle interesującym, ponieważ stanowi grupę tematów całkowicie nowych, wpisujących się w szerszy kontekst praw człowieka oraz łączących przeciwstawne do siebie prawa indywidualne i społeczne, oferując nowy model praw podmiotowych, w którym prawa indywidualne ściśle łączą się z prawami społecznymi. Prawo do środowiska jest też propozycją zacieśnienia wzajemnych związków w pozornym konflikcie interesów pomiędzy jednostką a społeczeństwem. Relacje te wyrażają się też w rozwoju duchowym i materialnym tegoż społeczeństwa, kreując nowe powiązania pomiędzy osobą a społecznością.

Prawa jednostki w nowoczesnej formie, jak wiadomo, sformułowano i upowszechniono po Wielkiej Rewolucji Francuskiej, silnie wiążąc je z prawem do własności indywidualnej, rozumianym jako prawo do pełnego i wyłącznego korzystania i dysponowania rzeczą. Prawa te, pomimo że były tworem nowo opracowanego systemu prawnego, uznano za naturalnie wpisane w naturę człowieka, a więc znajdujące swe uzasadnienie w prawach natury. Kodyfikacja francuska charakteryzowała się jednak pewną niedoskonałością. Traktowała ona jednostkę w oderwaniu od społeczeństwa, zapominając o podstawowych potrzebach indywidualnych w procesie jej pełnego rozwoju. Stąd tak wiele uwagi poświęcono właśnie własności prywatnej, która miała gwarantować ochronę indywidualnych potrzeb człowieka.

Indywidualistyczna wizja prawa przetrwała do roku 1919. Wówczas to w konstytucji weimarskiej po raz pierwszy zapisano, że własność prywatna zyskuje ochronę prawną ze względu na swą funkcję społeczną. Historyczne przeorientowanie polegało właśnie na przejściu od dobra indywidualnego do dobra wspólnego. Zmiana ta stała się furtką szybko od tej pory rozwijających się praw przysługujących całemu społeczeństwu; ochrona praw przysługuje nie dlatego, że się „ma”, ale dlatego, że się „jest”. Innymi słowy, to wartość osoby ludzkiej jest usprawiedliwieniem i podstawą prawa.

Konstytucje powstające po drugiej wojnie światowej są bezsprzecznie tylko udoskonaleniem konstytucji weimarskiej, ale jakże znaczącym. Człowiekowi przypisano w nich wartość aksjologiczną i deontologiczną – nigdy wcześniej niespotykaną. Doszło wręcz do „konstytucjonalizacji” praw człowieka i to nie tylko w tradycyjnych konstytucjach państw europejskich, ale też np. w traktacie z Maastricht¹. Od tego momentu możemy mówić, iż prawa człowieka z praw indywidualnych przekształciły się w prawa całej wspólnoty ludzkiej. Prawo indywidualne jest prawem społeczeństwa, ponieważ stanowi prawo członka społeczności, będącego częścią całości. Prawo społeczne zakłada istnienie koncepcji wszechstronnego rozwoju osoby ludzkiej, która w pełni może się realizować wyłącznie w obrębie społeczności. Prawo do środowiska w tym układzie należy zaliczyć do praw podstawowych. Należy ono do jednostki jako członka wspólnoty i przyczynia się do pomnażania dobra wspólnego.

Te dwa aspekty prawa do środowiska dostrzega się jasno dopiero analizując problem z punktu widzenia przysługujących możliwości korzystania z niego. Jeżeli chodzi o czerpanie korzyści, to prawo do środowiska jest prawem indywidualnym, a to oznacza, że każdy może z niego korzystać w zależności od potrzeb, jednakże przy poszanowaniu jednakowego prawa nie tylko wszystkich innych członków społeczeństwa, ale i przyszłych pokoleń. Społeczny wymiar prawa do środowiska wyraża się w fakcie, że środowisko naturalne należy do wszystkich, toteż każdy ma zarówno prawo, jak i obowiązek zarządzania i chronienia go w interesie własnym i innych.

Wytlumaczenie, dlaczego tak się dzieje, jest niezwykle proste. Uznając istnienie prawa do życia i prawa do doskonalenia jakości tego życia (czego nikt dzisiaj nie neguje), siłą rzeczy należy też uznać istnienie prawa do środowiska. Wszak truizmem jest mówienie, że niszcząc środowisko lub tylko je naruszając, bezpośrednio narażamy lub oddziałujemy na życie człowieka. Toteż słusznie prawo do korzystania ze zdrowego środowiska znalazło swe miejsce w Deklaracji ONZ (Sztokholm 1972) i w konstytucjach większości krajów świata².

Nieco trudniej jest mówić o prawie do środowiska całego społeczeństwa. W tym miejscu siłą rzeczy trzeba wrócić do koncepcji własności, ponieważ tylko prawo własności decyduje o prawie do korzystania z jakiegoś dobra, o obowiązku jego ochrony i ewentualnym ekonomicznym wykorzystaniu. Gdyby środowisko należało do państwa, o sposobie jego wykorzystywania i ograniczeniach decydowałyby instytucje; indywidualni obywatele np. nie mogliby

¹ Traktat o Unii Europejskiej, art. 6 ust. 2: „Unia szanuje prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [...] oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla Państw Członkowskich, jako zasady ogólne prawa wspólnotowego”.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej reguluje to w art. 68 ust. 4. Kwestii ekologicznej w całości poświęcone są art. 74 i 86.

ingerować, widząc nadużycia lub akty grabieży dóbr naturalnych, dokonywane na polecenie organów państwowych. Jeżeli natomiast środowisko należy do społeczeństwa, państwo może ingerować jedynie jako zarządzający. W tym układzie jest zmuszone zdawać relację i odpowiadać za swoje działania przed obywatelami. Jak widać, prawo do środowiska jest prawem własności wspólnej.

Własność wspólna, pomimo że podobnie jak własność indywidualna charakteryzuje się zmienianiem się podmiotu posiadającego i przedmiotu posiadania, różni się od niej wartością przypisywaną przedmiotowi. Podczas gdy w przypadku własności prywatnej wartość przedmiotowi nadaje sam podmiot i może z nim postępować według własnej woli, to przy własności wspólnej alternacja lub niszczenie tego dobra ze względu na konieczność zapewnienia wszystkim członkom jednakowego dostępu do niego są niedopuszczalne. To oznacza, że jeżeli chce się środowisku naturalnemu przypisać wartość samą w sobie, instytucja własności wspólnej – wyłączająca możliwość rozszczenia do niego pełni praw ze strony jednostki – jest najbardziej odpowiednim narzędziem zapewniającym ochronę. Tylko w ten sposób ingerujący we własnym interesie (będącym częścią interesu wspólnego) działa jednocześnie w ochronie wartości samej jako takiej i ochronie interesu wszystkich innych członków wspólnoty. Od tej strony chroni się nie tylko dobro jednostki, tak jak w przypadku własności prywatnej, ale też istnienie zarówno tego podmiotu, jak i przedmiotu³.

Dalsze rozważania wymagają przede wszystkim zdefiniowania koncepcji środowiska, a następnie doszukania się podstaw jego prawnej ochrony – czy środowisko może być uważane za dobro, jaka jest jego wartość ekonomiczna i prawna oraz czy prawo do środowiska przyznaje się wspólnocie społecznej?

Środowisko naturalne zazwyczaj jest utożsamiane z biosferą⁴. W celu określenia zakresu ochrony prawnej środowisko definiuje się jako zbiór dóbr naturalnych i kulturalnych, mających znaczenie dla życia człowieka i jego jakości. W takim ujęciu ważne są więc nie tylko dobra oferowane przez przyrodę, ale i dobra będące wytworem samego człowieka.

Przy rozpatrywaniu problemu prawnej ochrony środowiska należy przede wszystkim brać pod uwagę element etyczny i ekonomiczny. Analizując temat od strony etyki, od pewnego czasu obserwuje się przechodzenie od antropocentryzmu do biocentryzmu. Powodem tego są powszechnie obserwowane zmiany w biosferze. Człowiek przez wieki uważany był za jedyną war-

³ Instytucja własności wspólnej ma również tę swoistą właściwość, że upodmiotawia ochronę prawa rzeczowego. Podczas gdy nieobca jest nam ochrona prawa podmiotowego, które służy ochronie interesów indywidualnych, i ochrona prawa rzeczowego, chroniącego interesy publiczne i kolektywne, z punktu widzenia własności kolektywnej można przypuszczać, że ochrona prawna może być uruchamiana również przez jednostki.

⁴ Cfr. P. Trojan, *Ekologia ogólna*, PWN, Warszawa 1977, s. 285.

tość zasługującą na ochronę. W obliczu zniszczeń dokonywanych przez ludzkość, świecka koncepcja świata odbiera mu tę uprzywilejowaną pozycję. Wzrost świadomości indywidualnej i społecznej, dokonujący się równoległe z postępującym niszczeniem dóbr naturalnych, doprowadził do sytuacji, kiedy to uzmysłowiono sobie istnienie niebezpieczeństw dla życia, wynikających z degradacji otaczającego świata. Wówczas dopiero w pełni uświadomiono sobie, że człowiek stanowi integralną część natury i jest od niej w pełni uzależniony. W ten sposób wartość, jaką jest człowiek, nierozzerwalnie połączono z wartością, jaką stanowi środowisko, dochodząc do słusznego wniosku, że dla ochrony człowieka należy otoczyć ochroną środowisko. Efektem tego jest zyskujący coraz większe uznanie biocentryzm: przyznanie człowiekowi specjalnego statusu spośród innych bytów również zasługujących na poszanowanie. W ten sposób środowisko jako wartość wymagająca ochrony zyskało pierwszy atrybut pozwalający oczekiwać ingerencji prawa – w sytuacjach, które tego wymagają.

Ochronna funkcja prawa jest ewidentna w przypadku dóbr o wartości ekonomicznej. Od tej strony również środowisko musiało czekać bardzo długo na interwencję systemu prawnego. W odróżnieniu od innych rzeczy, mających tradycyjnie trzy charakterystyczne cechy pozwalające zaliczyć je do dóbr ekonomicznych, tj. dostępność, użyteczność i wyjątkowość, środowisku brakowało tej trzeciej, ponieważ ze względu na powszechną dostępność i przekonanie o nieograniczonych możliwościach samoodtwarzania się bogactw, natura nie stwarzała problemów w relacjach interpersonalnych i instytucjonalnych, które wymagałyby ingerencji prawa. Dopiero gwałtowny rozwój przemysłu i trudności z dostępem do określonych dóbr naturalnych uświadomiły ich ograniczoność i nierównomierne możliwości w korzystaniu. Od tego momentu uzmysłowiono sobie ekonomiczną wartość środowiska jako dobra pozwalającego zaspokajać potrzeby indywidualne i kolektywne⁵. Typowo cywilistyczne podejście do rzeczy w tym wypadku musiało ustąpić szerszej i bardziej obiektywnej koncepcji kolektywistycznej. Dostrzeżono, że skoro dobra, które nie posiadają wartości samej w sobie, uzyskują ochronę prawną tylko ze względu na to, że są czyjąś własnością, to dobra, które są wartością samą w sobie i mają duże znaczenie społeczne, muszą nabywać wartości prawnej i zyskiwać podobną ochronę. Dotyczy to właśnie środowiska. Dokonując tego udowodniono, że system prawny nie tylko bezpośrednio chroni środowisko życia za pomocą prawa rzeczowego (powierzając państwu jego ochronę), ale przyznano też, iż należy ono do całej społeczności ludzkiej. W ten sposób dokonało się swego rodzaju „upodmiotowienie” prawnej ochrony rzeczy. Dzięki temu pojedynczy obywatel może prawnie ingerować w interesie wszystkich ludzi.

⁵ K. Dziadosz, *Racjonalność ekologiczna w prawie i polityce*, Olsztyn 2000, s. 21–22.

Początki tego procesu sięgają zamierzchłej przeszłości, kiedy to juryści rzymscy kładli solidne fundamenty pod współczesną wiedzę prawniczą. Opracowując perfekcyjnie teorię *res*, pominieli problem teorii dobra prawem chronionego. Wówczas nie było to tak ważne, jak dla współczesnych systemów prawa. Problem przynależności dóbr naturalnych rozwiązano w oparciu o wartość samą w sobie, jaką reprezentowała natura, tzn. w oparciu o jej przydatność indywidualną lub kolektywną. Dla prawników rzymskich przynależność dobra do wszystkich nie wykluczała możliwości przywłaszczenia jego części przez jednostkę. Znaczący w tej kwestii okazuje się fragment D. 41.1.14 pr., który wprowadza nową kategorię pośród wszystkich *res* pozostających do dyspozycji człowieka. *Res communes*⁶ dało początek nowej myśli w obrębie praw przynależnych wszystkim ludziom. Niezależnie od motywów, którymi kierował się starożytny prawodawca, koncepcja *res communes* została przyjęta tak w *Instytucjach*, jak i w *Digestach*⁷. Wynika z tego, że wprowadzenie jej do prawa justyniańskiego miało swoje uzasadnienie i nie było dziełem przypadku.

Istnienie rzeczy, które z mocy prawa naturalnego są „wspólne” nie tylko dla wspólnoty obywateli, ale i dla wszystkich innych ludzi, nadaje dodatkową wartość tej wspólnoty. Idea *res communes omnium* (Marcjanus D.1.8.2)⁸ precyzowała sferę działania *ius naturale*, w stosunku do którego wszyscy ludzie powinni być traktowani na równi (D. 50.17.32 Ulpianus: *quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*), a więc i ich prawa do niektórych przynajmniej dóbr również powinny być jednakowe. Teraz dopiero wydaje się oczywiste, dlaczego rzeczy, które na mocy prawa naturalnego były

⁶ Klasyczne pochodzenie tekstu D. 41.1.14 było krytykowane. A. Burdese (*Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino 1964, s. 200–201) i P. Bonfante (*Corso di diritto romano*, t. 2, Giuffrè, Milano 1966, s. 51 nn.), powołując się na źródła (s. 51–58) i doktrynę (s. 58–59), podważali istnienie *res communes* jako oddzielnej kategorii, będącej efektem spekulacji etyczno-filozoficznych Marcjanusa. Jurysta utożsamiał *res commune* z *res publicae*. Argumentem w tej dyskusji jest również brak śladu takiego podziału u Gaiusa. W źródłach powietrze nie jest uważane za *res*; woda bieżąca (bez odniesienia, iż jest to *res communis omnium*) pojawia się jedynie w D. 39.3.1.22 i C. 3.34.7; natomiast morze i brzeg uważano zarówno za *res publicae*, jak i *res publicae iuris gentium* (D. 50.16.112; D. 41.1.14.1; D. 43.8.3 pr; D. 41.1.50; D. 43.8.4; D. 41.3.45 pr; D. 41.1.65.1). Być może do czasów Gaiusa wymienione przez Marcjanusa *res* uważane były za *res publicae*. Prawdopodobnie powietrze nie było nawet uważane za *res*, podobnie jak ziemia czy światło słoneczne. Ciekie wodne natomiast mogły być kwalifikowane jako publiczne lub nie, w zależności od tego, jaki był status prawny koryta rzecznego lub brzegów. Natomiast morze i brzegi morskie uważano za *res publicae iure gentium* (D. 41.1.7.5) (cfr. P. Bonfante (*Corso...*, s. 51 nn.).

⁷ Różne opinie prawników dotyczące rzeczy włączanych do tej kategorii, ale i istnienia samej kategorii wskazują, że już wówczas nie mogła być ona całkowicie nieznaną jurystom klasycznym. Cfr. V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, wyd. 14, Napoli 1994, s. 169, przyp. 1.

⁸ D. 1.8.2 *Marcianus libro tertio institutionum. Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquirentur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

uważane za wspólne dla wszystkich, nie mogły być przejęte przez nikogo na własność⁹. Również i dziś jesteśmy przeświadczeni, że podobnie jak za czasów Justyniana *aer, aqua profluens* i *mare* ze swoimi *litora*, powinny należeć do wszystkich¹⁰.

Podobną klasyfikację znajdujemy w *Instytucjach* cesarza Justyniana¹¹. W grupie rzeczy wyłączonych spod prawa spadkowego, obok *res nullius, res publicae* i *res universitatis*, jurysta wyróżnia *res omnium communes*, tj. rzeczy nie należące ani do państwa, ani do miasta, ani też do poszczególnych jednostek. Pozostawione są one natomiast do użytku wszystkich ludzi.

Jaką wartość i jakie znaczenie ma termin *res communes omnium*? Wyraz *communis*¹² sugeruje to, co jednocześnie i w jednakowej mierze należy do osób lub rzeczy, o których się mówi. Chodzi tu więc o *res* nienależące ani do jednostek, ani nawet do wspólnot politycznych. Możliwość korzystania z nich pozostawiona jest do dyspozycji wszystkich ludzi¹³. Są to dobra, które w całości nie podlegają nikomu¹⁴. Nie pozwala na to ich natura, jak również prawo stanowione¹⁵. Z istoty tych dóbr wynika, że korzystać z nich może każdy człowiek, ale w taki sposób, aby nie odbywało się to ze szkodą dla innych ludzi. Oderwane w części od całości mogą jednak w pewnej mierze przejść pod władzę jednostek.

Wyraźne wyróżnienie tego rodzaju *res* w prawie justyniańskim mogło mieć na celu uchronienie ich przed nadmiernym wykorzystywaniem przez najbardziej „przedsiębiorczych”. Wprowadzenie instytucji dobra wspólnego wszystkich ludzi, wyraźnie różniącego się od *res publicae populi romani* i *res*

⁹ Nie mylić z *res nullius*, bowiem właścicielem rzeczy niczyich może stać się każdy. M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, s. 61.

¹⁰ Zauważmy, że w przeciwieństwie do dzisiejszego porządku prawnego i kształtującej go kultury, ze wspólnych wszystkim rzeczy ustawodawstwo rzymskie wymienia w pierwszej kolejności wody płynące, które dzięki swej nieustannej wędrówce między niebem a morzem zapewniają ciągłość życia. Nieprzypadkowo więc pojęcie „natura” wyjątkowo często spotykamy w odniesieniu do rzeczy nieożywionych w tytule *Pandette „de aqua et aquae pluviae arcendae”*. Należy zauważyć, że istnieje różnica pomiędzy korytem rzeki i jej brzegami, które uważane są odpowiednio za *res publica* i *res privatae* oddane do użytku publicznego, natomiast sama woda w rzece jest *communis omnium*. M.G. Zoz, op. cit., s. 61.

¹¹ I. 2.1pr. *Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur. quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuque acquiruntur, sicut ex subiectis aparebit.*

¹² Cfr. *Communis* – J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, wyd. 2, Kraków 2001, s. 179.

¹³ Podstawa i prawna natura tych rzeczy jak również ich odmiennosc od *res publicae* są obiektem dyskusji. Cfr. A. Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, I, s. 169; Costa, *Le acque nel diritto romano*, Bologna 1919, s. 111; C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni*, s. 13.

¹⁴ I. 2.1.5 *Litorum quoque usus publicus iuris gentium est, sicut ipsius maris: et ob. Id quibuslibet liberum est casam ibi imponere, in qua se recipiant, sicut retia siccare et ex mare deducere proprietates autem eorum potest intellegi nullius esse, sed eiusdem iuris esse, cuius et mare et quae subiacent mari, terra vel harena.*

¹⁵ D. 18.1.34.1. Dotyczy rzeczy, które *natura vel gentium ius vel mores civilitatis commercio exuerunt.*

universitatis, eliminowało ewentualne nieumiarkowaną ich eksploatację przez pojedyncze osoby¹⁶.

Z pobieżnej analizy wynika, że współczesna myśl prawnicza jest efektem dokonanego przed wiekami logicznego podziału rzeczy. Wracając do współczesnych systemów prawa, można skonstatować, że doświadczenia jurysprudencki rzymskiej i twierdzenia o wspólnej własności dóbr naturalnych i kulturalnych są widoczne tak w prawie międzynarodowym, jak i ustawodawstwie wewnętrznym poszczególnych państw. Opinia istnienia *res communes omnium* znalazła w ten sposób swe potwierdzenie. Dziś również otwarte morze i przestrzeń powietrzna nad nim oraz kosmos wraz z ciałami niebieskimi są do dyspozycji wszystkich. Podobnie można mówić o dobrach pozostających pod władzą państwa (morze terytorialne, powietrze, przestrzeń powietrzna), gdyż chroni się je nie wyłącznie dla dobra państwa i jego obywateli, ale dla całej wspólnoty ludzkiej. To samo dotyczy dóbr należących do państwa, tj. stanowiących majątek państwowy. Możemy wówczas mówić o formalnej własności państwa i rzeczywistej własności wspólnoty. To oznacza, iż własność przyznawana jest państwu jedynie w celu ochrony tych dóbr poprzez wskazanie podmiotu mogącego wykorzystywać środki prawne do ich ochrony. Wystarczy wskazać np. majątek państwowy w postaci wód i zbiorników wodnych, lasów, majątek artystyczny i historyczny, archeologiczny itd., który może i jest chroniony instytucjonalnie bez wyłączenia możliwości ingerencji (w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości) pojedynczych obywateli¹⁷.

Z tego wynika, że środowisko jako zbiór dóbr naturalnych i kulturalnych nadal pozostaje dobrem wspólnym i nawet jeżeli jakieś dobro na mocy prawa stanowionego staje się czyjąś własnością, wspólnota ludzka nie traci nad nią bezpowrotnie kontroli.

Należy jeszcze dodać, że dobra naturalne niosą ze sobą wiele różnych wartości i w związku z tym regulują je na swój własny sposób; mają więc odmienną wartość prawną. W efekcie ta sama rzecz może sobą reprezentować dwie różne wartości, np. las może być jednocześnie wartością materialną jednostki i ekologiczną dla wszystkich.

¹⁶ Ponieważ *res communes* nie mogą być przywłaszczane ani wykorzystywane ekonomicznie przez nikogo, nie mogą być też regulowane przez prawo. Próby porównywania z naturą mogły mieć na celu podkreślenie ich niezależnienia od prawa, szczególnie w zestawieniu z innymi rzeczami, *res publica*, *res universitatis*, *res nullius*, które na różne sposoby są szczegółowo regulowane przez prawo. Stwierdzenie, że rzeczy te są *communes omnium naturali iure* nie ma na celu wprowadzania nowej koncepcji prawa, a jedynie wskazanie stanu faktycznego istnienia dóbr wykraczających poza obszar działania prawa stanowionego.

¹⁷ Jak widać, spośród dóbr chronionych wyłączono grunty, które zasadniczo w całości stały się własnością indywidualną, prywatną lub państwową. Ale to nie oznacza, że wspólnota ludzi utraciła nad nimi jakąkolwiek kontrolę. Pomimo znacznego utwierdzenia się prawa własności właściciel gruntu nie ma całkowitej i absolutnej swobody dysponowania nim. Wykorzystanie go musi w pewien sposób uwzględniać również dobro wspólne.

W konkluzji należy jeszcze raz podkreślić, że podstawową cechą prawa do środowiska jest jego złożoność i konieczność mediacji pomiędzy prawami jednostki (własności indywidualnej) i prawami przysługującymi wszystkim ludziom (własności wspólnej). Może właśnie dlatego wszelkie uregulowania prawne w tym względzie okazują się niezmiernie trudne i wciąż niewystarczające.

Magdalena Sitek
Olsztyn

**Ochrona gatunków zagrożonych
i ich naturalnych legowisk
(Dyrektywa 2004/35/WE Parlamentu Europejskiego
i Rady z 21 kwietnia 2004 w sprawie podejmowania
działań prewencyjnych i naprawczych w zakresie
odpowiedzialności za szkody ekologiczne)**

Wprowadzenie

Jednym z podstawowych elementów polityki ekologicznej Unii Europejskiej (UE) jest ochrona nie tyle pojedynczych gatunków zwierząt czy roślin, ile całych ekosystemów. W tej perspektywie należy widzieć działania UE zmierzające do ochrony naturalnych legowisk zwierząt i ptaków, które są zagrożone przez budowę lub rozbudowę infrastruktury turystycznej czy drogowej na terenach atrakcyjnych, ale jednocześnie będących naturalnymi legowiskami.

Dyrektywę 2004/35/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie podejmowania działań prewencyjnych i naprawczych w zakresie odpowiedzialności za szkody ekologiczne podpisał przewodniczący Parlamentu Europejskiego P. Cox oraz przewodniczący Rady D. Roche. Ustawodawstwo wspólnotowe w tym zakresie jest dość obfite, w szczególności od końca lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia¹. Celem dyrektywy jest ustanowienie ram dla działań prewencyjnych i naprawczych podejmowanych w przypadku szkód ekologicznych, a w szczególności, gdy chodzi o określenie rzeczywistych kosztów społecznych tych działań. Konieczność takiego uregulowania prawnego wynika z faktu, że ustawodawstwo państw członkowskich w tym zakresie jest niewystarczające, stąd rodzi się konieczność wprowadzenia jednolitego ustawodawstwa wspólnotowego².

¹ Zob. M. Sitek, *Problemy ekologii w polityce prawnej i prawie Wspólnoty Europejskiej. Wkład do europejskiej kultury prawnej*, Toruń 1997, s. 19 n. Zob. również S. Sanni, *Diritto dell'ambiente. Principi fondamentali di diritto ambientale*, Milano 1994, s. 67 i n.

² Globalna polityka ochrony środowiska wywiera głęboki wpływ na politykę państw, organizacji międzynarodowych, w tym i Unii Europejskiej. To z kolei powoduje daleko idące zmiany w rozumieniu współczesnego państwa i jego zadań w tym zakresie. Więcej na ten temat zob. H. Juros, *Ochrona środowiska naturalnego a redefinicja państwa*, [w:] *Prawa człowieka w państwie ekologicznym*, Warszawa 1998, s. 67 i n.

Dyrektywa 2004/35/CE winna być stosowana w zbiegu z wcześniejszymi uregulowaniami wspólnotowymi, takimi jak: 79/409/EEC z 2 kwietnia 1979 r. dotycząca ochrony dzikich ptaków; 92/43/EEQ z 21 maja 1992 r. dotycząca ochrony naturalnych legowisk dzikiej zwierzyny; 2000/60/EC z 23 października 2000 r. dotycząca określenia ram działań dla ochrony wody. Ponadto powyższa dyrektywa winna być stosowana przy uwzględnieniu umów międzynarodowych wliczonych w aneksie IV³.

W art. 19 znajduje się obowiązek implementacji tej dyrektywy do wewnętrznego porządku prawnego państw członkowskich do dnia 30 kwietnia 2007 r. Unormowanie wewnętrzne następnie winno być opublikowane zgodnie z wewnętrznym prawem państw członkowskich, a treść takiego aktu prawnego winna być przesłana do Komisji Europejskiej⁴.

1. Zakres przedmiotowy dyrektywy

W art. 2 dyrektywy znajdują się liczne definicje pojęć i terminów stosowanych w dalszym tekście. Jako pierwsze pojawia się pojęcie szkody, a następnie pojęcie szkody ekologicznej – *environmental damage*, które obejmuje trzy grupy działań. Należy również zaznaczyć, że jest to specyficzna definicja, dostosowana do potrzeb realizacji celu dyrektywy. Z punktu widzenia techniki legislacyjnej jest to naśladownictwo amerykańskiego ustawodawcy, który dokonuje definiowania pojęcia w obrębie każdego aktu prawnego. Stąd te same pojęcia mogą w poszczególnych aktach prawnych posiadać różne odcienie znaczeniowe.

Pierwszym pojęciem definiowanym w dyrektywie jest samo pojęcie szkody (*damage*). Termin ten oznacza działania dające się wyraźnie określić lub zdefiniować, powodujące zmiany w zasobach naturalnych lub zmniejszenie ich przydatności. Szkada może być zarówno skutkiem działań zamierzonych, jak i skutkiem działań ubocznych. Takie zdefiniowanie pojęcia szkody jest odbiciem rozwiązań stosowanych w systemie prawa cywilnego.

Pojęcie szkody ekologicznej (*environmental damage*) obejmuje kilka typów działań. Pierwsze z nich to działania wyrządzające bezpośrednio szkodę gatunkom chronionym oraz naturalnym legowiskom zwierząt. Konsekwencją tych działań jest uniemożliwienie konserwacji legowisk lub przetrwania gatunków chronionych. Druga grupa działań to szkody powodujące zanieczyszczenie wody przez odprowadzanie do niej substancji chemicznych lub zmniej-

³ O ochronie przyrody w prawie międzynarodowym zob. A. Przyborowska-Klimczak, *Ochrona przyrody w prawie międzynarodowym*, [w:] *Ekologia i prawo*, pod red. tejże, Lublin 1999, s. 87–139.

⁴ Więcej o zasadach implementacji prawa F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa 2002, s. 121 i n.

szanie jej zasobów, o czym jest mowa również w dyrektywie 200/60/EC. Ostatnią grupą działań są szkody wyrządzone na gruntach, wywoływane przez wprowadzanie bezpośrednio lub pośrednio do ziemi substancji, preparatów, organizmów żywych lub mikroorganizmów szkodzących człowiekowi, zwłaszcza chodzi tu o nawozy stosowane w rolnictwie⁵.

Pojęcie gatunku chronionego (*protected species*) zostało zdefiniowane w art. 4(2) dyrektywy 79/409/EEC, zaś lista gatunków chronionych znajduje się w aneksach I i IV do dyrektywy 92/43/EEC. Państwa członkowskie mogą jednak dokonać rozszerzenia listy gatunków chronionych, stosownie do flory danego kraju.

Szczególnego wyjaśnienia wymaga pojęcie *conservation status*, tzn. zachowanie aktualnego statusu np. gatunku lub jego naturalnego środowiska. Pojęcie *conservation status* dotyczy głównie działań zmierzających do zachowania naturalnego środowiska chronionych zwierząt. W dokumencie tym nie jest przesądzone, jak ma wyglądać ostatecznie środowisko naturalne chronionych gatunków, lecz jest mowa o tym, że ma ono sprzyjać istnieniu i rozwojowi danych gatunków (*favourable*). Działania mające podtrzymywać istnienie chronionych gatunków i ich rozwój mają objąć całe terytorium Unii Europejskiej⁶.

Podmioty uprawnione i zobowiązane zarazem do działania to osoby prywatne i publiczne. Podejmowane przez nie działania polegają nie tylko na bezpośrednim zaangażowaniu w proces ochrony gatunków chronionych, lecz również na kontroli działalności innych podmiotów mogących potencjalnie szkodzić owym gatunkom i ustawodawstwa. Szczególna odpowiedzialność za działania na rzecz ochrony pewnych gatunków spoczywa na tych podmiotach, które posiadają władzę ekonomiczną lub dysponują odpowiednią techniką.

Remedial measures oznacza każde działanie zmierzające do naprawienia szkody wyrządzonej środowisku naturalnemu, łącznie z przywróceniem do stanu pierwotnego. Podobne znaczenie posiada termin *recovery*, który oznacza oczyszczenie wody, tak aby zostało zlikwidowane wszelkie ryzyko szkody dla ludzkiego zdrowia.

⁵ Ochrona środowiska naturalnego w UE ma na celu nie tylko zachowanie jego *status quo*, lecz również dobro człowieka, dlatego też prawo do środowiska jest jednym z podstawowych praw człowieka. Więcej na ten temat zob. G. Grabowska, *Man and Environment in International Law*, [w:] *Il diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente nei cambiamenti dell'Europa Centro-Orientale*, pod red. R. Sobańskiego, Warszawa 1995, s. 39 i n.; J. Jerzmański, *Ochrona środowiska a prawa człowieka w prawie międzynarodowym*, [w:] *Prawo człowieka do środowiska naturalnego*, pod red. J. Sommera, Wrocław 1987, s. 143 i n.

⁶ Ochrona środowiska winna dążyć również do zachowania jej wartości estetycznych, o których w dyrektywie się nie wspomina. Więcej na temat estetycznych aspektów przyrody zob. J. Janecki, *Przyroda w aspekcie estetycznym*, [w:] *Ekologia i prawo...*, s. 7–19. Tamże dalsza literatura.

2. Wyłączenia przedmiotowe dyrektywy

Dyrektywa 2004/35/WE nie znajduje zastosowania w przypadku zbrojnych konfliktów, zaburzeń społecznych, wojny czy powstania. Podobnie jest w przypadku zjawisk naturalnych, których nie można przewidzieć. Dyrektywa ta nie odnosi się również do przypadków rozpatrywanych w konwencjach międzynarodowych, ratyfikowanych przez państwa członkowskie. Wyłączeniu podlegają te przypadki, które zostały spowodowane przez katastrofy nuklearne.

Przywołana dyrektywa winna być stosowana jedynie w tych przypadkach, w których występuje szkoda ekologiczna spowodowana zanieczyszczeniem. Szkoda taka musi być rozległa, a ponadto musi istnieć możliwość ustanowienia związku przyczynowego pomiędzy działaniem sprawcy a szkodą jako taką.

3. Przeciwdziałanie (*remedial action*)

Przeciwdziałanie powstałej szkodzie obejmuje działania sprawcy oraz władzy publicznej. Przez przeciwdziałanie sprawcy szkody rozumie się natychmiastową kontrolę zdarzeń. Przede wszystkim jednak sprawca winien podjąć działania zmierzające do powstrzymania rozszerzania się szkody, a następnie do jej usunięcia. Sprawca szkody zobowiązany jest do podjęcia działań zarządczych skażeniami lub innymi rodzajami szkód tak, aby ograniczyć możliwie jak najbardziej przyszłe skutki takiej szkody oraz wyeliminować ich wpływ na zdrowie człowieka.

Z kolei do zadań władz należy żądanie od sprawcy szkody wszelkich informacji o zdarzeniu⁷. Ponadto władze publiczne zobowiązane są do udzielenia sprawcy wszelkich instrukcji, w jaki sposób ma być prowadzona kontrola zdarzenia, powstrzymanie rozszerzania się szkody, jej naprawienie lub zarządzanie skutkami tak, aby je ograniczyć na przyszłość, w szczególności w odniesieniu do ludzkiego zdrowia⁸.

Zadaniem władzy jest żądanie od sprawcy podjęcia natychmiastowego działania. Jeżeli jest to niemożliwe ze względu na niewypełnienie obowiązków spoczywających na sprawcy lub też, gdy nie można go zidentyfikować albo sprawca nie jest w stanie ponieść kosztów tychże działań, to wówczas odpowiedzialność winna przejąć na siebie ciężar wszystkich działań.

⁷ Gromadzenie informacji o środowisku naturalnym odgrywa zasadniczą rolę w polityce ekologicznej UE. Prawo do informacji o stanie środowiska jest jednym z komponentów prawa człowieka do czystego środowiska. Zob. B. Sitek, *Antropologiczne podstawy ochrony środowiska w prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawa człowieka w państwie ekologicznym*, Warszawa 1998, s. 56 i n.

O rodzaju podejmowanej akcji decyduje kompetentna władza, która winna określić konieczne instrumenty do naprawienia szkody. To od decyzji tej władzy zależy również kolejność podejmowanych działań. Decyzja taka musi uwzględniać naturę szkody oraz jej rozmiary. Winna również uwzględniać ryzyko negatywnego wpływu szkody ekologicznej na zdrowie człowieka.

Możliwe działania naprawcze zostały przedstawione w aneksie II *Remedying of Environmental Damage*. Na pierwszym miejscu wymienione zostały działania określane mianem *Primary*, przez które rozumie się wszelkie działania zmierzające do przywrócenia naturze jej stanu pierwotnego lub przywrócenia pierwotnych warunków środowisku naturalnemu. Następnie są działania określane jako *Complementary*, które są podejmowane wówczas, gdy nie jest możliwe pełne przywrócenie stanu pierwotnego. Działania określane jako *Compensatory* obejmują usunięcie skutków szkody ekologicznej, powstałych już po jej zaistnieniu. W końcu są działania zwane *interim losses*, obejmujące usuwanie szkód ekologicznych mniejszej wagi, tzn. takich, które nie zakłóciły istotnych funkcji środowiska naturalnego.

4. Koszty działań prewencyjnych i naprawczych (*prevention and remediation costs*)

W dyrektywie zastosowana została zasada „zanieczyszczający płaci”, według której wszelkie koszty związane z działaniami prewencyjnymi oraz naprawczymi obciążają sprawcę, określanego angielskim słowem *operator*. Zadaniem kompetentnej władzy jest określenie właściwego zabezpieczenia na majątku sprawcy szkody, stosownie do jej rozmiarów. W szczególności zabezpieczeniem tym winno być ustanowienie hipoteki przymusowej oraz zajęcie kont bankowych sprawcy. Jednak kompetentna władza może odstąpić od całkowitego zabezpieczenia majątku, ze względu na to, że ów majątek i tak nie wystarczy na pokrycie szkody lub też gdy sprawca nie jest możliwy do zidentyfikowania⁹.

Sprawca może nie zostać pociągnięty do pełnej odpowiedzialności wówczas, gdy do powstania szkody przyczyniła się jeszcze trzecia osoba lub gdy działanie sprawcy wynikało z nakazu władzy publicznej. Zgodnie z zasadami prawa cywilnego w tych przypadkach *operator* nie ponosi pełnej odpowiedzialności materialnej, lecz winna ona być dostosowana do wielkości udziału w powstaniu szkody ekologicznej przez każdą ze stron.

⁸ Więcej o obowiązkach legislacyjnych państwa wobec problemu ochrony środowiska zob. J. Boć, S. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska. Źródła*, Wrocław 1994, s. 161.

⁹ Kwestia kosztów działań naprawczych jest powiązana z wyceną środowiska. Zob. M. Shechter, *Wycena środowiska*, [w:] *Ekonomia środowiska i zasobów naturalnych*, Warszawa 1996, s. 193 i n.

Państwo członkowskie może również podjąć decyzję uwalniającą od poniesienia kosztów działań naprawczych. Taka decyzja może być podjęta wówczas, gdy sprawca wykaże, iż szkoda nie jest skutkiem jego błędu czy też brakiem zachowania należytej staranności, lecz powstała wskutek emisji lub wydarzeń uprawnionych, tzn. takich, które były dokonywane na podstawie odpowiednich pozwoleń uprawnionych organów władzy państwowej oraz w oparciu o przepisy prawa krajowego lub unijnego implementowanego do wewnętrznego systemu państwowego. *Operator* może zostać zwolniony z obowiązku ponoszenia kosztów naprawczych również wówczas, gdy wykaże, iż stosowane przez niego procesy technologiczne oraz produkty, zgodnie ze stanem wiedzy na dzień powstania szkody, nie powinny jej wyrządzić.

Organy władzy mogą żądać od sprawcy zapłacenia kosztów odszkodowania działań naprawczych w ciągu pięciu lat. Momentem, od którego liczy się ten okres, może być zakończenie akcji naprawczej albo ustalenie odpowiedzialności sprawcy lub strony trzeciej, która przyczyniła się do powstania szkody¹⁰.

5. Kompetentna władza (*competent authority*)

W tekście dyrektywy często występuje pojęcie kompetentnej władzy. Termin ten oznacza organ władzy publicznej, który będzie odpowiedzialny za realizację postanowień dyrektywy. Obowiązek wskazania organu odpowiedzialnego za wdrażanie tych postanowień spoczywa na organach naczelnych państw członkowskich. To one winny wskazać taki organ¹¹.

Następnie państwa członkowskie winny wskazać organ wyposażony w stosowane uprawnienia władcze tak, aby miał możliwość skutecznego wydawania poleceń i instrukcji. Tylko wówczas będzie możliwe podjęcie niezbędnych działań naprawczych, powodujących usunięcie skutków szkody.

Wszelkie decyzje podejmowane zgodnie z dyrektywą w zakresie działań naprawczych czy prewencyjnych winny mieć swoje oparcie w przepisach prawa. O decyzjach tych powinno się natychmiast informować zainteresowane strony. Należy również im wskazać środki prawne przysługujące do odwołania się od tych decyzji¹².

¹⁰ Więcej o zasadach odpowiedzialności w prawie Unii Europejskiej zob. T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford 1981, s. 487 i n.

¹¹ Ochrona prawna proponowana w dyrektywie ma charakter administracyjny. O tym rodzaju odpowiedzialności zob. J. Stelmasiak, *Odpowiedzialność administracyjna w ochronie środowiska. Zagadnienia podstawowe*, [w:] *Ekologia i prawo...*, s. 145–169.

¹² Więcej o organach Unii Europejskich odpowiedzialnych za politykę ochrony środowiska zob. A. Lisowska, *Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej. Podstawy instytucjonalne i programowe*, Wrocław 2005, s. 72–102.

6. Prawo skargi (*request for action*)

Prawo inicjatywy wystąpienia ze skargą o podjęcie działań przewidzianych w dyrektywie ma osoba określana mianem *natural or legal person*, tzn. osoba prawna i fizyczna, która doznała szkody, jest nią zagrożona lub posiada interes prawny w tym, aby uczestniczyć w procesie podejmowania decyzji dotyczących środowiska naturalnego bądź wynika to z przepisów procedury administracyjnej państwa członkowskiego. Określenie podmiotów posiadających interes prawny (*sufficient interest*) należy do kompetencji państwa członkowskiego. W szczególności chodzi o organizacje pozarządowe wspierające ochronę środowiska naturalnego¹³.

Powyższe podmioty są uprawnione do przekazywania kompetentnej władzy wszelkich uwag na temat stanu środowiska naturalnego, w szczególności na temat szkód środowiskowych w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

Żądanie podjęcia działań przez właściwą władzę może być połączone z przekazaniem uwag i danych dotyczących stanu środowiska. Otrzymane informacje i dane winny być przekazane do wglądu operatorowi. Ponadto władza zobowiązana jest poinformować możliwie jak najszybciej uprawnione podmioty o swoich decyzjach lub działaniach lub zaniechaniu działań. W tym ostatnim przypadku konieczne jest podanie racji, dla których przekazane uwagi i żądanie podjęcia działań zostały odrzucone. Ponadto organizacja taka może zaskarżyć do sądu lub innego organu orzekającego w tych sprawach decyzję o odrzuceniu skargi i informacji przez władzę oraz jej uzasadnienie.

7. Zabezpieczenie finansowe

Państwa członkowskie zostały w dyrektywie zobowiązane do ustanowienia instrumentów finansowego zabezpieczenia, gwarantowanego przez operatorów, na wypadek powstania szkody ekologicznej. Zabezpieczenie finansowe winno być również złożone na wypadek szkody ekologicznej powstałej w okolicznościach upadłości sprawcy.

Dyrektywa zobowiązała Komisję, aby do 30 kwietnia 2010 r. przygotowała i przedstawiła raport oceniający dotychczasowe działania wynikające z dyrektywy. W raporcie winny znaleźć się informacje na temat aktualnego stanu działań naprawczych wobec szkód ekologicznych w rozumieniu dyrektywy, poniesionych kosztów i warunków zabezpieczeń finansowych. Ponadto

¹³ O podmiotach uprawnionych według prawa polskiego do wystąpienia ze skargą w przypadku powstania szkody ekologicznej zob. J. Boć, K. Nowacki, E. Samborska-Boć, *Ochrona środowiska*, Kolonia Ltd. 2002, s. 216 i n.

Komisja winna do tego czasu przygotować propozycję ujednoczenia zabezpieczeń finansowych na okoliczność powstania szkód ekologicznych w rozumieniu dyrektywy, mających obowiązywać w całej Unii Europejskiej¹⁴.

Wnioski

Dyrektywa 2004/35/CE dobrze wpisuje się w politykę Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska naturalnego¹⁵. W tym jednak przypadku chodzi o uregulowanie jedynie niewielkiego wycinka ochrony, związanego z zachowaniem populacji gatunków zagrożonych i ochroną ich naturalnych legowisk¹⁶. W tym akcie prawnym ustanowione zostały przede wszystkim ramy odpowiedzialności za wyrządzone szkody ekologiczne na gatunkach zagrożonych. Wskazano przede wszystkim na konieczność podejmowania działań naprawczych oraz zapobiegawczych, mających tamować powstawanie dalszych skutków negatywnych szkody. Najważniejsze jednak jest, aby sprawca odpowiedzialny za powstanie szkody posiadał odpowiednie zabezpieczenia finansowe, pozwalające na naprawę środowiska. Odpowiedzialność państwa jawi się tutaj jako odpowiedzialność subsydiarna. Państwo ponosi odpowiedzialność wówczas, gdy sprawca szkody nie jest możliwy do zidentyfikowania lub nie jest w stanie ponieść wszystkich ciężarów finansowych związanych z kosztami naprawczymi.

¹⁴ Zabezpieczenia finansowe mają ogromne znaczenie, bowiem polityka Unii Europejskiej dąży do finansowania działań, a zwłaszcza technologii ekologicznych. W przypadku niewykorzystania tej szansy, sprawca zanieczyszczenia musi ponosić odpowiedzialność w całej rozciągłości. Więcej o finansowaniu technologii ekologicznych w UE zob. S. Naruszewicz, *Polityka spójności Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2004, s. 286 n.

¹⁵ Zob. D.L. Rota, *Environmental Policy Implementation in the European Union*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1996, nr 54, s. 9–33.

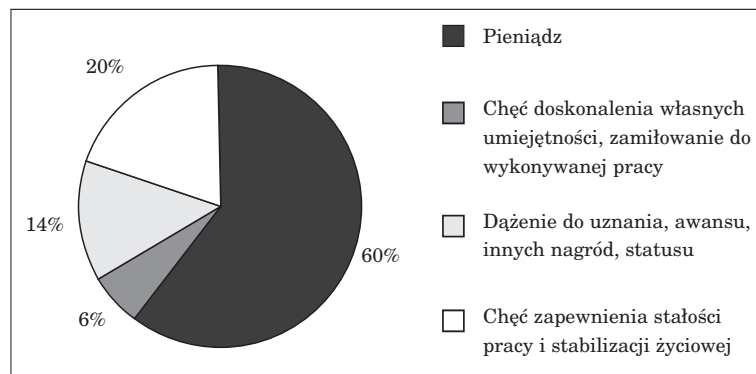
¹⁶ Więcej o polityce UE w zakresie zachowania środowiska naturalnego zob. C.M. Dalcon, A. Tamburrino, *L'Europa e l'ambiente*, Rimini 1989, s. 76 n. O różnych definicjach środowiska naturalnego zob. R. Paczuski, *Prawo ochrony środowiska*, Bydgoszcz 1996, s. 37 i n.

Kazimiera Atamańczuk
Olsztyn

Instrumenty harmonizowania stosunków pracy

1. Motywowanie w praktyce

Zdecydowana większość respondentów biorących udział w moich badaniach za główny motyw pracy zawodowej uznała płacę jako podstawową formę wynagrodzenia (60%). Pieniądz, ich zdaniem, był głównym bodźcem, dla którego podejmowali i wykonywali określone obowiązki służbowe, a za jego sprawą byli motywowani do przejawiania większej staranności i rzetelności. Dla mniejszej grupy ankietowanych głównym motywem efektywnej pracy i zaangażowania w wykonywaniu powierzonych obowiązków służbowych była chęć zapewnienia stałości pracy i stabilizacji życiowej (20%). Nieco mniejszą grupę stanowili ci, którzy za główny motyw pracy uznali dążność do uznania, awansu, nagród, statusu (14%). Zaledwie 6% ankietowanych jako główny motyw zaangażowania w pracę zawodową podało chęć doskonalenia własnych umiejętności oraz zamiłowanie do wykonywanej pracy. Żaden z ankietowanych nie wymienił potrzeby uczestnictwa w zadaniach firmy, ani też chęci doskonalenia własnych umiejętności za bodźce motywujące do pracy (rys. 1).

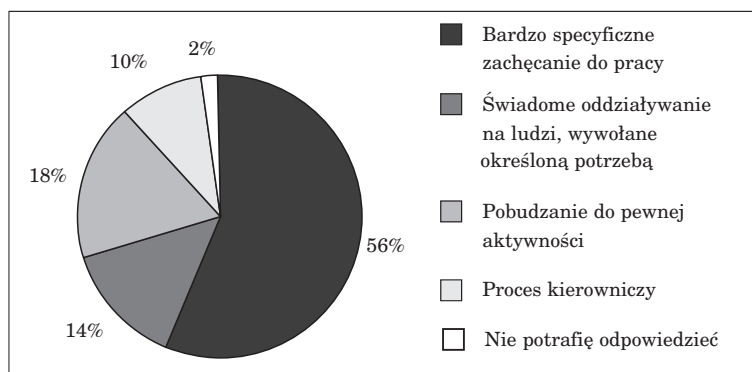


Rys. 1. Motywy zaangażowania w pracę zawodową

Źródło: Opracowanie własne

2. Motywowanie jako potrzeba

W trakcie przeprowadzonych badań podjęto próbę ustalenia, czym jest według ankietowanych motywowanie, co ono oznacza i czy jest ono konieczne dla prawidłowego funkcjonowania organizacji, jej działalności i rozwoju (rys. 2). Na zadane pytanie „Czym jest według Pana(i) motywowanie?”, co drugi z respondentów udzielił odpowiedzi, iż jest to bardzo specyficzny sposób zachęcania do pracy. Zdecydowaną mniejszą grupę stanowili ci, w odczuciu których motywowanie to pobudzanie do pewnej aktywności (18%). Wśród badanych znaleźli się i tacy, którzy motywowanie rozumieją jako oddziaływanie na ludzi, które jest świadome i podyktowane określoną potrzebą (14%). Za proces kierowniczy motywowanie uznał co dziesiąty ankietowany. Tylko jeden z badanych nie potrafił udzielić odpowiedzi na zadane pytanie. Można z tego wnioskować, iż przedsiębiorcy widzą konieczność motywowania swoich podwładnych oraz mają świadomość tego, iż od odpowiedniego zachęcania pracownika do pracy, do głębszego zaangażowania się w wykonywanie powierzonych mu obowiązków służbowych zależy niemal wszystko – poziom świadczonych usług, zadowolenie klienta, pozycja przedsiębiorstwa na rynku, kondycja finansowa i wynik finansowy organizacji.

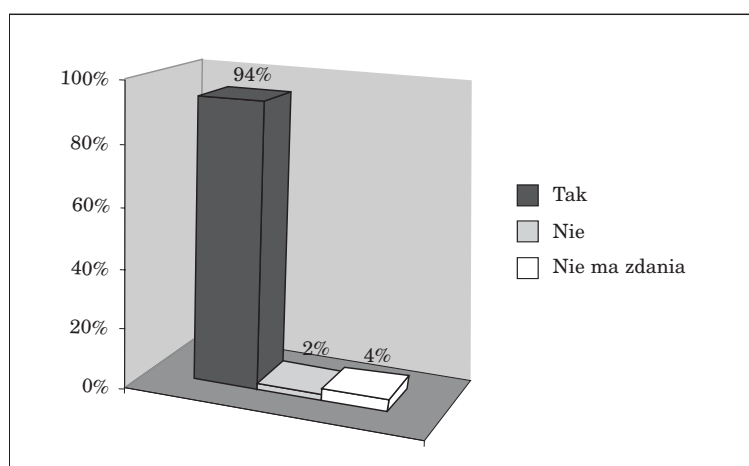


Rys. 2. Interpretacja pojęcia „motywowanie” przez respondentów

Źródło: Opracowanie własne

Przeprowadzone badania umożliwiły poznanie tego, jak w świadomości pracowników postrzegana jest motywacja, proces motywowania etc., a także ustalenie, czy motywacja jako taka jest w ogóle konieczna (rys. 3). Na podstawie udzielonych odpowiedzi stwierdzono, że zdecydowana większość ankietowanych motywowanie uważa za konieczne (94%). Tylko jeden z zapytanych twierdził, iż motywowanie nie jest konieczne, argumentując swoją wypowiedź faktem obecnej sytuacji na rynku pracy, która w swoisty sposób

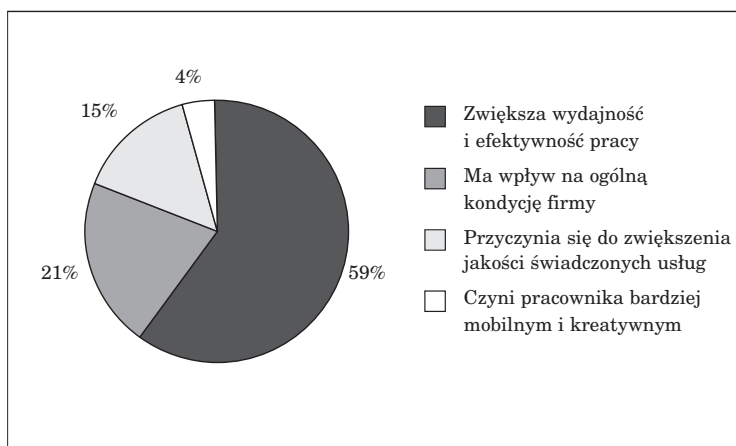
wystarczająco uświadamia ludziom wagę i znaczenie pracy, a co za tym idzie dostatecznie motywuje, aby powierzone obowiązki służbowe wykonywać z należytą starannością i wkładem własnym. Pośród badanych byli i tacy, którzy nie mieli zdania na ten temat.



Rys. 3. Czy motywowanie pracowników jest konieczne?

Źródło: Opracowanie własne

Wśród respondentów, którzy na pytanie dotyczące konieczności motywowania zatrudnionych pracowników, udzielali twierdzącej odpowiedzi, największą grupę stanowili ci, którzy fakt ten argumentowali wyraźną korelacją pomiędzy motywowaniem a zwiększaniem się wskutek tego wydajności i efektywności pracy (59%). Nieco mniejszą grupę stanowili ankietowani, którzy uzasadniając swoją wypowiedź, podkreślali pozytywny wpływ faktu motywowania pracowników na ogólną kondycję firmy (21%). Zależność pomiędzy świadomym oddziaływaniem na pracownika, mającym na celu zwiększenie jego zaangażowania i utożsamienie jego celów własnych z celami firmy, a zwiększeniem jakości świadczonych usług była uzasadnieniem dla mniejszej grupy badanych (15%). Odsetek ankietowanych, zdaniem których motywowanie czyni pracownika bardziej mobilnym i kreatywnym, stanowili zaledwie 4% ogółu. Graficzną strukturę odpowiedzi, będących argumentacją potwierdzenia konieczności motywowania pracowników, przedstawia rysunek 4.



Rys. 4. Struktura odpowiedzi, będąca argumentacją potwierdzenia konieczności motywowania pracowników

Źródło: Opracowanie własne

3. Formalne i nieformalne metody motywowania pracowników

Nieformalne metody motywowania, z uwagi na ich różnorodność i mnogość, mogą być wprowadzane w życie przez niemal każdego menedżera przy minimalnym nakładzie sił z jego strony. Gerard H. Graham wytypował pięć najważniejszych technik nieformalnego motywowania podwładnych¹:

- menedżer osobiście gratuluje pracownikowi, który dobrze wykonuje swoją pracę;
- menedżer pisze notatkę o wysokich osiągnięciach pracownika;
- firma bierze pod uwagę osiągnięcia pracownika jako podstawę do jego awansu;
- menedżer publicznie chwali pracownika za jego osiągnięcia zawodowe;
- menedżer organizuje specjalne spotkanie celebrujące sukcesy pracownika, podnoszące jego morale.

Autor uznaje, iż tego rodzaju formy są nie tylko niezwykle efektywne i motywujące, ale jednocześnie mało kosztowne. Najlepiej spełniają one swoje zadanie w przypadku, kiedy dostosowane są do indywidualnych potrzeb pracowników. Dlatego też pierwszą i najważniejszą rzeczą, którą należy zrobić, jest zorientowanie się co do sposobu najlepszego okazania pracownikowi uznania i zadowolenia z wykonywanej przez niego pracy, zrealizowania określonego zadania, dokonania czegoś, co korzystnie wpływa na ogólną kondycję firmy, jej prestiż i wizerunek.

¹ B. Nelson, *1001 Ways to Reward Employees*, Workman Publishing, New York 2005, s. 2.

Uznanie jest jedną z nieformalnych form metod motywowania pracowników zatrudnionych w określonej organizacji, firmie, przedsiębiorstwie. Najbardziej efektywne sposoby motywowania nie muszą wiele kosztować. Szczere słowa podziękowania, wypowiedziane przez odpowiednią osobę w odpowiednim czasie, niejednokrotnie znaczą więcej dla pracownika niż podwyżka, formalna nagroda czy cały szereg certyfikatów. Część nieformalnych nagród, właśnie takich, jak choćby uznanie, bierze się ze świadomości, że ktoś zauważył wykonany wysiłek oraz poświęcił swój czas, aby osobiście złożyć gratulacje. Godne uwagi jest to, iż obecnie, w czasach, gdy w pracy ma się stale do czynienia ze stresem, dużym tempem działania, kiedy stawia się pracownikom coraz większe wymagania, szczególnie ważne staje się dostrzeżenie przez przełożonych ich starań i znalezienie czasu, aby im o tym powiedzieć. Uznanie sprzyja dobrej atmosferze, co czyni pracę przyjemniejszą, a to z kolei zachęca do podejmowania ryzyka, wykazania się inicjatywą oraz indywidualnego rozwoju. Pamiętać także należy, iż najbardziej motywuje pracowników osobiste podziękowanie przełożonego za wysiłek i dobrze wykonane zadanie.

B. Nelson formułuje następujące zasady skutecznego okazywania uznania²:

- pochwal pracownika po dobrze wykonanej pracy;
- powiedz pracownikowi, co zrobił dobrze – bądź specyficzny;
- powiedz pracownikowi, jak cieszysz się z tego, czego on dokonał oraz poinformuj go, w jaki sposób pomógł w ten sposób firmie i innym ludziom w niej pracującym;
- zachęcaj pracowników do powtarzania dobrze wykonanych zadań.

Jeżeli podniesie się do minimalnej stawki budżet przeznaczony na cele zwiększające motywację pracowników, to liczba potencjalnych motywatorów bardzo się zwiększy. Małym nakładem czasu, energii i dobrych chęci każdy menedżer może zorganizować zestaw unikalnych i niezapomnianych, a co najważniejsze niedrogich nagród pracowniczych. Niekiedy wydanie paru złotych na coś unikalnego jest lepsze niż wydanie setek złotych na coś zwyczajnego i łatwo idącego w niepamięć. Oto przykłady niedrogich nagród, które bardzo wpływają na motywację pracowników i ich zaangażowanie³:

- stworzenie tablic ze zdjęciami wyróżniających się pracowników;
- założenie księgi pamiątkowej ze zdjęciami wszystkich pracowników i krótkim opisem ich największych osiągnięć;
- ustanowienie tzw. nagrody przechodniej i wręczenie jej zasłużonemu w danej chwili pracownikowi;
- umieszczenie gratulacji w czasopiśmie zakładowym (o ile firma ma swoje pismo);

² Ibidem, s. 5.

³ Ibidem, s. 15–18.

– fundowanie biletów do kina, teatru, opery (w zależności od upodobań pracownika).

Siła motywująca wymienionych wyżej propozycji jest znacząca. Stosowanie nieformalnych metod motywowania podwyższa morale i zaangażowanie pracowników, bo przecież każdy lubi być wyróżniany i chwalony. Bardzo popularne ostatnimi czasy stało się publiczne okazywanie uznania, m.in. poprzez wręczanie nagród na forum organizacji. Gratulacje i słowa uznania wypowiedziane publicznie spełniają ważną funkcję motywującą. Dla wyróżnionego pracownika są oznaką, że ktoś zauważa i docenia jego zaangażowanie, dla reszty pochwała wskazuje modelowe zachowanie, które warto naśladować.

Niektóre zasady skutecznego wyrażania uznania, przedstawione przez Rosabeth Moss Kanter⁴, przyjmują formę imperatywów, np.:

- podkreślaj osiągnięty sukces pracownika, a nie porażkę;
- wyrażaj uznanie w sposób otwarty, jeśli to możliwe publicznie;
- wyrażaj uznanie w sposób osobisty i szczery, bez zbędnych ubarwień;
- spróbuj dostosować słowa uznania i ewentualną nagrodę do osobistych potrzeb osoby nagradzanej;
- nagradzaj włożony wkład pracy wkrótce po dokonaniu osiągnięcia.

Jedną z powszechniejszych metod nagradzania pracowników jest tzw. kompensacja, czyli przydzielenie dodatkowego czasu wolnego za wykonaną pracę. Można np. wprowadzić dodatkową przerwę albo wydłużyć istniejącą już przerwę śniadaniową, ewentualnie obiadową. Ponadto można też przyznać dobremu pracownikowi dodatkowy dzień wolny w tygodniu lub przedłużyć weekend do trzech dni. W przypadku nadzwyczajnego zaangażowania można także dać pracownikowi nawet cały tydzień wolnego i dopilnować, aby w czasie jego nieobecności praca została wykonana przez innych. Wszystko to działa niezwykle motywująco na jednostkę, a dodatkowo daje możliwość odpoczynku i zregenerowania sił do dalszej intensywnej pracy na rzecz firmy⁵.

Ponieważ możliwość decydowania o sposobie rozdysponowywania otrzymywanych pieniędzy jest niezwykle pożądana przez pracowników, taki sposób uznania jest bardzo korzystny, gdyż motywuje i jednocześnie zwiększa poziom satysfakcji. Niestety, co pokazano w tabeli 1, ma również swoje wady.

⁴ Ibidem, s. 28–29.

⁵ M. Sidor-Rządkowska, *Upominek czy gotowka? Kilka uwag na temat nagradzania pracowników*, „Personel” 1998, nr 11.

Tabela 1

Zalety i wady nagród pieniężnych według B. Nelsona

Zalety	Wady
<ol style="list-style-type: none"> 1. Bardzo pożądane 2. Łatwe w przyznaniu i dostarczeniu 3. Zrozumiałe przez każdego 4. Mogą być częścią długoterminowego programu nagradzania i podwyżek 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Brak wartości ponadczasowych 2. Brak egzotyczności 3. Nie mogą zostać uwydatnione 4. Mają tendencję do bycia nagrodą „oczekiwaną”

Źródło: B. Nelson, *1001 Ways to Reward Employees*, New York 2005

Potrzeby finansowe pracowników są ciągle doskonałym motywatorem, warto więc wprowadzać mniejsze i większe nagrody pieniężne, aby podnieść zaangażowanie pracowników. Ludzie potrzebują nagród i często nie oczekują zawrotnych sum, lecz dowodu na to, że firma docenia ich wkład i zależy jej na tym, aby pracować wydajnie. Gotówka lub jej substytut są natomiast jedynie symbolem uznania.

Wiele firm uważa, iż doskonałym sposobem motywującym pracownika jest także obdarowywanie go różnymi upominkami. Z uwagi na duży ich wybór, gadzety firmowe mogą być wręczane przy różnych okazjach. Mają one także wartość jako trofea, ponieważ są konkretnym przypomnieniem minionego osiągnięcia oraz dowodem na to, że przyszłe starania i dobra praca mogą również zostać nagrodzone. Pamiątki i trofea są zazwyczaj dostosowywane do indywidualnych lub firmowych osiągnięć, ważnych wydarzeń z życia firmy itd. Jako takie są silnym motywatorem, bo przypominają konkretne osiągnięcia i wzniosłe wydarzenia. Ludzie zdają się z dumą nosić rzeczy i eksponować przedmioty z logo własnej firmy (np. koszulki, czapeczki, akcesoria biurowe, kubki, szklane naczynia, kalendarze z logo firmy lub wyszczególnieniem jakiegoś ważnego wydarzenia).

Efektywnym sposobem nagradzania pracowników są również imprezy celebryjne ich określone dokonania. Wydarzenia takie muszą być dobrze zaplanowane, aby były związane z sytuacją lub nagradzaną osobą.

Wszelkie programy motywacyjne są obecnie o wiele bardziej ważne niż w przeszłości. Pracownicy stali się bardziej wymagający, ale ciągle wierzą, że ich satysfakcja z wykonywanej pracy zależy od uznania ich dokonań oraz odpowiedniej pensji. Większość ludzi, bez względu na profesję, chce być kreatywnymi i przyczynić się do poprawy bytu społeczeństwa. Dlatego najważniejszą nagrodą jest dla nich otrzymanie słów uznania i zapewnienia, że swoim wkładem pracy przyczynili się do czegoś naprawdę ważnego.

Jeżeli menedżer potrafi nagrodzić pracownika poprzez zabawę, to jest on w stanie zaspokoić dwie ważne potrzeby swojego podwładnego, mianowicie pragnienie bycia docenianym oraz pragnienie czerpania radości z pracy⁶.

⁶ Ibidem.

Najpopularniejsze przykłady celebracji to:

- piknik dla pracowników i ich rodzin;
- uroczysta kolacja dla osób zasłużonych;
- wspólne wyjście do pubu lub kawiarni;
- kulig, jazda bryczką, spotkanie przy ognisku.

Formalne metody motywowania do pracy obejmują natomiast oficjalnie programy motywacyjne, wprowadzone w życie przez wiele organizacji. Programy takie jednakże nie motywują tak silnie indywidualnych pracowników, jak bardziej konkretne i personalne formy wyrażania uznania. Nie oznacza to jednak, że są nieważne. Bywają bardzo pomocne przy oficjalnym wyrażeniu uznania, mogą dodać wiarygodności bardziej spontanicznym, nieformalnym nagrodom stosowanym przez menedżerów w codziennej pracy.

Jak twierdzi A. Żurek, na system motywacyjny składają się⁷:

- styl zarządzania;
- sposób ustalania celów i planowania działań;
- monitorowanie wyników i ustalanie miar realizacji celów;
- zarządzanie wynagrodzeniami i nagrodami;
- indywidualny rozwój zawodowy.

Aby wprowadzić skuteczny, oficjalny program nagradzania i motywowania pracowników, trzeba w pierwszej kolejności przedstawić pracownikom cele, do których powinni dążyć. Niezbędne jest też ustalenie kryteriów oceny ich pracy oraz utrzymanie odpowiedniej komunikacji między kierownikami a ich podwładnymi, aby obie strony doskonale wiedziały, jakie osiągnięcia są w firmie nagradzane i jaka jest wartość nagrody. Oficjalnie przyznawane wyrazy uznania powinny być w taki sposób dobierane, aby miały znaczenie dla nagradzanego i aby on był dumny z tego, że wysiłek, jaki włożył w wykonanie powierzanych mu obowiązków służbowych, nie poszedł na marne. Formalne nagrody powinny być przyznawane zarówno osobom indywidualnym, jak i grupom.

Raz skonstruowany system motywacyjny nie może być pozostawiony sam sobie, ale musi być – co trzeba podkreślić – nieustannie rozwijany i pielęgnowany. Jego istnienie nie gwarantuje bowiem podniesienia poziomu motywacji i satysfakcji pracowników. Z tego właśnie powodu należy dążyć do prawidłowego i dobrego zarządzania systemem motywacyjnym.

⁷ A. Żurek, *Między kijem a marchewką, czyli tajniki systemów motywacyjnych*, „Personel” 1999, nr 3.

Lesław Grzonka
Warszawa

Elementy stosunku pracy – analiza orzecznictwa

Uwagi wstępne

Stosunek pracy jest stosunkiem prawnym o charakterze cywilnym. Wynika to z faktu, że jego nawiązanie i rozwiązanie są uzależnione od woli stron, które są wobec siebie równe, co jest czynnikiem wyróżniających stosunki cywilnoprawne. Jednak z uwagi na jego specyfikę i dużą rolę społeczną ustawodawca postanowił nadać mu ściśle określone ramy i kształt, szczególnie określone w odrębnym akcie prawnym, jakim jest kodeks pracy¹. Istnienie stosunku pracy powoduje również powstanie wielu specyficznych praw i obowiązków, określonych w innych aktach prawnych, dotyczących m.in.: ubezpieczeń społecznych, bezpieczeństwa i higieny pracy, prawa do wypoczynku, prawa do świadczeń socjalnych ze strony pracodawcy, ubezpieczenia zdrowotnego, prawa do informacji, prawa do zrzeszania się w związkach zawodowych i wielu innych. W związku z tym niezwykle istotne jest określenie elementów stosunku pracy, gdyż pozwala to na jego odróżnienie od innych – nierzadko podobnych – stosunków prawnych.

Przepisy kodeksu pracy regulują kształt stosunku pracy w sposób bardzo ścisły i – co należy uznać za swoisty sukces legislacyjny – przejrzysty. Pomimo to, od wielu lat uznanie stosunku prawnego za stosunek pracy jest sprawą bardzo istotną, której brak całkowitej przejrzystości prawnej. Wynika to z faktu, że powstanie stosunku pracy powoduje automatyczne niejako znaczne rozwinięcie praw i obowiązków stron. W wyniku tego obecnie mamy w naszym kraju do czynienia ze zjawiskiem obchodzenia prawa pracy poprzez zawieranie umów tworzących stosunki zbliżone do stosunku pracy (np. stosunek zlecenia czy agencji), lecz nieimplikujące wszystkich praw i obowiązków związanych z tym stosunkiem. Celem niniejszego artykułu jest zebranie i omówienie najważniejszych tez orzecznictwa związanych z analizą stosunku pracy i jego poszczególnych elementów. W związku z faktem, że

¹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r., nr 21, poz. 94 z późn. zm. (dalej: k.p.).

umową najczęściej stosowaną w celu obejścia przepisów prawa pracy jest umowa zlecenia, w artykule większość odniesień dotyczy właśnie stosunku zlecenia, jako najbardziej zbliżonego treścią i kształtem do stosunku pracy.

Stosunek pracy

Stosunek pracy jest stosunkiem prawnym regulowanym przez przepisy kodeksu pracy. Elementy charakterystyczne tego stosunku zostały wskazane w art. 22 k.p., który stanowi, że „przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem”. Definicja ta jest w pewnym stopniu wadliwa, przede wszystkim wobec generalnej analizy norm prawa pracy, które wskazują, że brak w niej kilku kluczowych elementów, niektóre zaś z podanych nie są niezbędne do istnienia tego rodzaju stosunku.

Wobec dużego dorobku orzecznictwa w tej materii istotne wydaje się wskazanie, które cechy wzajemnych relacji dwóch podmiotów stosunku prawnego są charakterystyczne dla stosunku pracy i wyróżniają je spośród innych stosunków prawnych, w szczególności zaś stosunku zlecenia, mającego bardzo podobny charakter. Jedyną jak dotąd praktyczną definicję stosunku pracy podał Sąd Apelacyjny w Lublinie. Zgodnie z nią „stosunek pracy to więź prawna o charakterze dobrowolnym i trwałym, łącząca pracownika i pracodawcę, której treścią jest obowiązek osobistego wykonywania pracy określonego rodzaju przez pracownika pod kierownictwem, na rzecz i na ryzyko pracodawcy oraz obowiązek pracodawcy zatrudnienia pracownika przy umówionej pracy i wypłacanie mu wynagrodzenia za pracę”². Definicja ta, choć nie ma charakteru definicji legalnej, stanowi jednak kwintesencję dorobku orzeczniczego w zakresie ustalania istnienia stosunku pracy. Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 października 1998 r. stwierdził, że: „dla stosunku prawnego, którego podstawę stanowi umowa o pracę, cechami właściwymi są: osobisty charakter świadczenia pracy, odpłatność pracy, podporządkowanie pracownika w procesie wykonywania pracy, ciągły charakter (trwałość) wzajemnych zobowiązań podmiotów, swoisty rozkład odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań (ryzyko podmiotu zatrudniającego)”³. Elementem dodatkowym, wskazanym w przytoczonym orzeczeniu, jest trwałość relacji między stronami stosunku pracy.

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 czerwca 1996 r., III APr 10/96, Apel-Lub. 1997, nr 2, poz. 10.

³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1998 r., I PKN 416/98, OSNP 1999, nr 24, poz. 775.

Podległość służbowa

Kwestia pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy jest jednym z głównych czynników charakteryzujących stosunek pracy, jego istnienie jest warunkiem *sine qua non* określenia stosunku prawnego jako stosunku pracy⁴. W ramach tego stosunku pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy przez cały czas pracy. Jest również zobowiązany do wykonywania wydawanych mu przez pracodawcę poleceń służbowych. Oznacza to dopuszczalność stanowienia norm o charakterze konkretnym i indywidualnym, które jednak muszą się mieścić w ramach umówionego przez strony rodzaju pracy. To właśnie bezpośredni i stały nadzór nad wykonywaniem pracy i samoograniczenie się pracownika w wolności dysponowania swoją osobą na rzecz pracodawcy są tymi elementami, które zasadniczo oddzielają stosunek pracy od jakiegokolwiek innego stosunku cywilnoprawnego⁵.

Należy jednak podkreślić, że również w stosunkach zlecenia występuje element podporządkowania, jego zakres jest jednak rodzajowo znacznie węższy niż w przypadku stosunków pracy. W ramach umowy-zlecenia zleceniobiorca jest obowiązany wykonywać zlecenie zgodnie ze wskazówkami zleceniodawcy (*a contrario* z art. 737 k.c.⁶). Oznacza to, że występuje element podporządkowania. Wskazówki zleceniodawcy nie mają jednak charakteru norm postępowania, obejmują jedynie zalecany sposób wykonania pracy. Co więcej, zleceniobiorca jest uprawniony do odmiennego wykonania zlecenia, jeżeli nie ma możliwości uzyskania zgody zleceniodawcy, a zachodzi uzasadniony powód do przypuszczenia, że dający zlecenie zgodziłby się na zmianę, gdyby wiedział o istniejącym stanie rzeczy. W ramach stosunku pracy podporządkowanie pracownicze oznacza zaś pozostawanie w dyspozycji pracodawcy i wykonywanie wydanych poleceń⁷. W ramach stosunku pracy występuje zawsze podporządkowanie, choćby miało ono charakter ograniczony. Osoby zajmujące bowiem stanowiska kierownicze często mają możliwość samodzielnego decydowania o miejscu wykonywania pracy, czasie i sposobie realizacji zadań. Tego rodzaju sytuacja nosi nazwę podporządkowania autonomicznego, którego istnienie nie wskazuje jednak na nieistnienie stosunku pracy, gdyż pewien element podległości również tam występuje⁸.

⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2005 r., IV UK 61/05, „Prawo Pracy” 2006, nr 7–8, s. 41.

⁵ Por. W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 45.

⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm. (dalej: k.c.).

⁷ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1999 r., I PKN 307/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 1997 r., I PKN 89/97, OSNAPIUS 1998, nr 2, poz. 35.

⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2006, I PK 146/05, „Monitor Prawa Pracy” 2006, nr 9, s. 474.

Podległość służbowa jako element stosunku pracy powinna zostać doprecyzowana. Zastrzeżenie to odnosi się do wskazania cech charakteryzujących tego typu relację, których występowanie pozwala na stwierdzenie jej istnienia. Podstawowym czynnikiem, jaki należy wziąć pod uwagę, jest wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy⁹. Kolejnym elementem podporządkowania może być określenie przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczanie zadań. Niemniej jednak „nie świadczy o tym [o istnieniu stosunku pracy – L.G.] przewidziane w umowie określenie przez stronę pozwaną dni i godzin pełnienia czynności [...]. Nie jest to postanowienie umowy przesądzające o nawiązaniu stosunku pracy, ponieważ nie jest charakterystyczne tylko dla umów o pracę jako świadczące o kierownictwie pracodawcy, może być również objęte postanowieniami umów cywilnoprawnych, takich jak umowa agencyjna, zlecenia czy umowy o świadczenie usług. Wyznaczanie dni i godzin czynności nie może być wystarczające do uznania kierownictwa pracodawcy w rozumieniu art. 22 k.p.”¹⁰. Tak więc wyznaczenie norm czasu pracy jest elementem stosunku pracy, nie ma jednak elementu wyróżniającego spośród innego rodzaju stosunków prawnych. Nie jest również wymagane, aby bezpośrednia realizacja zadań odbywała się pod nadzorem pracodawcy. Pracownik bowiem może mieć pewien zakres swobody, co nie przekreśla istnienia faktu wykonywania pracy w sposób podporządkowany¹¹. Należy jednak wskazać, że „wykonywanie przez grupę osób konkretnych czynności [...] na podstawie porozumienia zawartego przez zlecniodawcę wyłącznie z organizatorem tej grupy, bez określenia przez zlecającego pracę zakresu obowiązków każdego z członków zespołu oraz ich indywidualnego wynagrodzenia i bez dokładnego określenia miejsca i czasu realizacji powierzonego zadania, nie ma cech właściwych dla stosunku pracy. Wykonywanie zleconych czynności pod nadzorem kierownika budowy nie przesądza o świadczeniu pracy w ramach podporządkowania pracowniczego”¹².

Tak więc wydaje się, że zdefiniowanie podległości pracowniczej na podstawie przytoczonego orzecznictwa wydaje się być możliwe. Należy w takiej sytuacji wskazać elementy charakterystyczne podane w orzecznictwie, jak: podleganie przez pracownika kierownictwu pracodawcy, pozostawanie w dyspozycji pracodawcy i wykonywanie jego poleceń oraz prawo pracodawcy do wskazywania zadań do wykonania. Dodatkowo cechami wskazującymi na

⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r., I UK 68/05, „Wokanda” 2006, nr 4, s. 26.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1998 r., I PKN 389/98, OSNP 1999, nr 22, poz. 718.

¹¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r., I PKN 277/99, OSNP 2001, nr 1, poz. 18.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1998 r., I PKN 517/98, OSNP 2000, nr 4, poz. 138.

istnienie podporządkowania pracowniczego mogą być: określanie przez pracodawcę czasu pracy i miejsca jej świadczenia. Zaistnienie wymienionych cech wskazuje na istnienie podporządkowania o dwojakim charakterze: organizacyjnym (obowiązek wykonywania pracy we wskazanym miejscu i czasie, obowiązek realizacji określonych zadań) i służbowym (obowiązek wykonywania poleceń służbowych wydawanych przez pracodawcę)¹³. Występowanie więc podporządkowania pracowniczego należy uznać za element wskazujący na istnienie stosunku pracy.

Osobiste wykonywanie

Praca w ramach stosunku zlecenia może być świadczona przez zleceniobiorcę osobiście lub przez osobę trzecią. Taka możliwość nie występuje w stosunku pracy. Osobiste wykonywanie jest bowiem jednym z jego kluczowych elementów. Co więcej, warunek osobistego świadczenia pracy ma charakter bezwzględny i jest konieczny do zaistnienia stosunku pracy¹⁴. Oznacza to, że dopuszczalność świadczenia pracy przez osobę trzecią przemawia przeciwko istnieniu stosunku pracy. Z kolei samo zobowiązanie osoby mającej świadczyć usługi do ich osobistego wykonywania nie przesądza o istnieniu stosunku pracy¹⁵. Wystąpienie jednak obowiązku osobistego świadczenia może wskazywać na przekształcenie w sposób dorozumiany stosunku innego rodzaju w stosunek pracy¹⁶.

Szersze uzasadnienie uznania, że w ramach stosunku pracy praca musi być świadczona osobiście, podaje Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 grudnia 1998 r., stwierdzając: „Zgodnie z treścią art. 22 § 1 k.p. ze stosunku pracy wynika obowiązek osobistego świadczenia pracy. Osobisty charakter świadczenia pracy polega zaś na tym, że w ramach stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do osobistego wykonywania czynności objętych umówionym rodzajem pracy i nie może powierzyć ich realizacji osobom trzecim. Można w związku z tym stwierdzić, że stosunek ten opiera się na zasadzie szczególnego zaufania między stronami [...]”¹⁷.

¹³ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 1997 r., I PKN 394/97, OSNP 1998, nr 20, poz. 595.

¹⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1998 r., I PKN 416/98, OSNP 1999, nr 24, poz. 775; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 1970 r., II PR 298/69, niepublikowany.

¹⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1998 r., I PKN 389/98, OSNP 1999, nr 22, poz. 718.

¹⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1975 r., I PRN 42/75, niepublikowany.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1998 r., I PKN 517/98, OSNP 2000, nr 4, poz. 138.

Ryzyko pracodawcy

W ramach stosunku pracy praca jest wykonywana na ryzyko pracodawcy. Wynika to z regulacji dotyczących odpowiedzialności materialnej pracownika, w szczególności zaś art. 120 § 1 k.p., zgodnie z którym: „W razie wyrządzenia przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków pracowniczych szkody osobie trzeciej, zobowiązany do naprawienia szkody jest wyłącznie pracodawca”. Brzmienie tego przepisu jest podyktowane istnieniem w stosunku pracy cechy wspomnianej już wyżej, czyli podporządkowania służbowego i organizacyjnego. To pracodawca jest odpowiedzialny za to, w jaki sposób pracownik wykonuje swoją pracę, ponosi więc również odpowiedzialność wobec osób trzecich za szkody, które zostały wyrządzone w ramach wykonywania tej pracy.

Do przejścia przez pracodawcę odpowiedzialności konieczne jest, aby wyrządzenie szkody nastąpiło przy wykonywaniu powierzonych pracownikowi zadań w stosunku pracy¹⁸. Oznacza to, że elementy ryzyka pracodawcy i podległości służbowej są ze sobą bezpośrednio związane, pomimo, że zostały pominięte przez ustawodawcę w sformułowanej w art. 22 k.p. definicji stosunku pracy. Obciążenie pracodawcy ryzykiem wykonywania przez pracownika pracy jest uznawane za element konieczny do stwierdzenia istnienia stosunku pracy¹⁹. Regulacja dotycząca odpowiedzialności ma charakter cywilistyczny i stanowi doprecyzowanie przepisów kodeksu cywilnego²⁰. Z zasady ryzyka pracodawcy wynika także jego legitymacja bierna w sprawie o odszkodowanie i zadośćuczynienie związane z zachowaniem pracownika przy wykonywaniu pracy²¹.

Czas pracy i ciągłość świadczenia pracy

Określenie czasu pracy nie jest elementem koniecznym do określenia treści stosunku pracy. Zgodnie z definicją kodeksową, czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Oznacza to, że „czas pracy stanowi kategorię prawną, która ma dwojakie znaczenie. Jest zarówno – określonym w jednostkach czasu – miernikiem pozostawania pracownika w dyspozycji pracodawcy, jak również miarą ekstensywnego zakresu

¹⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 1998 r., I CKU 110/97, niepublikowany.

¹⁹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 1975 r., I PRN 42/75, „Służba Pracownika” 1976, nr 2, s. 28; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 1998 r., II UKN 112/98, OSNP (wkładka) 1999, nr 4, poz. 5.

²⁰ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1987 r., II CR 48/87, niepublikowany.

²¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 września 1999 r., I ACa 464/99, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2002, nr 3, s. 131.

świadczenia pracy, decydującą o zakresie uprawnienia pracownika do wynagrodzenia za pracę i innych świadczeń związanych z pracą”²².

Jak wynika z orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r. „podporządkowanie pracownika (art. 22 § 1 k.p.) może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań”²³. Oznacza to, że określenie czasu pracy przez pracodawcę jest elementem charakteryzującym relację podległości służbowej, która – jak to zostało przedstawione wyżej – stanowi okoliczność swoistą dla stosunku pracy. Jednakże należy wskazać, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1998 r. „wyznaczanie dni i godzin czynności nie może być wystarczające do uznania kierownictwa pracodawcy”²⁴.

Analiza obu orzeczeń prowadzi do wniosku, że określanie przez jeden podmiot stosunku prawnego czasu pracy drugiego z nich wskazuje na możliwość istnienia między nimi stosunku pracy, ale samoistnie o tym nie przesądza.

Miejsce pracy

Określenie miejsca pracy jest elementem niezbędnym umowy o pracę. Analiza art. 22 k.p. wskazuje, że w ramach stosunku pracy zobowiązanie pracownika nie ogranicza się do świadczenia pracy, lecz do wykonywania tego w określonym czasie i miejscu. W związku z tym miejsce pracy można uznać za istotny element stosunku pracy, choć niekonieczny (podobnie jak czas pracy) do stwierdzenia jego istnienia.

Sąd Najwyższy najobszerniej wypowiedział się na temat miejsca pracy w orzeczeniu z dnia 1 kwietnia 1985 r. Stwierdził tam, że „należy odróżnić »miejsce pracy« pracownika od »siedziby zakładu pracy«. Miejsce świadczenia pracy stanowi jeden z istotnych składników umowy o pracę, obustronnie uzgodniony, objęty ogólnym zakazem jednostronnej zmiany przez któregokolwiek z kontrahentów umowy. Strony zawierające umowę o pracę mają dużą swobodę w określaniu miejsca pracy. Może być ono określone na stałe bądź jako miejsce zmienne, przy czym w tym ostatnim wypadku zmienność miejsca pracy może wynikać z samego charakteru (rodzaju) wykonywanej pracy. Ogólnie pod pojęciem miejsca pracy rozumie się bądź stały punkt w znaczeniu geograficznym, bądź pewien oznaczony obszar, strefę określoną granicami jednostki administracyjnej podziału kraju lub w inny dostatecznie wyraź-

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2005 r., II PK 265/04, „Prawo Pracy” 2005, nr 9, s. 32.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r., I PKN 277/99, OSNP 2001, nr 1, poz. 18.

²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 1998 r., I PKN 389/98, OSNP 1999, nr 22, poz. 718.

ny sposób, w którym ma nastąpić dopełnienie świadczenia pracy. »Miejsce pracy« nie musi być wyposażone w zaplecze socjalne, kadrowe i techniczne. Wykonywanie pracy w uzgodnionym przez strony »miejscu pracy« pracownika nie rodzi obowiązku płacenia takiemu pracownikowi ani diet, ani świadczeń rozłąkowych²⁵.

Z powyższego orzeczenia da się wysnuć kilka niezwykle istotnych dyrektyw interpretacji przepisów dotyczących miejsca pracy. Przede wszystkim miejsce pracy może być wskazane poprzez określenie miejscowości czy nawet dokładnego adresu, ale w pełni dopuszczalne jest również zdefiniowanie go jako obszar określonego województwa lub nawet całego kraju. Wydaje się jednak istotne, żeby tak mało precyzyjne wyznaczenie miejsca pracy było uzasadnione rodzajem pracy. Drugą istotną kwestią jest wskazanie, że przy określaniu warunków wypłaty świadczeń związanych ze stosunkiem pracy znaczenie ma nie fizyczne przemieszczenie się pracownika, a jedynie „formalne”, czyli wykonywanie pracy poza miejscem jej świadczenia ujętym w umowie o pracę.

Wynagrodzenie

Kodeks pracy nie zawiera definicji legalnej wynagrodzenia. Na podstawie analizy przepisów Sąd Najwyższy sformułował jednak definicję tego pojęcia uznając, że jest to „świadczenie konieczne, o charakterze przysparzająco-majątkowym, które zakład pracy jest obowiązany wypłacać okresowo pracownikowi w zamian za wykonaną przez niego pracę, świadczoną na skutek wiążącego go z zakładem pracy stosunku pracy, odpowiednio do rodzaju, ilości i jakości pracy”²⁶.

Wynagrodzenie może składać się z kilku elementów. Podstawowym elementem jest zawsze tzw. wynagrodzenie zasadnicze, przysługujące pracownikowi zawsze, oczywiście pod warunkiem wykonania pracy. Najczęściej spotykanym elementem dodatkowym jest premia, której uzyskanie jest uzależnione od spełnienia przez pracownika określonych warunków²⁷. Ważną kwestią jest określenie momentu powstania po stronie pracownika prawa podmiotowego do świadczenia premialnego. W orzecznictwie przyjmuje się, że w sytuacji, kiedy przesłanki premialne (tzw. reduktory premii) są określone w sposób skonkretyzowany i zobiektywizowany, prawo podmiotowe powstaje już w chwili spełnienia przez pracownika tych warunków²⁸. Natomiast niewska-

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 1985 r., I PR 19/85, OSP 1986, nr 3, poz. 46.

²⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1986 r., III PZP 42/86, OSNC 1987, nr 8, poz. 106.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 października 1984 r., I PRN 131/84, OSP 1988, nr 1, poz. 21.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 2005 r., III APa 17/05, Apel-W-wa 2005, nr 3, poz. 15.

zanie dokładnych reduktorów premii, jak również tylko częściowe ich określenie oraz jakiegokolwiek uzależnienie od woli pracodawcy powoduje, że premia taka jest nagrodą. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2000 r. „premia przewidziana w regulaminie wynagradzania, której wypłata uzależniona jest od jej uruchomienia i szczegółowego ustalenia warunków premiowania przez pracodawcę, do czasu wykonania tych czynności jest tzw. premią uznaniową (nagrodą)”²⁹. Podobnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 8 lutego 1991 r.: „skoro regulamin przyznawania premii motywacyjnej nie precyzuje szczegółowych i sprawdzalnych kryteriów ustalania jej wysokości, to pracownik nie może w postępowaniu sądowym skutecznie podważać oceny zakładu pracy co do wysokości tej premii, gdyż ma ona w istocie charakter nagrody”³⁰.

Ważne jest określenie momentu powstania prawa podmiotowego do premii uznaniowej (nagrody). Przyjmuje się, że jest to moment skutecznego złożenia oświadczenia woli przez pracodawcę. Potwierdza to wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1986 r., w którym stwierdzono, że wywieszenie przez zakład pracy listy pracowników z podaniem wysokości przyznanej im premii, jeżeli lista ta jest podpisana przez osoby upoważnione do dokonywania czynności prawnych w imieniu zakładu pracy, jest oświadczeniem woli z wszelkimi tego konsekwencjami³¹. Oznacza to m.in. brak możliwości jednostronnego odwołania tego oświadczenia, nawet jeżeli wysokość premii była obliczona w sposób błędny.

Wykładnia oświadczeń woli stron

Oświadczenia woli stron zawierających umowę o pracę podlegają – jak inne – wykładni. Kwestia odpowiedniej interpretacji jest kluczowa w kontekście określenia, jakiego rodzaju stosunek pracy łączy strony. Ze stosunkiem pracy wiąże się bowiem obciążenie obowiązkami, które nie występują lub występują w ograniczonej formie w przypadku stosunków innego rodzaju, np.: zlecenia czy agencji. Wskazówki co do sposobu interpretacji zawiera art. 65 k.c. Zgodnie z tym artykułem „Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Paragraf drugi stanowi zaś, że „w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2000 r., I PKN 705/99, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3, s. 134.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 18 lutego 1991 r., III APr 18/90, OSA 1991, nr 2, poz. 7.

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1986 r., I PRN 2/86, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1986, nr 7, s. 71.

Reguły wykładni wskazane w powyższych przepisach zostały zinterpretowane przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 24 maja 2005 r. stwierdzającym, że „wykładni umów należy dokonywać w dwóch fazach. W pierwszej fazie należy ustalić rzeczywiste ukonstytuowanie się znaczenia między stronami, a zatem czy obie strony przypisywały oświadczeniom woli takie samo znaczenie. Na tym etapie decydujące jest zatem kryterium subiektywne. Dopiero gdy okaże się, że strony nie przyjmowały takiego samego znaczenia oświadczenia woli, należy przejść do drugiej fazy i stosować kryteria obiektywne, a zatem sens oświadczenia woli ustalać na podstawie przypisania normatywnego, czyli jak adresat ten sens rozumiał i rozumieć powinien”³². Należy jednak pamiętać, że „nie ma potrzeby odwoływania się do zasad wykładni umów uregulowanych w art. 65 § 2 k.c., jeżeli treść umowy stron sporządzonej na piśmie jest sformułowana w sposób jasny i niebudzący wątpliwości co do wzajemnych obowiązków stron”³³. Pierwszą zasadą powinno w takim razie być, że to, co jasne, nie wymaga interpretacji (*clara non sunt interpretanda*). Istotne jest również, aby podczas procesu interpretacji nie zmieniać treści umowy. Wykładnia obejmuje bowiem jedynie ustalenie dokładnego znaczenia zapisanych regulacji³⁴.

Zasady wykładni są szczególnie istotne przy ustalaniu charakteru stosunku prawnego łączącego strony, przede wszystkim zaś przy analizie, czy w danej sytuacji strony łączy stosunek pracy, czy inny, nierzadko podobny, jak np. zlecenia. Relacje pomiędzy tymi dwiema umowami są częstym przedmiotem interpretacji sądowej z uwagi na podnoszone, głównie przez Państwową Inspekcję Pracy, zarzuty omijania prawa pracy poprzez zawieranie umów-zlecenia. W związku z tym częste są procesy o ustalenie istnienia stosunku pracy.

Wśród reguł wykładni oświadczeń woli, istotnych z uwagi na ustalenie ich treści, należy wskazać regułę wskazaną przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 października 1999 r., w którym stwierdzono, że „przy ocenie charakteru stosunku prawnego łączącego strony (umowa o pracę, umowa zlecenia) należy uwzględnić specyfikę funkcjonowania podmiotu zatrudniającego. Umowa zlecenia z reguły określa rodzaj wykonywanych czynności i w zasadzie nie może polegać na pozostawianiu w dyspozycji zlecającego i wykonywaniu stosownie do jego potrzeb czynności zleczanych na bieżąco”³⁵. Oznacza to, że pozostawianie w dyspozycji pracodawcy, jak również wykonywanie jego poleceń są dopuszczalne również poza stosunkiem pracy, na co wskazuje użyte w orzeczeniu wyrażenie „z reguły”.

³² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r., V CK 655/04, niepublikowany.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 marca 2005 r., I ACa 1606/04, niepublikowany.

³⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2004 r., I CK 471/03, niepublikowany.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 1999 r., I PKN 307/99, OSNP 2001, nr 7, poz. 214.

Jeszcze szerzej kwestia ta została ujęta w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1979 r., w którym stwierdzono, że „stosunki agencji-zlecenia cechują: podporządkowanie, określenie miejsca sprzedaży, zasady powierzenia mienia, rozliczenia, odpłatności, odpowiedzialności za zatrudniony personel, zastępstwo agenta na czas jego nieobecności itd., a mimo to nie stają się one przez to stosunkami pracy, z konsekwencjami wynikającymi z przepisów regulujących stosunek pracy. Tak więc pewne podobieństwo do stosunków pracy czy nawet występowanie w stosunku agencyjnym pewnych drugorzędnych zresztą cech występujących także w stosunku pracy nie powoduje przekształcenia tego stosunku – bez woli stron tego stosunku – w stosunek pracy i nie czyni z agenta pracownika”³⁶.

Strona podmiotowa stosunku pracy

Stronami stosunku pracy są pracownik i pracodawca. Wydaje się, że analiza strony podmiotowej jest więc zbędna. Okazuje się jednak, że istnieje kilka aspektów, które wymagają wyjaśnienia.

Kodeks pracy zawiera dwie definicje pracownika. Zgodnie z art. 2 k.p. pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Definicja ta ma charakter formalny, warunkujący uznanie jakiejś osoby za pracownika od sposobu powstania stosunku pracy, sposoby te zaś są wskazane w sposób enumeratywny. Art. 22 § 1 k.p. z kolei stanowi, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Paragraf 1¹ stanowi zaś, że zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Z zestawienia wskazanych przepisów wynika, że oprócz definicji formalnej, ustawodawca zawarł w kodeksie również definicję materialną, zgodnie z którą osoba, która pozostaje w stosunku pracy, jest pracownikiem niezależnie od tego, jakiego rodzaju umowa była zdarzeniem skutkującym nawiązaniem stosunku prawnego.

Kwestia zdefiniowania pojęcia „pracownik” jest szczególnie istotna z punktu widzenia prawa karnego. Art. 220 k.k.³⁷ stanowi: „kto, będąc odpowiedzialny za bezpieczeństwo i higienę pracy, nie dopełnia wynikającego stąd obowiązku i przez to naraża pracownika na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawie-

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1979 r., I CR 440/78, OSP 1979, nr 9, poz. 168.

³⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. nr 88, poz. 553 z późn. zm. (dalej: k.k.).

nia wolności do lat 3⁷. Przestępstwo to ma charakter kwalifikowany wobec przestępstwa określonego w art. 160 k.k. (gdzie ofiarą może być ktokolwiek). Czyn wskazany w art. 220 dotyczy sytuacji, gdzie sprawca i pokrzywdzony są określone w sposób szczególny. Sprawcą może być bowiem jedynie osoba odpowiedzialna za bezpieczeństwo i higienę pracy, pokrzywdzonym zaś jedynie pracownik. Na gruncie stosowania tego przepisu wiele kontrowersji dotyczyło i wciąż dotyczy tego, jaką definicję należy stosować w określaniu, kto jest pracownikiem, a więc kto może być pokrzywdzonym. Ma to istotne znaczenie, gdyż uznanie jakiejś osoby za pracownika rodzi zaostrzoną odpowiedzialność poprzez zastosowanie art. 220 w miejsce art. 160.

W postanowieniu z dnia 13 kwietnia 2005 r. Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdził, że pracownikiem jest osoba określona w art. 2 k.p.³⁸ Z kolei w uchwale z dnia 15 grudnia 2005 r. stwierdzono, że: „przedmiotem ochrony są w normach zawartych w art. 220 k.k. prawa osoby pozostającej w stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., a więc w takim stosunku, jaki – uwzględniając jego rzeczywiste cechy – jest lub powinien być nawiązany przez dokonanie jednej z czynności prawnych określonych w art. 2 k.p.”³⁹. Generalnie można więc przyjąć, że z powodu nieprecyzyjnego unormowania to sąd karny będzie zobowiązany ustalić istnienie stosunku pracy i dopiero na tej podstawie uznać, czy czyn został popełniony w warunkach wskazanych w art. 220 k.k. Regulacje kodeksu pracy w tym zakresie zdecydowanie wymagają więc doprecyzowania.

Prostsze wydaje się zdefiniowanie drugiej strony stosunku pracy, czyli pracodawcy. Zgodnie z art. 3 k.p., pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników. W orzecznictwie przyjmuje się, że pracodawcą może być każda jednostka, jeżeli posiada prawną możliwość zatrudniania pracowników⁴⁰. Oznacza to, że każda struktura wyposażona w podmiotowość prawną może być pracodawcą. Dotyczy to również tzw. ułomnych osób prawnych, jak np. spółki jawne. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego pracodawcą może być również spółka cywilna⁴¹. Wydaje się, że ujęcie spółki cywilnej jako pracodawcy jest jednak zbyt dalekim rozszerzeniem katalogu podmiotów mających zdolność bycia pracodawcą. Spółka taka bowiem nie jest podmiotem prawnym odrębnym od wspólników, lecz jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym⁴². Kwestia ta stanowi jednak odrębny problem na gruncie prawa cywilnego.

³⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2005 r., II KK 23/05, „Wokanda” 2006, nr 4, s. 18.

³⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2005 r., I KZP 34/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 2.

⁴⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 1977 r., I PZP 47/77, OSP 1979, nr 7, poz. 125.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 1998 r., II UKN 525/97, OSNP 1999, nr 4, poz. 140; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1995 r., I PRN 84/95, OSNP 1996, nr 12, poz. 170.

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., I CK 201/02, niepublikowany.

Uwagi końcowe

Zdefiniowanie istotnych elementów stosunku pracy jest kwestią trudną, jednak – dzięki analizie orzecznictwa – możliwą. Sprecyzowanie, jakie składniki treści stosunku prawnego przeważają przy ustalaniu, czy dany stosunek jest stosunkiem pracy, ma dużą doniosłość gospodarczą. Wskazane powyżej elementy i orzeczenia dają w miarę klarowny obraz kierunków wykładni praktycznej tak przepisów prawa pracy, jak i treści umowy o pracę, a także innych umów cywilnoprawnych. Należy przyjąć, że elementami charakteryzującymi stosunek pracy są: podległość służbowa, czas pracy, miejsce pracy, ryzyko pracodawcy, wynagrodzenie i osobiste wykonywanie. Istotne jest jednak, że elementy te nie muszą występować kumulatywnie, aby uznać stosunek prawny za stosunek pracy. Podobnie występowanie niektórych spośród wskazanych elementów nie przesądza o istnieniu stosunku pracy. Charakter więzi prawnej pomiędzy podmiotami podlega zawsze ocenie indywidualnej.

Piotr Prusinowski
Olsztyn

Absencja chorobowa jako przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę przez pracodawcę – w orzecznictwie Sądu Najwyższego

Pracodawca zamierzający wypowiedzieć pracownikowi umowę obowiązany jest podać przyczynę, dla której nie chce nadal kontynuować stosunku pracy. Przyczyna ta może leżeć zarówno po stronie pracownika, jak i pracodawcy. Nie ma również znaczenia, czy jest ona zawiniona, czy też pracownikowi nie można przypisać winy. Jednocześnie należy podkreślić, że wypowiedzenie umowy o pracę jest zwykłym sposobem rozwiązania zobowiązania pracowniczego. W konsekwencji dla zasadnego wypowiedzenia umowy o pracę pracodawca musi wykazać przyczyny, dla których dany pracownik nie spełnia jego oczekiwań, zważywszy na postawione cele i zadania realizowane przez podmiot zatrudniający.

Jednym z powodów, dla których pracodawcy w ostatnich latach coraz częściej wypowiadają umowy o pracę, są absencje chorobowe. Sytuacja, w której pracownik nie świadczy pracy z uwagi na chorobę, z pewnością nie jest przez pracodawców przychylnie postrzegana.

Wykazanie uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę niewątpliwie wiąże się ze stwierdzeniem, że został naruszony ważny interes pracodawcy. Realizacja celów pracodawcy następuje m.in. przez zatrudnianie pracowników, którzy zobowiązują się do świadczenia pracy. Nieobecność pracownika jest sprzeczna z celem stosunku pracy, zaś choroba pracownika z reguły nie pozwala pracodawcy na osiągnięcie celu zamierzonego w umowie o pracę¹. Naruszenie interesu pracodawcy, które uzasadnia wypowiedzenie umowy o pracę, najczęściej przejawia się w:

- dezorganizowaniu procesu pracy;
- konieczności podjęcia przez pracodawcę działań natury organizacyjnej, celem zapewnienia prawidłowego toku pracy;
- poniesieniu przez pracodawcę dodatkowych kosztów związanych z zatrudnianiem innych pracowników w godzinach nadliczbowych lub zleceniem

¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1998 r., I PKN 335/98, OSNAPiUS 1999, nr 20, poz. 648.

obowiązków podmiotom świadczących pracę na podstawie umów cywilnoprawnych;

– powierzeniu obowiązków innym pracownikom, którzy nie posiadają tak dużego doświadczenia i umiejętności jak pracownik nieobecny, przez co nie dają tak dużej gwarancji prawidłowej realizacji zadań pracodawcy.

Naruszenie interesów pracodawcy ma charakter stopniowalny i w konkretnych przypadkach różną wagę, zważywszy na dopuszczalność wypowiedzenia umowy o pracę.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że choroba pracownika może stanowić wystarczającą przyczynę wypowiedzenia umowy o pracę. Jednak pracodawca musi wykazać, że nieobecność pracownika naruszyła jego interesy oceniane przez pryzmat celów i zadań pracodawcy. Ocena zasadności wypowiedzenia umowy o pracę w konkretnej sprawie odbywa się po rozważeniu stopnia naruszenia interesów pracodawcy. Przy kwalifikacji, czy w danych okolicznościach dopuszczalne jest rozwiązanie umowy o pracę, pracodawca powinien pamiętać, że musi tak organizować swoją działalność, aby brać pod uwagę nieuchronność nieobecności pracowników z powodu chorób, urlopów i innych usprawiedliwionych przyczyn². Obowiązek ten wynika z ryzyka osobowego, jakie ponosi pracodawca.

Reasumując, tylko istotne naruszenie interesów pracodawcy uzasadnia działania zmierzające do rozwiązania umowy o pracę. Jeśli nieobecność pracownika w pracy wskutek choroby nie ma takiego charakteru, pracodawca powinien tolerować taki stan rzeczy. Innymi słowy, jedynie dokuczliwe dla pracodawcy absencje chorobowe mogą być podstawą do wypowiedzenia stosunku pracy. Decyduje o tym pryzmat rodzaju działalności, długotrwałość i częstotliwość nieobecności chorego pracownika, stopień perturbacji, jakie dla pracodawcy powodują jego absencje chorobowe. Nie bez znaczenia są również inne okoliczności, takie jak rodzaj stanowiska zajmowanego przez nieobecnego pracownika czy okres, na który przypada absencja³. Dodatkowo pracodawca jest obowiązany do wykazania, że choroba konkretnego pracownika doprowadziła do naruszenia jego istotnych interesów.

Zgodnie z przepisem art. 45 § 1 k.p.⁴, rozwiązanie umowy o pracę za wypowiedzeniem jest dopuszczalne, jeżeli będzie uzasadnione. Sformułowanie to skłania do badania nie tylko ważnych interesów pracodawcy, ale rów-

² Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 listopada 2001 r., I PKN 449/00, OSNAPiUS 2003, nr 19, poz. 456.

³ W wyroku z dnia 3 listopada 1997 r. (I PKN 327/97, OSNAPiUS 1998, nr 16, poz. 476) Sąd Najwyższy rozpoznawał sprawę, w której nieobecność pracownika będącego radcą prawnym przypadała w okresie szczególnie trudnej ekonomicznie sytuacji dla pracodawcy. Sąd Najwyższy nie miał wątpliwości, że wspomniane okoliczności w nowych warunkach ustrojowych i społeczno-gospodarczych dają pracodawcy możliwość rozwiązania stosunku pracy.

⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r., nr 21, poz. 94 ze zm.

niez zawiera element okoliczności leżących po stronie pracownika. Istotne jest, czy ważne powody wiążące się z osobą konkretnego pracownika nie stoją w opozycji do zamiaru rozwiązania umowy o pracę. Z jednej strony wypowiedzenie stosunku pracy jest zwykłym sposobem zakończenia więzi pracowniczey, jednak z drugiej strony pracodawca musi mieć ważką przyczynę, dla której zmierza do zakończenia umowy o pracę. Mimo jej istnienia, szczególne okoliczności związane z osobą pracownika niejednokrotnie nie pozwalają stwierdzić, że wypowiedzenie było uzasadnione.

Przykładowo można przytoczyć jedynie niektóre istotne przyczyny, dla których pracodawca powinien w pewnych wypadkach powstrzymać się z wypowiedzeniem umowy o pracę :

- długotrwałe zatrudnienie u danego pracodawcy lub u innych pracodawców,
- wykonywanie pracy bez zastrzeżeń,
- świadczenie pracy w szczególnie uciążliwych i szkodliwych warunkach,
- niska odpłatność za wykonywaną pracę.

Oczywiście wskazane okoliczności mają różny ciężar gatunkowy i podlegają stopniowaniu.

Trudno do końca zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego⁵, zgodnie z którym długoletni staż pracy i wykonywanie przez pracownika należycie swoich obowiązków to za mało do postawienia tezy, że wypowiedzenie z powodu absencji chorobowej koliduje z zasadami współżycia społecznego i skutkiem tego stanowi nadużycie prawa ze strony pracodawcy. Należy mieć na uwadze, że z konstrukcji umowy o pracę (ryzyko pracodawcy) wynika obowiązek tolerowania przez pracodawcę faktu korzystania przez pracowników ze zwolnień lekarskich. Nadto naruszenie ważnych interesów zatrudniającego wskutek absencji chorobowych może mieć różny ciężar gatunkowy. Można przyjąć, że im stopień ten jest niższy, tym większe znaczenie mają okoliczności leżące po stronie pracownika, szczególnie gdy ich waga jest niewspółmierna do uciążliwości, jakie dotyczą pracodawcę, który musi znosić nieobecność pracownika w pracy.

Podkreślenia wymaga fakt, że w pewnych wypadkach pracodawca powinien wykazać znacznie więcej tolerancji i nie sięgać pochopnie po wypowiedzenie umowy o pracę lub nawet powstrzymać się z zamiarem jej rozwiązania aż do czasu wyczerpania dyspozycji art. 53 § 1 k.p., czyli do chwili gdy zakończenie stosunku pracy będzie możliwe bez wypowiedzenia z winy pracownika z uwagi na wyczerpanie zasiłku chorobowego. Niewątpliwie sytuacja taka powstanie w razie długoletniego zatrudniania pracownika w szczególnie

⁵ Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 października 1999 r., I PKN 323/99, OSNAPiUS 2001, nr 5, poz. 157.

uciażliwych lub szkodliwych warunkach, które stanowiły przyczynę jego nieodwracalnej choroby wymagającej długich okresów leczenia. Celnie Sąd Najwyższy stwierdził, że pracodawca w takich przypadkach powinien liczyć się z możliwością negatywnej sądowej weryfikacji pozbycia się długoletnich pracowników, którzy utracili zdrowie w związku z urągającymi bezpieczeństwu i higienie pracy warunkami wykonywania zatrudnienia. Spowoduje to uznanie dokonanego wypowiedzenia umowy o pracę za czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (art. 8 k.p.). Pracownicy tacy nie powinni być traktowani instrumentalnie jako zbędny lub nieprzydatny zawodowo balast dezorganizujący proces produkcji u pozwanego pracodawcy, który nie dostrzega lub pomniejsza własne ewidentne zaniedbania obowiązku zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, przyczynowo wpływających na obniżanie zdrowotnej sprawności zawodowej pracowników⁶. Podobnej ocenie może podlegać wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę, gdy choroba powstała w konsekwencji wypadku przy pracy lub choroby zawodowej, szczególnie gdy pracodawcy można choć w części przypisać winę w tym zakresie.

Należy zasadnie przyjąć, że źródło powstania schorzenia u pracownika nie pozostaje bez znaczenia dla oceny zasadności wypowiedzenia umowy o pracę. Odrębne zagadnienie sprowadza się do pytania, czy rodzaj schorzenia ma takie znaczenie. Na potrzeby niniejszego opracowania można podzielić choroby na przewlekłe i przejściowe. Pierwsze z nich mogą prowadzić do całkowitego wyleczenia lub jedynie zalecenia z możliwością nawrotu. Z kolei choroby o charakterze przejściowym mogą być jednorazowe lub częstokrotnie się powtarzać. Podstawą przyjętego kryterium jest długotrwałość nieobecności.

W wyroku z dnia 6 listopada 2001 r. Sąd Najwyższy⁷ stwierdził, że dla wykładni pojęcia „uzasadnione przyczyny wypowiedzenia” w kontekście absencji chorobowej istotne jest również dokonanie oceny przyczyny nieobecności. Dalej wskazał, że jeżeli niezdolność pracownika do pracy była następstwem choroby, która definitywnie minęła i nie miała charakteru przewlekłego, to nieobecność w pracy pracownika spowodowana tego rodzaju chorobą nie stanowi uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia umowy o pracę. W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy podkreślał, że uzasadnioną przyczyną rozwiązania stosunku pracy za wypowiedzeniem mogą stanowić: „nieprzewidziane, długotrwałe i powtarzające się nieobecności pracownika w pracy”⁸, „częste lub długotrwałe absencje chorobowe”⁹.

⁶ Zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1998 r., I PKN 398/98, OSNAPiUS 1999, nr 23, poz. 751.

⁷ I PKN 673/00, OSNAPiUS 2003, nr 19, poz. 459.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 1997 r., I PKN 422/97, OSNAPiUS 1998, nr 20, poz. 600.

⁹ Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1998 r., I PKN 335/98, OSNAPiUS 1999, nr 20, poz. 648.

Wydaje się, że w przytoczonych wypowiedziach nie należy dopatrywać się sprzeczności. Sąd Najwyższy rozstrzyga konkretne stany faktyczne, z których nie zawsze da się wyprowadzić ogólnie obowiązujące wnioski. Jedno jest jednak warte podkreślenia – umowa o pracę nosi w sobie element wzajemnego zaufania. Pracownik może korzystać z przysługujących mu praw (w tym do zwolnień lekarskich), jednak zachowanie to nie może przekraczać dopuszczalnego umiaru. Z kolei pracodawca powinien tolerować niekoniecznie odpowiadające mu działania pracownika do czasu, gdy nie pozostają one w jawnej sprzeczności z celem umowy o pracę. W myśl tego długotrwałe choroby pracownika prowadzące do jego całkowitego wyleczenia z reguły nie będą stanowiły podstawy do wypowiedzenia stosunku pracy. Zresztą warto zwrócić uwagę, że na przeszkodzie rozwiązaniu umowy za wypowiedzeniem będzie stał przepis ochronny zawarty w art. 41 k.p. Jedyną możliwością zakończenia zobowiązania pracowniczego powstanie po wyczerpaniu dyspozycji art. 53 § 1 k.p.

Inna sytuacja powstaje przy chorobach przewlekłych, charakteryzujących się nawrotem objawów chorobowych. Wtedy nadmierne korzystanie ze zwolnień lekarskich (szczególnie długotrwałych) może doprowadzić pracodawcę do zasadnego wniosku, że zachowanie pracownika pozostaje w sprzeczności z celem umowy o pracę. Ważny interes pracodawcy może przemóc prawo pracownika do korzystania ze zwolnień lekarskich. Podobnie jest z chorobami przejściowymi (np. grypa, przeziębienie). Generalnie pracodawca powinien tolerować krótkotrwałe niezdolności pracownika do pracy. Jednak jeżeli w znacznym okresie czasu ilość tych absencji jest niewspółmierna do dni roboczych, to trudno nie oprzeć się wrażeniu, że stan taki koliduje z sensem i celem umowy o pracę. Szczególnie zważywszy, że nieobecności w takich przypadkach są nieprzewidywalne dla pracodawcy. Warto jednak jeszcze raz podkreślić, iż w razie krótkotrwałych chorób przejściowych pracodawca musi zachować daleko posuniętą ostrożność i umiar. Jedynie stan faktyczny, który pozwala obiektywnie stwierdzić, że brak jest pomyślnych rokowań na poprawę sytuacji, daje podstawę do przyjęcia zasadności wypowiedzenia umowy o pracę. Innymi słowy, zachwianie zaufania pracodawcy, zważywszy na cel umowy, otwiera drogę do zakończenia stosunku pracy. Podobnie jest w razie powracających przewlekłych stanów chorobowych, jednak w tych wypadkach okoliczności te są łatwiejsze do uchwycenia i uzasadnienia. Nadto długotrwałe absencje chorobowe powodują, że pracownik „przybliża się” do dyspozycji zawartej w art. 53 § 1 k.p. Skoro pracodawca może rozwiązać stosunek pracy bez wypowiedzenia z racji długotrwałej nieobecności spowodowanej chorobą, to tym bardziej uzasadnione wydaje się sięgnięcie po ustawowy i zwykły sposób zakończenia umowy, jakim jest wypowiedzenie.

Reasumując, pracodawca – jako decydent i inspirator wypowiedzenia umowy o pracę z powodu absencji chorobowej pracownika – powinien rozwa-

żyć szereg okoliczności, aby nie narazić się na negatywną weryfikację powyższej decyzji przez sąd. W trakcie procesu decyzyjnego pracodawcy powinna stać przyświecać zasada, w myśl której pracownik ma prawo do korzystania ze zwolnień lekarskich. Mając to na uwadze, pracodawca winien rozważyć:

1. Jakie skutki i znaczenie – zważywszy na cel umowy i interes pracodawcy – mają nieobecności pracownika? Czy uciążliwość ich znoszenia jest sprzeczna z istotą zatrudnienia pracowniczego, przez co ich dalsze tolerowanie pozostaje w wyraźnej opozycji do obowiązku godzenia się na absencje chorobowe pracownika? W tym zakresie pracodawca jest zmuszony rozważyć sytuację konkretnego pracownika przez pryzmat rodzaju działalności zakładu pracy i pozycji oraz stanowiska zajmowanego przez zatrudnionego.

2. Jeśli powyższy tok myślowy doprowadzi do wniosku, że zachowanie pracownika koliduje z ważnymi interesami pracodawcy i przełamuje ogólny obowiązek tolerowania nieobecności pracownika w pracy z powodu choroby, to pracodawca dodatkowo musi rozważyć, czy po stronie pracownika nie leżą ważne przyczyny stojące na przeszkodzie wypowiedzeniu umowy o pracę. Badanie zasadności wypowiedzenia sprowadza się bowiem do ważenia słusznych interesów stron, nie tylko pracodawcy, ale również pracownika. Jeżeli okoliczności podniesione przez pracownika są gatunkowo ważniejsze lub co najmniej równorzędne, to powstaje wątpliwość, czy wypowiedzenie będzie uzasadnione w świetle art. 45 k.p.

3. Niezależnie od powyższego pracodawca musi również rozważyć, czy rodzaj choroby i jej charakter dają podstawę do przyjęcia, że jedynym i koniecznym rozwiązaniem, zważywszy na stawiane cele, jest zakończenie stosunku pracy. Można stwierdzić, że pracodawca powinien ocenić rodzaj schorzenia lub schorzeń pracownika, a także ich dotychczasowy przebieg. Wypowiedzenie umowy o pracę może nastąpić w sytuacji, gdy obiektywnie można założyć, iż brak jest pomyślnych rokowań na zmniejszenie lub wyeliminowanie absencji chorobowych, tym samym na pełne osiągnięcie celów stawianych przez pracodawcę w procesie świadczenia pracy. Z pewnością brak jest podstaw do wypowiedzenia umowy o pracę po całkowitym wyzdrowieniu pracownika, które daje pewność, że przebyta choroba nie będzie przyczyną kolejnej nieobecności w pracy. Pracodawca w procesie oceny rodzaju i charakteru choroby nie musi oczywiście odwoływać się do wiedzy medycznej, wystarczy przeprowadzenie procesu badawczego w oparciu o zasady zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego.

Ocena stanu faktycznego według wskazanych powyżej kryteriów pozwoli przyjąć, czy w danych okolicznościach decyzja o wypowiedzeniu umowy o pracę z uwagi na absencje chorobowe pracownika jest uzasadniona w świetle treści art. 45 § 1 k.p.

Janusz Orłowski
Olsztyn

Pojęcie i klasyfikacje sankcji w polskim prawie podatkowym

1. Uwagi wstępne

Od lat dziewięćdziesiątych XX wieku w polskim piśmiennictwie z zakresu prawa podatkowego zwiększoną uwagę poświęca się problematyce sankcji¹. Wiąże się to niewątpliwie ze znaczeniem dolegliwości za naruszenia obowiązków przewidzianych w przepisach prawa podatkowego. W polskiej literaturze przedstawiono wszak dotychczas bardzo wąskie teoretyczne opracowania dotyczące sankcji podatkowoprawnych. Poza tym stanowiska przedstawiane w artykułach czy głosach dotyczą zwykle wybranych zagadnień. Skłania to do podjęcia rozważań nad problematyką wskazaną w tytule niniejszego opracowania. Na wstępie niezbędne jest krótkie przybliżenie pojęcia sankcji prawnych na gruncie teorii prawa, jak i nauki prawa finansowego.

Ze specyfiką tytułowej problematyki wiąże się spostrzeżenie J. Filipka, iż pojęcia, klasyfikacje i instytucje prawne mogą powstać tylko na gruncie obowiązującego materiału prawnego i zachowują jakikolwiek walor, jak długo znajdują w obowiązującym prawie pełne uzasadnienie. Zmianie bowiem materiału prawnego – uchylanie przepisów dotychczas obowiązujących lub zastępowanie ich innymi – powoduje w odpowiednim zakresie to, że instytucje poprzednio wypracowane tracą aktualność w części lub całkowicie. A wtedy dla nowego materiału prawnego należy opracować nowe pojęcia, klasyfikacje i instytucje². Omawiane w tym artykule formy i klasyfikacje sankcji w prawie podatkowym – analizowane na gruncie aktualnie

¹ Por. H. Dzwonkowski, *Sankcje podatkowe*, Kancelaria Sejmu. Biuro Studiów i Ekspertyz, październik 1997; idem, *Konstytucyjność sankcji podatkowych*, „Monitor Podatkowy” 1999, nr 3, s. 22–23 oraz piśmiennictwo wskazane w pracy: A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, Warszawa 2002, s. 171–179. Por. także definicje w: *Międzynarodowy Słownik Podatkowy*, Warszawa 1997, s. 361–362.

² Por. J. Filipek, *Spór o strukturalne elementy norm prawa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1984, nr 6, s. 112.

obowiązującego prawa – można zatem przynajmniej częściowo opisywać inaczej niż w świetle dawnego stanu prawnego i ówczesnych stanowisk doktryny.

2. Pojęcie i rodzaje sankcji prawnych

Pojęcie sankcji prawnej w prawoznawstwie od dawna jest wieloznaczne i ujmowane jako:

- a) zapowiedź stosowania określonych ujemnych następstw,
- b) realizacja ujemnych następstw wobec adresata naruszającego wymogi dyspozycji normy prawnej,
- c) swoisty zwrot językowy,
- d) motyw postępowania³.

W poszczególnych dziedzinach prawa pojęciem sankcji operuje się z różną częstotliwością⁴. Sankcje prawne mogą być przy tym analizowane na wielu płaszczyznach, np. prawnosocjologicznej, psychospołecznej, psychobehawioralnej, prawnodogmatycznej⁵, logiczno-językowej.

Podstawą rozważań nad rodzajami i klasyfikacjami sankcji w niniejszym artykule będzie logiczno-językowa płaszczyzna badania prawa⁶. Sankcję prawną opisuje się tu jako „[...] określenie tych następstw (skutków) naruszenia prawa przez adresata, które powstają poprzez przymusowe działanie organów państwowych, a które według oceny ustawodawcy powinny wywoływać u niego powstanie sytuacji niekorzystnej w relacji do sytuacji zastanej oraz są traktowane przez niego jako kara za naruszenie prawa”⁷.

Z pojęciem sankcji prawnej jest związana konstrukcja przymusu prawnego, który – podobnie jak sankcję – można analizować w płaszczyźnie lo-

³ A. Werner, *W przedmiocie struktury normy prawnej*, „Państwo i Prawo” 1959, nr 12, s. 1000.

⁴ A. Gryniuk, *Przymus prawny. Studium socjologiczno-prawne*, Toruń 1994, s. 41–42.

⁵ Por. J. Kowalski, W. Lamentowicz, P. Winczorek, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1981, s. 95–96; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 144–146 i 159–160.

⁶ Etymologię terminu „sankcja” przedstawił J. Bentham w pracy pt.: *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, wyd. polskie: Kraków 1958, s. 47. Zdaniem H. Grotiusa: *sanctio est malum passionis quod infligitur ob malum actionis* – cyt. za: L. del Federico, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano 1993, s. 170. Współcześnie „sankcja” jest zwrotem polskiego języka prawnego. Por. np. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 11 lipca 2000 r. w sprawie sankcji ekonomicznych za wprowadzenie do obrotu wyrobów podlegających oznaczeniu znakiem bezpieczeństwa, a nieoznaczonych tym znakiem lub niespełniających innych wymagań, a także za wykonanie usług niespełniających odpowiednich wymagań (Dz.U. nr 55, poz. 661) czy rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 lipca 2004 r. w sprawie wykazu opłat o charakterze sankcyjnym (Dz.U. nr 161, poz. 1682).

⁷ J. Śmiałowski, *Zagadnienie przymusu w prawie a struktura normy prawnej*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze 8” Kraków 1961, s. 80.

giczno-językowej, w kategoriach czysto analitycznych (czy zawiera się w strukturze normy prawnej, czy jest tożsamy z sankcją), jak też w płaszczyźnie socjologiczno-psychologicznej (jako środek kontroli społecznej przez prawo)⁸. Prawnicze określenie przymusu obejmuje groźby wysłowione w normach prawnych z intencją wytworzenia u adresatów sytuacji przymusu psychicznego (wywieranie wpływu na ich procesy decyzyjne) i ich realizację (przymus fizyczny)⁹. Wytworzenie sytuacji przymusowej, czyli spowodowanie, że dana osoba staje przed wyborem: czy zachować się w sposób, który będzie dla niej mniejszym złem, czy narazić się na zło grożące za inne postępowanie¹⁰, jest główną cechą oddziaływania sankcji prawnej.

Analizując konstrukcje i charakter sankcji prawnych, wypada zwrócić uwagę na ich relację do odpowiedzialności prawnej. W tym ostatnim pojęciu znajduje wyraz „[...] zasada ponoszenia przez podmiot przewidzianych prawem ujemnych konsekwencji za zdarzenia lub stany rzeczy podlegające ujemnej kwalifikacji normatywnej i przypisywalne prawnie określone podmiotowi w danym porządku prawnym”¹¹. Zarówno sankcja, jak i odpowiedzialność łączą się z sytuacją przymusową, stąd odpowiedzialność oznacza konkretny już stan, w którym adresat wypowiedzi normatywnej znalazł się w polu sankcji¹². W niektórych dziedzinach prawa przewiduje się też instytucje dopuszczające sankcje i realizację odpowiedzialności prawnej podmiotów, które nie wywołały zdarzeń objętych sankcjami (odpowiedzialność posiłkowa).

Zróznicowanie form sankcji prawnych budzi potrzebę ich uporządkowania. Najczęściej spotykane klasyfikacje sankcji prawnych uwzględniają częstotliwość ich występowania w określonych gałęziach systemu prawa albo charakter wpływających z nich konsekwencji¹³.

W ramach pierwszego podziału wyodrębnia się sankcje typowe dla prawa karnego, cywilnego, administracyjnego i innych gałęzi systemu prawa; pozwala to na określanie sankcji przymiotnikiem przyporządkowującym je do unormowań określonego typu, jako należących (względnie bardzo zbliżonych) do danej gałęzi systemu prawnego (np. sankcje cywilne, administracyjne, finansowe, karnoskarbowe, prawnomiędzynarodowe itd.). Cechy tak wyróżnianych rodzajów sankcji postrzega się w świetle celów, specyfiki, zasad danych gałęzi systemu prawa i ich podstawowej metody regulacji prawnej oraz charakteru oddziaływania na określone dobra jednostek, ale często z zastrzeżeniem, że mogą one wystąpić także w innych gałęziach systemu prawnego.

⁸ A. Gryniuk, op. cit., s. 40.

⁹ Ibidem, s. 33.

¹⁰ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 90–91.

¹¹ W. Lang, *Struktura odpowiedzialności prawnej*, „Zeszyty Naukowe UMK”. Prawo 8, Toruń 1968, s. 12.

¹² S. Ehrlich, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1979, s. 104.

¹³ Por. M. Weralski, *Polskie prawo finansowe*, Warszawa 1978, s. 67.

Inny podział sankcji prawnych, wykorzystywany częściej w teorii prawa niż dogmatyce, jest podstawą wyróżnienia sankcji represyjnej, egzekucyjnej i sankcji nieważności¹⁴. Takie ujęcie pozwala przybliżyć modele oddziaływania władzy na zachowania podmiotów prawa poprzez odpowiednie instytucje prawne i przymus związany z ich stosowaniem, wobec czego odgrywa ono szczególną rolę w dydaktyce prawoznawstwa. Podział taki nie znajduje jednak wystarczająco klarownego odzwierciedlenia w konstrukcjach niektórych dziedzin dogmatyki. Z jego pomocą charakteryzuje się podstawowe rodzaje sankcji przez wskazanie ich cech następująco:

1) *Sankcja represyjna*

Podstawową formą sankcji represyjnej jest kara polegająca na sprawieniu dolegliwości, która – w zależności od zasad i celów regulacji prawnej – jest odpłatą za czyn zabroniony, ma zapobiegać popełnianiu zabronionych czynów w przyszłości i może zmierzać do naprawienia szkody¹⁵. Paradygmatem sankcji karnej są kary przewidziane w przepisach prawa karnego, karnego skarbowego czy prawa wykroczeń. Do sankcji karnych należy m.in. pozbawienie wolności, ograniczenie wolności, grzywna, pozbawienie praw publicznych, zakaz wykonywania określonego zawodu. Wymiar takich środków jest uzależniony głównie od rodzaju chronionego dobra i społecznej szkodliwości zabronionego zachowania.

Opis sankcji represyjnej wymaga zaznaczenia, że nie pokrywa się ona z sankcją karną, bo represja jest pojęciem szerszym¹⁶ od karania; zamienne operowanie pojęciami takich sankcji stało się jednak pewną konwencją w literaturze.

Bardzo szczególny – ze względu na inne funkcje niż odpłata i prewencja – jest charakter odsetek za zwłokę w zapłacie należności pieniężnej, jak też tzw. kary umownej ustalanej zgodnie z art. 484 k.c.

Od sankcji karnych różnią się pod wieloma względami sankcje dyscyplinarne¹⁷, związane z odpowiedzialnością dostosowaną do potrzeb pewnych organizacji¹⁸. Cechą odpowiedzialności dyscyplinarnej i służbowej jest szerokości i zróżnicowany zakres jej przesłanek oraz niezależność od innych reżimów

¹⁴ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1993, s. 49.

¹⁵ Por. np. Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 263–266.

¹⁶ Por. A. Gryniuk, op. cit., s. 43.

¹⁷ Por. np. art. 34–35 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 86, poz. 953 ze zm.); ustawa z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r., nr 142, poz. 593 ze zm.); art. 38 w zw. z art. 36 i 37 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 ze zm.).

¹⁸ Por. Z. Leoński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie Polski Ludowej*, Poznań 1959, s. 9 i 187.

odpowiedzialności prawnej¹⁹. Do form sankcji służbowych i dyscyplinarnych należy kara upomnienia, nagany, pozbawienie możliwości awansowania na wyższe stanowisko, wydalenie z pracy w urzędzie. Sankcje tego rodzaju występują m.in. w przepisach normujących dyscyplinę finansów publicznych²⁰.

Pewne cechy odpowiedzialności karnej ma odpowiedzialność konstytucyjna. Związane z nią sankcje są kierowane do osób piastujących najwyższe stanowiska państwowe za czyny niestanowiące przestępstwa, popełnione w zakresie urzędowania albo w związku z zajmowanym stanowiskiem w sposób zawiniony i naruszający Konstytucję lub inną ustawę²¹. Sankcja ma tu postać utraty czynnego i biernego prawa wyborczego, zakazu zajmowania kierowniczych stanowisk w organach państwowych i organizacjach społecznych, utraty wszystkich lub niektórych odznaczeń i tytułów honorowych²².

2) Sankcja egzekucyjna

Sankcja egzekucyjna jest środkiem zmuszenia danego podmiotu do wykonania ciężącego na nim obowiązku, jeśli nie nastąpiło to dobrowolnie²³. Nie zmierza ona do wyrządzenia dolegliwości czy wywarcia nacisku dla spowodowania określonego zachowania, ale do zrealizowania określonego stanu rzeczy na drodze przymusowej, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Taka sankcja może przybrać, zależnie od realizowanych obowiązków, postać przymusu osobistego lub wykonania zastępczego (np. odebrania i sprzedaży rzeczy). Należy zauważyć, że sankcja egzekucyjna nie jest immanentnie związana z restytucją (powrotem do stanu sprzed naruszenia prawa); odróżniać ją też należy od samej egzekucji, a nadto nie zawsze zawiera element przymusu (np. w przepisach prawa cywilnego)²⁴. Taki szczególny charakter egzekucji podkreśla np. art. 16 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji²⁵, według którego zastosowanie środka egzekucyjnego w postępowaniu egzekucyjnym nie stoi na przeszkodzie wymierzeniu kary w postępowaniu karnym, w sprawach o wykroczenia lub dyscyplinarnym za niewykonanie obowiązku.

¹⁹ Z. Cieślak, [w:] Z. Cieślak, I. Lipowicz, Z. Niewiadomski, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2000, s. 75.

²⁰ Por. ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 r., nr 14, poz. 114). Por. także nieobowiązujące już: art. 57 ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (tekst jedn. Dz.U. z 1993 r., nr 72, poz. 344); Dział V (art. 137–179) ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 15, poz. 148 ze zm.).

²¹ Art. 1 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., nr 101, poz. 925 ze zm.).

²² Por. art. 25 ustawy o Trybunale Stanu.

²³ J. Nowacki, Z. Tobor, op. cit., s. 32.

²⁴ Por. A. Gryniuk, op. cit., s. 44.

²⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 229, poz. 1966 z późn. zm.

3) Sankcja nieważności

Nieważność jest związana z naruszeniem norm konstruujących czynności konwencjonalne. Takie normy mają charakter dyrektyw celowościowo-technicznych, stanowiących, jak należy działać, by osiągnąć zamierzony cel. W razie ich nieprzestrzegania nie pojawi się przymus państwowy, bo nie naruszono prawnego obowiązku. To w interesie danego podmiotu leży przestrzeganie prawnych wymogów związanych ze skutecznym, tzn. wywołującym określone (zamierzone) konsekwencje prawne, dokonaniem czynności²⁶. Wyrazem sankcji nieważności jest ustanie skutku prawnego wadliwych czynności cywilnoprawnych, jak też np. stwierdzenie nieważności aktu administracyjnego, jeżeli zawiera on ciężką wadę określoną w ustawie²⁷. W relacji sankcji nieważności do przymusu państwowego można zauważyć, że wobec niedokonania czynności prawnej w sposób prawem przewidziany nie wystąpią skutki prawne w postaci obciążenia kogoś obowiązkami wymuszonymi użyciem siły ze strony państwa²⁸.

W podsumowaniu tej części rozważań wypada stwierdzić, że konstrukcje prawne wprowadzające sankcje są instrumentem gwarantującym przestrzeganie norm prawnych. Ich cechą, jak trafnie zauważono w literaturze, nie jest wyłącznie wywołanie negatywnych konsekwencji u adresata normy w związku z naruszeniem nakazu czy zakazu, lecz głównie zapowiedź wyciągnięcia takich konsekwencji²⁹. Stosowanie sankcji wiąże się ze stworzeniem sytuacji przymusowej, prowadzącej do ukształtowania obowiązków i uprawnień określonego podmiotu w sposób mniej korzystny, niż wynikałoby to z jego postępowania zgodnego z wyznaczoną w przepisach prawnych sytuacją (treścią dyspozycji normy prawnej).

3. Sankcje finansowoprawne

M. Mazurkiewicz wśród form sankcji finansowoprawnych wyróżnił:

- nieważność czynności prawnej sprzecznej z porządkiem prawnym,
- odmienne ukształtowanie (zmiana treści) stosunku prawnego,
- bezskuteczność aktu finansowego wobec podmiotu realizującego dyspozycje finansowe w przypadku wadliwości aktu,
- przymusowe wykonanie zobowiązania finansowego,

²⁶ Por. A. Gryniuk, op. cit., s. 44–45 i J. Kowalski, *Wstęp do nauk o państwie i prawie*, Warszawa 1971, s. 202.

²⁷ Por. Z. Cieślak, op. cit., s. 72.

²⁸ Por. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 446.

²⁹ Por. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa i postępowania administracyjnego*, Warszawa 2000, s. 121 i cyt. tam literatura.

- przymus osobisty w postaci kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności oraz kary zastępczej pozbawienia wolności za grzywnę,
- sankcje finansowe o charakterze środków represji prawno-ekonomicznej³⁰.

C. Kosikowski i E. Ruśkowski, podkreślając cechy sankcji w prawie finansowym, wskazali: „Sporny jest przede wszystkim ich charakter. Nie można ich bowiem ograniczać jedynie do sankcji karnych lub pieniężnych. Są także inne dolegliwości, które wchodzą w grę, gdy zachowanie adresata normy nie pokrywa się z dyspozycją normy i jej celem. W tym sensie, przy stymulacyjnym charakterze norm prawa finansowego, sankcjami są również dolegliwości polegające na pozbawieniu możliwości uzyskania określonych korzyści materialnych i niematerialnych. Z legislacyjnego punktu widzenia określenie sankcji prawa finansowego nie zawsze ma miejsce łącznie z określeniem dyspozycji normy”³¹. W innym zaś opracowaniu C. Kosikowski ujmował sankcje jako konsekwencje prawne zachowania niezgodnego z obowiązującymi przepisami prawa finansowego. Mieściłyby się tu sankcje: restytucyjne, egzekucyjne, nieważności, utraty korzyści i uprawnień, sankcje karne, w tym pieniężne oraz ograniczenie i pozbawienie wolności³².

Na zróżnicowanie form sankcji w poszczególnych dziedzinach prawa finansowego zwrócił uwagę A. Borodo i zaznaczył, że prawo finansowe posługuje się sankcjami, które występują w całym systemie prawnym, tj. karnymi, egzekucyjnymi, prawno-politycznymi, konstytucyjnymi, cywilistycznymi, służbowymi, nadzorczymi, a nadto licznymi sankcjami związanymi z przymusem ekonomicznym³³.

Różnorodność form sankcji finansowopravných jest wyrazem złożonego charakteru prawa finansowego i szerokiego przedmiotu jego unormowań³⁴. Skoro normy prawa finansowego wyznaczają konsekwencje zdarzeń kwalifikowanych także w innych dziedzinach systemu prawa, to operują też sank-

³⁰ M. Mazurkiewicz, *Sankcje prawno-finansowe*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, Ossolineum 1982, t. 1, s. 349–351; idem, *Odpowiedzialność finansowa za naruszenie dyscypliny budżetowej w PRL*, Wrocław 1968, passim.

³¹ C. Kosikowski, E. Ruśkowski, *Finanse i prawo finansowe*, Białystok 1993, t. 1, s. 51.

³² C. Kosikowski, *Problemy legislacyjne polskiego prawa finansowego i jego kodyfikacji*, Łódzkie Towarzystwo Naukowe, „Prace Wydziału II – Nauk Historycznych i Społecznych nr 90”, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wyd. Polskiej Akademii Nauk 1983, s. 83–84.

³³ A. Borodo, *Zagadnienia odpowiedzialności podatkowej przedsiębiorstw państwowych*, [w:] J. Głuchowski (red.), *Studia podatkowe*, Toruń 1991, s. 47–48.

³⁴ Por. np. art. 58, art. 63g ust. 3 i ust. 11, art. 75, art. 128b, art. 138, art. 141, art. 170–171 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r., nr 72, poz. 665 ze zm.); art. 35 ust. 1–2, art. 41, art. 42 ust. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r., nr 1, poz. 2); art. 31 i n. cyt. wyżej ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych; art. 65 ust. 5 ustawy z dnia 19 marca 2004 r. – Prawo celne (Dz.U. nr 68, poz. 622).

cjami stamtąd zapożyczonymi. Można zresztą wyróżniać sankcje „finansowe” jako takie, tj. powodujące dolegliwość pieniężną (opłata, dopłata, kara pieniężna, grzywna), wprowadzane często w różnych gałęziach systemu prawa, a zwłaszcza w prawie administracyjnym³⁵. Unormowania sankcji finansowopravných są też niekiedy postrzegane w literaturze jako jedna ze specyficznych cech prawa finansowego.

Odrębną analizę sankcji w prawie podatkowym uzasadnia samodzielny wobec prawa finansowego – w świetle stanowisk współczesnej doktryny – charakter prawa podatkowego³⁶. Są one jednak pod wieloma względami zbliżone do sankcji finansowopravných.

4. Pojęcie i cechy sankcji w prawie podatkowym

Najważniejszą cechą konstrukcji sankcji w prawie podatkowym jest niewątpliwie duże zróżnicowanie ich form³⁷. Można tu odnaleźć unormowania zbieżne z występującymi w innych gałęziach prawa, jak sankcje represyjne (karne, karnoskarbowe, dyscyplinarne³⁸), sankcje egzekucyjne, sankcje nieważności, a nadto sankcje o szczególnym charakterze i złożonej konstrukcji właściwe tylko tej dziedzinie (sankcje podatkowopravných), zaliczane – w świetle stanowisk współczesnej doktryny – do sankcji administracyjnych³⁹ z uwa-

³⁵ Por. np. art. 13 ust. 2 i n. ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. nr 97, poz. 1050 ze zm.); art. 24 ust. 8, art. 34–37 ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz.U. nr 229, poz. 2275); art. 101–106a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 86, poz. 804 ze zm.); art. 200–203 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., nr 164, poz. 1163 z późn. zm.). Por. także: D. Krzezińska, *Odpowiedzialność finansowa w stosunkach umownych*, [w:] E. Czerwińska (red.), *Funkcjonowanie systemu finansowego przedsiębiorstw państwowych*, Poznańskie Towarzystwo Przyjaciół Nauk, Wydział Historii i Nauk Społecznych, Prace Komisji Nauk Ekonomicznych, t. VI, Poznań 1984, s. 139–164. Sankcje pieniężne skierowane przeciwko państwu niewykonywacemu wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości przedstawia R. Ostrihansky, [w:] M.M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 342–344.

³⁶ Por. W. Nykiel, *Norma prawa podatkowego a elementy konstrukcji podatku. Wybrane zagadnienia*, [w:] A. Gomułowicz i J. Małecki (red.), *Ex iniuria non oritur ius. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Wojciecha Łączkowskiego*, s. 231–232 i cyt. tam literatura.

³⁷ Por. M. Mazurkiewicz, *Sankcje prawno-finansowe*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1, Ossolineum 1982, s. 348; M. Weralski, *Polskie prawo finansowe*, Warszawa 1978, s. 70; H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar zobowiązań podatkowych*, Warszawa 2003, s. 439–478.

³⁸ Zwraca na to uwagę J. Małecki w opracowaniu pt. *Z problematyki sankcji w prawie podatkowym ze szczególnym uwzględnieniem podatku VAT*, [w:] B. Brzeziński, J. Głuchowski, C. Kosikowski, R. Mastalski (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Apoloniusza Kosteckiego. Studia z dziedziny prawa podatkowego*, Toruń 1998, s. 159.

³⁹ Por. np. Z. Kmiecik, *Charakter prawny orzeczeń w sprawach o naruszenie dyscypliny budżetowej a koncepcja sankcji administracyjnej*, „Głosa” 1997, nr 11, s. 1–6; M. Bouvier, *Wprowadzenie do prawa podatkowego i teorii podatku*, Warszawa 2000, s. 123–127; J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 44; H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar...*, s. 446 i n.

gi na podobieństwo do konstrukcji występujących w prawie administracyjnym (m.in. upoważnienie organów administracji do ich wymiaru i podobne – zasadniczo nieskodyfikowane – reguły stosowania)⁴⁰.

Większość sankcji typowych dla prawa podatkowego wywiera bezpośrednio lub pośrednio dolegliwości natury pieniężnej. Stosuje się je często obok lub zamiast odpowiedzialności karnej czy cywilnej⁴¹. Prowadzą one do pogorszenia sytuacji majątkowej adresata normy prawnej na gruncie prawa materialnego czy formalnego⁴². Istnieją też sankcje niepowodujące bezpośrednio dolegliwości finansowych, polegające na pozbawieniu określonych uprawnień.

Sankcje podatkowopravne pełnią co najmniej trzy funkcje: fiskalną, dyscyplinującą i represyjną, mają więc tzw. hybrydowy charakter⁴³. Są one instrumentem wytworzenia sytuacji niekorzystnej, dolegliwości za zachowania niezgodne z celami danej regulacji prawnej. Normy prawa podatkowego wyznaczają przede wszystkim formy zachowań związanych z powinnością poniesienia przymusowego, publicznoprawnego świadczenia pieniężnego na rzecz Skarbu Państwa albo jednostki samorządu terytorialnego. Uchybienia temu obowiązkowi mogą polegać na uchylaniu się od zapłaty podatku, dążeniu do zmniejszenia jego rozmiarów, jak też na nieprawidłowościach w spełnianiu czynności instrumentalnych związanych z zapłatą lub związanych z ewidencjonowaniem określonych danych. Znamienna jest wielość sankcji za naruszenie obowiązków instrumentalnych. Wypada też podkreślić to, że w przepisach prawa podatkowego przewidziano reguły odpowiedzialności podmiotów innych niż podatnik. Stąd sankcje w postaci odsetek, kar pieniężnych czy egzekucji mogą być stosowane do osób trzecich⁴⁴, a wobec płatnika czy inkasenta⁴⁵ – także sankcje karnoskarbowe.

W problematyce sankcji w prawie podatkowym dostrzec też należy możliwość swoistego zbiegu różnych rodzajów sankcji związanych ze zdarzeniem

⁴⁰ Por. M. Stahl, *Sankcje administracyjne w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka*, Wyd. UJ, Kraków 2001, s. 652.

⁴¹ Współwystępowanie sankcji podatkowych z sankcjami karnoskarbowymi było istotnym problemem orzecznictwa w sprawach podatku od towarów i usług. Kwestię tę rozstrzygano m.in. w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK 1998, nr 3, poz. 30 oraz wyroku TK z dnia 4 września 2007 r., sygn. P 43/06 (Dz.U. nr 168, poz. 1187).

⁴² Por. J. Małecki, *Z problematyki sankcji...*, s. 158; por. szersze opracowania w literaturze obcej: G. Tournié, *Les sanctions fiscales dans l'Union européenne*, „Revue Française des Finances Publiques” 1999, nr 65, s. 105; J.-Cl. Ricci, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Aix-Marseille 1975, s. 265.

⁴³ H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar...*, s. 446 i cyt. tam literatura.

⁴⁴ Por. art. 107–119 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. nr 8, poz. 60 ze zm.) (dalej: O.p.)

⁴⁵ Por. art. 8–9 i art. 30 O.p.

polegającym na naruszeniu określonego obowiązku (np. stwierdzenia wygaśnięcia pewnego uprawnienia, wymiar dodatkowego zobowiązania podatkowego, odsetek oraz przeprowadzenia egzekucji tych należności, a nadto zastosowanie kar przewidzianych w przepisach prawa karnego skarbowego).

Do cech sankcji wywierających skutki finansowe należy także to, że organom administracji właściwym w sprawach podatkowych może przysługiwać upoważnienie do ich umarzania⁴⁶.

J. Małecki wskazuje na specyfikę norm prawa podatkowego wyrażoną w tym, że ustawodawca, biorąc pod uwagę zarówno funkcję fiskalną, jak i funkcję stymulacyjną systemu podatkowego, „wymusza” na adresatach normy prawnej pożądane zachowanie określone w jej dyspozycji (normie sankcjonowanej) za pomocą dwóch zasadniczych metod: kar, zwyczaj podatkowych, dolegliwości finansowych oraz niekiedy dolegliwości o charakterze niematerialnym lub nagród finansowych znajdujących wyraz np. w zwolnieniach podatkowych, ulgach podatkowych czy specjalnym oprocentowaniu nadpłaty podatku⁴⁷. Jako typowe dla prawa podatkowego J. Małecki wskazuje swoiste sankcje finansowe, nieznanne prawu karnemu, cywilnemu czy administracyjnemu, związane z różnymi przykrościami i dolegliwościami natury przede wszystkim pieniężnej, które mogą być stosowane obok lub zamiast odpowiedzialności cywilnej czy karnej. Mogą one wystąpić w następstwie naruszenia nakazów lub zakazów sformułowanych w prawie materialnym i procesowym⁴⁸.

Wśród cech sankcji podatkowopravných wyróżniono też w literaturze to, że mogą być one nakładane zarówno w drodze aktu administracyjnego, jak i powstawać *ex lege*. Naruszenie norm prawa podatkowego jest jedyną i wystarczającą przesłanką zastosowania sankcji, co świadczy o ich obiektywnym charakterze⁴⁹ (niezależności sankcji od stopnia zawinienia podmiotu podlegającego odpowiedzialności).

Wedle E. Rogali sankcja określa następstwa, jakie powinno pociągnąć za sobą zachowanie się adresata normy prawnej sprzeczne z jej treścią. Sankcja jest zatem rodzajem bodźca negatywnego, stymulującego zachowanie zmierzające do uniknięcia w określonej perspektywie przykrości materialnej stworzonej przez normę prawną⁵⁰.

M. Duda wśród modelowych cech sankcji podatkowopravných wyróżniła:

⁴⁶ Por. J. Orłowski, *Uznanie administracyjne w prawie podatkowym*, Gdańsk 2005, s. 105–106.

⁴⁷ J. Małecki, *Z problematyki sankcji...*, s. 156.

⁴⁸ Ibidem, s. 158–159.

⁴⁹ W. Modzelewski i in., *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, wyd. 6, Warszawa 2005, s. 133.

⁵⁰ E. Rogala, *Sankcje wobec podatników VAT*, „Przegląd Podatkowy” 1995, nr 2, s. 18; częściowo odmiennie R. Zelwianiński, *Czy sankcje w ustawach podatkowych są zgodne z konstytucją?*, „Przegląd Podatkowy” 1996, nr 1, s. 33.

a) powstanie u podatnika sytuacji niekorzystnej w relacji do sytuacji zastanej, co przejawiać się może w wyższym od powszechnego ciężarze opodatkowania;

b) wytworzenie sytuacji niekorzystnej w następstwie naruszenia wyraźnie określonego obowiązku prawnego;

c) zwiększenie bezwzględnego wymiaru podatku, co musi być traktowane jako kara za naruszenie normy prawa podatkowego.

Przy czym dolegliwość ma być zamierzona i ma wykroczać poza ramy przymusowej restytucji⁵¹.

Z punktu widzenia systemu prawa, zdaniem B. Brzezińskiego, sankcje norm prawa podatkowego mogą być zbudowane wewnątrz prawa podatkowego bądź poza nim. Na takie ujęcie sankcji pozwala przyjęcie koncepcji dwuczłonowej struktury norm prawa podatkowego, zwanej też konstrukcją norm sprzężonych (norma sankcjonowana – norma sankcjonująca)⁵². Norma sankcjonowana składa się z hipotezy i dyspozycji, wyrażających elementy konstrukcji danej instytucji podatkowoprawnej. Norma sankcjonowana jest także zbudowana z hipotezy (opisującej naruszenie normy sankcjonowanej) i dyspozycji (obowiązek poniesienia skutku prawnego naruszenia normy i uprawnienie do realizacji owego skutku)⁵³.

Sankcje wewnętrzne – jako normy sankcjonujące – towarzyszą normom sankcjonowanym. Dolegliwość jest wyrażona w dyspozycji normy sankcjonującej. Sankcje zewnętrzne tym zaś się wyróżniają, że polegają na dolegliwym oddziaływaniu poprzez normy sankcjonujące, należące wszak do innych gałęzi prawa (normy prawa karnego skarbowego i w pewnej mierze przepisy prawa administracyjnego normujące egzekucję należności pieniężnych). W prawie podatkowym występują sankcje o charakterze finansowym (np. zwyczajka podatku bądź cofnięcie nabytego prawa do ulgi albo zwolnienia podatkowego i konieczność zapłaty podatku) bądź inne niż finansowe (np. utrata możliwości korzystania z danej formy opodatkowania)⁵⁴.

⁵¹ Por. M. Duda, *Modele sankcji podatkowych – sankcje związane z odliczeniem podatku naliczonego w podatku od towarów i usług* [w:], A. Pomorska (red.), *Kierunki reformy polskiego systemu podatkowego*, Lublin 2003, s. 363.

⁵² Por. B. Brzeziński, *Wstęp do nauki prawa podatkowego*, Toruń 2001, s. 100–101. W kwestii dwuczłonowej koncepcji norm prawnych por. szerzej: J. Lande, *Nauka o normie prawnej*, „Annales UMCS. Sectio Ius”, vol. 3, Lublin 1956.

⁵³ Por. J. Nowacki, Z. Tobor, op. cit., s. 69-70. Poza ramami niniejszego artykułu mieści się kwestia budowy normy podatkowoprawnej, ale warto zaznaczyć, że przyjęcie koncepcji normy dwuczłonowej ma zalety. Uzasadnia bowiem występowanie norm sankcjonowanych i sankcjonujących w aktach normatywnych różnego rzędu i wydanych w innym czasie, pozwalając też na wszechstronną analizę następstw naruszenia przepisów prawa, a wreszcie można tu łatwiej wywieść uzasadnienie użycia przymusu państwowego wtedy, gdy jeszcze nie nastąpiło naruszenie prawa – np. w postępowaniu zabezpieczającym. Por. także J. Zimmermann, op. cit., s. 43–44.

⁵⁴ B. Brzeziński, op. cit., s. 100–101.

5. Klasyfikacje sankcji podatkowoprawnych

Podstawę klasyfikacji konstrukcji sankcji podatkowoprawnych mogą stanowić różne kryteria. Należy podkreślić, że klasyfikacje pełnią w zasadzie funkcje instrumentalne, służąc w szczególności do pełniejszej charakterystyki analizowanych unormowań.

Przyjęcie za podstawę zaliczenia danej konstrukcji do unormowań charakterystycznych dla systemu prawa podatkowego lub innej dziedziny pozwala wyróżnić – jak już wyżej wskazano – sankcje podatkowoprawne (wewnętrzne) oraz przejęte z innych dziedzin systemu prawa (zewnętrzne).

A. Gomułowicz przedstawił zaproponowane już wcześniej w nauce klasyfikacje sankcji podatkowych następująco⁵⁵:

1) *W oparciu o kryterium grup rodzajowych* (za cyt. wyżej M. Mazurkiewiczem):

- a) nieważność czynności prawnej sprzecznej z porządkiem prawnym;
- b) odmienne ukształtowanie stosunku prawnego (zmiana jego treści);
- c) bezskuteczność aktu finansowego wobec podmiotu realizującego dyspozycje finansowe w przypadku wadliwości tego aktu;
- d) przymusowe wykonanie zobowiązania podatkowego;
- e) przymus osobisty w postaci kary pozbawienia wolności, kary ograniczenia wolności oraz kary zastępczej pozbawienia wolności za grzywnę;
- f) rozbudowane w systemie prawa podatkowego sankcje finansowe skonstruowane jako środek represji.

2) *Na podstawie kryterium sytuacji niekorzystnej dla podatnika* (cytując J. Małeckiego):

- a) niemożliwość urzeczywistnienia spodziewanej przez adresata normy prawnopodatkowej korzystnej sytuacji finansowej;
- b) pozbawienie adresata normy prawnopodatkowej korzystnej sytuacji finansowej, w której ów adresat (już) się znajduje;
- c) utratę przez adresata normy prawnopodatkowej korzyści materialnych.

3) *Z punktu realizacji zobowiązań podatkowych oraz podatkowoprawnych uprawnień* (wg H. Dzwonkowskiego):

- a) realizacja należnych zobowiązań podatkowych niestanowiących zwyżki podatku w stosunku do zasad powszechnie obowiązujących („sankcyjność pozorna”);
- b) inna (zwiększona) w stosunku do zasad ogólnych podstawa wymiaru podatku;

⁵⁵ A. Gomułowicz, [w:] A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe...*, s. 191–192.

- c) inna (z reguły wyższa) w stosunku do zasad ogólnych stawka podatku;
- d) zmniejszenie lub utrata prawa do zwrotu podatku;
- e) utrata ulg podatkowych;
- f) powstanie dodatkowego zobowiązania podatkowego;
- g) szacunkowe określenie wysokości podstawy opodatkowania;

H. Dzwonkowski w opinii poświęconej sankcjom podatkowym wyróżnił nadto⁵⁶:

- a) sankcje karne (w tym karne skarbowe),
- b) sankcje administracyjne,
- c) sankcje podatkowe, a w tym m.in.:
 - sankcje administracyjno-podatkowe;
 - karne sankcje podatkowe⁵⁷.

Obok powyższych podziałów można także – ze względu na wystąpienie lub brak konsekwencji finansowych – wyróżniać następujące kategorie sankcji podatkowopravných (obok karnoskarbowych, egzekucyjnych, typowych administracyjnych, cywilnych i sankcji nieważności):

- a) sankcje pieniężne:
 - polegające na podwyższeniu podstawy opodatkowania,
 - powodujące podwyższenie zobowiązania podatkowego,
 - wywołujące dodatkowe zobowiązanie podatkowe,
 - dopłaty do należności oraz odsetki za zwłokę w zapłacie;
- b) utrata uprawnienia do korzystania z szeroko pojętych ulg podatkowych;
- c) zmniejszenie lub utrata prawa do zwrotu podatku⁵⁸;
- d) kary pieniężne;
- e) utratę uprawnień o charakterze niemajątkowym (niewpływających bezpośrednio na majątek danego podmiotu).

6. Formy sankcji we współczesnym polskim prawie podatkowym

Uwzględnienie morfologii konstrukcji prawnych pozwala na charakterystykę sankcji zawartych w przepisach prawa podatkowego (sankcji wewnętrznych) w sposób następujący:

⁵⁶ H. Dzwonkowski, *Sankcje podatkowe...*, s. 2–9 i s. 11–23. Bez bliższego omówienia autor ten zaproponował też podział na sankcje *sensu stricto* oraz sankcje *sensu largo* (s. 1).

⁵⁷ W próbie definicji karnych sankcji podatkowych H. Dzwonkowski wskazał, iż są to: świadczenia pieniężne, występujące w prawie podatkowym, quasi-podatkowe, lecz nieodpowiadające definicji podatku i niemające jego cech konstrukcyjnych, stanowiące podwyżkę podatku w stosunku do stawek podstawowych, mające charakter represyjny jak prawo karne, występujące jako drugie zagrożenie tego rodzaju – obok norm prawa karnego, choć stosowane według obiektywnych kryteriów i bez orzekania o winie, według uproszczonych procedur administracyjnych zamiast procedur karnych. Wyróżnił tu dodatkowe zobowiązanie podatkowe, podwyższenie lub zwiększenie podatku. Por. idem, *Sankcje podatkowe*, s. 9–10.

⁵⁸ W. Modzelewski i in., *Wstęp do nauki ...*, s. 133.

1) *Sankcje prawnopodatkowe o charakterze pieniężnym (finansowe)*

Przykładami instytucji regulujących następstwa naruszenia nakazów czy zakazów przewidzianych w materialnym prawie podatkowym są współcześnie:

- a) dodatkowe zobowiązanie w podatku od towarów i usług⁵⁹,
- b) podwyższenie kwoty zobowiązania podatkowego⁶⁰,
- c) podwyższenie stawki podatku⁶¹, prowadzące do zwiększenia kwoty zobowiązania podatkowego.

Wprowadzenie wskazanych unormowań jest związane z potrzebą zapobiegania uchybieniom formalnym w realizacji obowiązków instrumentalnych (np. nieprawidłowemu prowadzeniu ewidencji, niezadeklarowaniu zobowiązania we właściwej wysokości), a także uchylaniu się od podatku lub unikaniu opodatkowania⁶², bądź – w ramach szczególnych unormowań – uzyskania bezprawnych korzyści wskutek pobrania nienależnego zwrotu podatku⁶³. Dodatkowe dochody do budżetu pełnią też funkcje fiskalne, a znaczenie tego zjawiska stało się przedmiotem krytyki⁶⁴.

2) *Odsetki od zaległości podatkowych⁶⁵ oraz opłata prologacyjna⁶⁶*

Obowiązek zapłaty odsetek jest następstwem nieterminowego wykonania zobowiązań pieniężnych i wynagrodzeniem za nieuzasadnione korzysta-

⁵⁹ Art. 27 ust. 5-8 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym; por. H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar...*, s. 442–445; A. Hanusz, *Charakter prawny dodatkowego zobowiązania podatkowego w podatku od towarów i usług*, „Przegląd Podatkowy” 2000, nr 4, s. 6; A. Kucharski, *Ograniczenia i sankcje związane z odliczeniem podatku naliczonego z podatkiem od towarów i usług*, Toruń 1998, s. 79–103; D. Dudra, T. Burczyński, *Sankcje w podatku od towarów i usług a prawo wspólnotowe*, „Przegląd Podatkowy” 2006, nr 8, s. 31–37.

⁶⁰ Art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym; por. też szerokie ujęcie sankcji w podatku od towarów i usług w pracy: H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar...*, s. 464–471.

⁶¹ Art. 30 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych; art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. nr 144, poz. 930 ze zm.).

⁶² Por. art. 27 (1) VI Dyrektywy Rady Unii Europejskiej z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji przepisów Państw Członkowskich dotyczących podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (77/388/EEC) i komentarz do tego przepisu: P. Litwin, [w:] K. Sachs (red.), *VI Dyrektywa VAT. Komentarz do Dyrektywy Rady Unii Europejskiej dotyczących wspólnego systemu podatku od wartości dodanej*, C.H.Beck, Warszawa 2004, s. 738–756. W ujęciu tej Dyrektywy sankcje podatkowe kryją się pod pojęciem tzw. środków specjalnych, mających m.in. zapobiegać pewnym rodzajom uchylania się lub unikania opodatkowania.

⁶³ Por. np. art. 9 ustawy z dnia 10 marca 2006 r. o zwrocie podatku akcyzowego zawartego w cenie oleju napędowego wykorzystywanego do produkcji rolnej (Dz.U. nr 52, poz. 379).

⁶⁴ Por. R. Kubacki, *Sankcje prawnopodatkowe w ustawie o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym*, „Głosa” 1998, nr 10, s. 2.

⁶⁵ Art. 53–56 O.p.

⁶⁶ Art. 57 O.p.

nie z majątku wierzyciela⁶⁷. Zapłata odsetek nie jest uzależniona od winy podmiotu obowiązanego bądź przejawu woli jego albo organu podatkowego⁶⁸. Można przyjąć, że pełnią one funkcję restytucyjną⁶⁹.

W dawnych unormowaniach polskiego prawa podatkowego odróżniano odsetki za zwłokę oraz dodatek za zwłokę. Odsetki obliczano w stosunku rocznym bez względu na okres zalegania z zapłatą i rodzaj świadczenia podatkowego, gdy dłużnikiem była jednostka gospodarki uspołecznionej. Dodatek za zwłokę obciążał osoby fizyczne i podmioty gospodarki nieuspołecznionej; charakteryzował go progresywny wzrost stopy oprocentowania należności w zależności od jej rodzaju oraz przedłużania się okresu pozostawania w zwłoce w zapłacie⁷⁰.

Wypada zauważyć, że relatywnie wysoka stawka odsetek od zaległości podatkowych czy opłaty prolongacyjnej, tj. zredukowanej kwoty odsetek, w razie odroczenia terminu zapłaty podatku lub rozłożenia na raty podatku albo zaległości podatkowej prowadzi do zwiększenia kwoty należności do zapłaty⁷¹.

3) Sankcje prawnopodatkowe polegające na utracie uprawnień

Obok sankcji o charakterze finansowym, których cechą jest bezpośrednia ingerencja w majątek ponoszącego odpowiedzialność podmiotu, dolegliwość za zachowania prowadzące do niezrealizowania celu określonych norm prawnopodatkowych może nie mieć (bezpośrednio) charakteru pieniężnego, przybierając postać utraty:

- a) zwolnienia podatkowego⁷²,
- b) możliwości nabycia prawa do zryczałtowanej czy uproszczonej formy opodatkowania⁷³ (por. też niżej).

W razie zaistnienia zdarzeń niezgodnych z treścią określonych przepisów adresaci niezrealizowanych norm prawnych utracą pewne korzyści pole-

⁶⁷ Por. wyrok NSA z dnia 29 kwietnia 1998 r., I SA/Gd 1510/96, LEX nr 35932: „Odsetki w prawie podatkowym, podobnie jak w prawie cywilnym (art. 481 § 1 k.c.), są wynikiem samej zwłoki dłużnika i ich powstanie jest niezależne od przyczyn zwłoki”.

⁶⁸ Por. art. 53 § 1 O.p.

⁶⁹ Por. L. Stecki, *Opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych*, Poznań 1970, s. 195.

⁷⁰ Por. M. Gintowt-Jankowicz, *Odpowiedzialność podatkowa w obowiązującym prawie polskim*, „Studia Prawnicze” 1973, z. 35, s. 121–122; W. Kubiak, *Zobowiązania podatkowe. Objasnienia i teksty*, Warszawa 1958, s. 37–40.

⁷¹ Por. art. 56–57 O.p.

⁷² Por. np. art. 37 ust. 2a i ust. 3 ustawy z dnia 14 lipca 1991 r. o spółkach z udziałem zagranicznym (Dz.U. nr 60, poz. 253 ze zm.). Zgodnie ze wskazanym unormowaniem, w przypadku ogłoszenia likwidacji lub ogłoszenia upadłości spółek z udziałem zagranicznym, które miałyby miejsce w okresie zwolnienia od podatku oraz w okresie trzech lat od upływu okresu zwolnienia, spółki takie były obowiązane do zapłaty podatku dochodowego za okres objęty zwolnieniem podatkowym.

⁷³ Por. § 23 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 grudnia 1991 r. w sprawie karty podatkowej (Dz.U. nr 124, poz. 551 ze zm.).

gające na uprawnieniu do zmniejszenia wielkości obciążenia podatkowego albo preferencji czy ułatwień w ich wypełnianiu.

4) *Sankcje karne w ustawach podatkowych*

Kary za przestępstwa przewiduje art. 306 O.p., tj. pozbawienie wolności do lat 5, od 6 miesięcy do 5 lat bądź do lat 2 – w zależności od rodzaju ujawnionych danych, które są objęte tajemnicą skarbową. Bardzo surowe sankcje w postaci wysokich kwot grzywny oraz pozbawienia wolności przewidywały przepisy art. 20–25 uchylonej z dniem 1 maja 2004 r. ustawy z dnia 2 grudnia 1993 r. o oznaczaniu wyrobów znakami skarbowymi akcyzy⁷⁴.

5) *Sankcja administracyjna pieniężna*

Za typową sankcją administracyjną w prawie podatkowym należy uznać współcześnie karę porządkową z art. 262 O.p. Wypada zaznaczyć, że tylko tu organ podatkowy kieruje się przy wymiarze kary w drodze aktu administracyjnego m.in. stopniem zawinienia danego podmiotu za niestawiennictwo czy utrudnianie dokonywania czynności w postępowaniu podatkowych. Art. 262 § 1 O.p. posługuje się pojęciami: „bez uzasadnionej przyczyny”, „bezzasadna odmowa”, „bez zezwolenia”, co pozwala na ocenę i swoiste miarkowanie następstw stanu faktycznego. Tylko tutaj kwestia winy odgrywa istotną rolę, inaczej niż w konstrukcji innych sankcji podatkowoprawnych⁷⁵.

Za formę sankcji administracyjnej można też uznać obciążenie kosztami postępowania podatkowego osób, które je spowodowały przez niewykonanie oznaczonych obowiązków (art. 268 O.p.).

6) *Sankcja administracyjna niepieniężna*

Wobec braku tego rodzaju unormowań w aktualnym stanie prawnym warto zwrócić uwagę na nieobowiązujące już unormowanie sankcji administracyjnej przewidziane w art. 188 dekretu z dnia 16 maja 1946 r. o postępowaniu podatkowym⁷⁶. Przepis ten dopuszczał możliwość zarządzenia zamknięcia przedsiębiorstwa, jeżeli podatnik nie zgłosił obowiązku podatkowego i nie uścił związanej z tym opłaty albo jeżeli nie prowadził określonych ksiąg.

7) *Sankcja nieważności w prawie podatkowym*

Nieważność czynności, jako szczególny rodzaj sankcji omówiony w części 2 niniejszego artykułu, jest związana wyłącznie z formalną poprawnością aktów administracyjnych. Podstawy stwierdzenia nieważności decyzji i postanowień w sprawach podatkowych są unormowane w art. 247 § 1 O.p.

⁷⁴ Dz.U. nr 127, poz. 584 ze zm.

⁷⁵ Por. A. Gomułowicz, [w:] A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe...*, s. 172. Por. też: J. Orłowski, *Uznanie administracyjne...*, s. 104 i 117.

⁷⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 1963 r., nr 11, poz. 60 ze zm.

Eliminacja aktu administracyjnego z obrotu prawnego może prowadzić do powstania odpowiedzialności materialnej Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego za szkodę spowodowaną ich wydaniem i wykonaniem.

7. Problematyka sankcji zewnętrznych w prawie podatkowym

Sankcje zewnętrzne, czyli unormowania, które ze względu na swą konstrukcję mogą zostać zaliczone do innych gałęzi systemu prawnego, w regulacjach prawa podatkowego występują stosunkowo często. Ze względu na ich ilość, a ponadto bardzo duże znaczenie praktyczne, należy tu wyróżniać:

1) *Sankcje karnoskarbowe*

Sankcje karnoskarbowe stanowią kategorię bardzo zróżnicowaną, wobec czego można je klasyfikować za pomocą różnych kryteriów⁷⁷, jak: oznaczości (sama ustawa przesądza wyraźnie o postaci sankcji), budowy syntaktycznej (wyróżnianie sankcji z punktu ich miejsca w wypowiedziach zdaniokształtnych – sankcje proste, kumulatywne, alternatywne itd.), charakteru dobra osobistego, którego mogą dotyczyć, albo też w oparciu o inne kryteria. Wedle kryterium oznaczości można pogrupować sankcje karnoskarbowe następująco:

a) kary zasadnicze (pozbawienie lub ograniczenie wolności, grzywna, kara pieniężna);

b) kary dodatkowe (pozbawienie praw publicznych, zakaz zajmowania określonych stanowisk czy wykonywania określonego zawodu, przepadek rzeczy, podanie wyroku do publicznej wiadomości);

c) środki zabezpieczające (np. umieszczenie osoby niepoczytalnej w zakładzie leczniczym, w zakładzie leczenia odwykowego);

d) środki karne niebędące karami (dobrowolne poddanie się karze, warunkowe umorzenie postępowania karnego skarbowego, odstąpienie od wymierzenia kary, ściągnięcie równowartości rzeczy).

Wskazane instytucje są w zasadzie stosowane przez sądy. Wyjątkowo wolno organom skarbowym wymierzać kary pieniężne⁷⁸.

W literaturze zauważa się, że prawo karne skarbowe spełnia właściwie funkcję egzekucyjną ze względu na skłonienie sprawcy do zadośćuczynienia obowiązkom finansowym wobec Skarbu Państwa i wyrównanie wyrządzonych lub mogących nastąpić szkód, a także funkcję represji oraz prewencji generalnej i specjalnej⁷⁹. Kodeks karny skarbowy z dnia 10 września 1999 r.⁸⁰ po-

⁷⁷ Por. Z. Siwik, *System środków penalnych w prawie karnym skarbowym*, Wrocław 1986, s. 31.

⁷⁸ Por. art. 136–141 Kodeksu karnego skarbowego z 1999 r.

⁷⁹ Por. Z. Radzikowska, *Założenia systemu wymiaru kary w polskim prawie karno-skarbowym*, Kraków 1986, s. 105.

⁸⁰ Dz.U. nr 83, poz. 930 z późn. zm.

przedzały liczne ustawy z tego zakresu⁸¹. *Signum specificum* prawa karnego skarbowego jest struktura jego przepisów. Dyspozycje norm karnoskarbowych mają charakter blankietowy, tzn. są wypełniane odpowiednimi przepisami prawa finansowego⁸². Za instrumenty oddziaływania będące sankcjami karnoskarbowymi należy uznać przewidziane w przepisach kodeksu karnego skarbowego reakcje organów państwa na przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Są to środki o charakterze karnym i specyficznym, ekonomicznym oddziaływaniu ze względu na zasadniczą rolę kary grzywny.

Wypada wskazać, że: „Kara jako negacja przestępstwa kształtuje poczucie porządku społecznego, poczucie spokoju i bezpieczeństwa życia obywateli, a więc poczucie pewności prawnej. W tym wypadku mamy także ogólnospoleczne oddziaływanie kary o funkcji stabilizującej”⁸³.

2) Sankcje administracyjne (zewnętrzne)

Do unormowań o charakterze sankcji administracyjnych zalicza się w polskiej doktrynie:

- a) kary pieniężne (w tym opłaty dodatkowe);
- b) cofanie lub wygaszanie uprawnień w związku np. z niepodjęciem przez adresata wymaganego działania lub przerwaniem go
- c) sankcje karne – w tym wymierzane w trybie i na zasadach przepisów prawa o wykroczeniach;
- d) sankcje egzekucyjne – środki przymusowego wykonania obowiązków pieniężnych, przewidziane w cytowanej wyżej ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji;
- e) sankcje dyscyplinarne (generalnie wszak wyłączane z zakresu sankcji administracyjnej jako takiej)⁸⁴.

⁸¹ Por. ustawa karna skarbową z dnia 2 sierpnia 1926 r. (Dz.U. RP nr 105, poz. 609 ze zm.); ustawa karna skarbową z dnia 8 marca 1932 r. (Dz.U. RP nr 34, poz. 355); dekret Prezydenta RP z dnia 3 listopada 1936 r. – Prawo karne skarbowe (Dz.U. RP nr 84, poz. 581); dekret z dnia 11 kwietnia 1947 r. – Prawo karne skarbowe (Dz.U. nr 32, poz. 140); ustawa karna skarbową z dnia 13 kwietnia 1960 r. (Dz.U. nr 21, poz. 123 ze zm.); ustawa karna skarbową z dnia 26 października 1971 r. (tekst jedn. Dz.U. z 1984 r., nr 22, poz. 103 ze zm.).

⁸² Por. F. Prusak, W. Świda, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 1989, s. 11-12.

⁸³ J. Bafia, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 1980, s. 75.

⁸⁴ Por. szerzej: M. Stahl, [w:] M. Stahl (red.), *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2001, s. 65; Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa...*, s. 123–124.; J. Filipek, *Sankcja prawna w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1963, nr 12, s. 873–879; J. Jendrośka, *Karne zabezpieczenie wykonania dyrektyw administracji państwowej*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. III, s. 296–335; idem, *Kary administracyjne*, [w:] R. Mastalski (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Marka Mazurkiewicza. Studia z dziedziny prawa finansowego, prawa konstytucyjnego i ochrony środowiska*, Wrocław 2001, s. 48–55 i idem, *Przymus administracyjny*, [w:] *Z problematyki prawa administracyjnego i nauki administracji. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Zbigniewa Liońskiego*, Poznań 1999, s. 143–152.

Różnorodność i złożoność funkcji pełnionych przez te środki w zasadniczy sposób utrudnia ustalenie desygnatu pojęcia sankcji administracyjnej⁸⁵. Można mówić o niej jako o środku działania polegającym na wywołaniu negatywnych następstw w stosunku do danego podmiotu, wymierzanym i realizowanym w zasadzie przez organ administracji publicznej.

3) Sankcje cywilnoprawne

Zgodnie z art. 260 O.p. do odpowiedzialności odszkodowawczej stosuje się przepisy prawa cywilnego. Odszkodowanie pieniężne jest świadczone wedle przepisów art. 417–art. 417¹ k.c. i przysługuje od organu, który wydał decyzję z naruszeniem prawa. W pewnym sensie uznanie dopuszczalności realizacji skargi pauliańskiej przez organy podatkowe wobec czynności umniejszających majątek dłużników ze stosunku prawnopodatkowego także oznacza wystąpienie swoistej sankcji cywilnoprawnej.

8. Elementy konstrukcji podatku a zagadnienie sankcji

W świetle ich istoty i celów nie można uznawać za sankcje prawne unormowań związanych z elementami konstrukcji określonych podatków, mimo że ich konsekwencje mogą być oceniane jako dolegliwość i kreacja sytuacji przymusowej. Do takich unormowań należą:

- a) oszacowanie podstawy opodatkowania i zastosowanie wskutek tego najwyższej stawki danego podatku⁸⁶;
- b) pozbawienie podatnika zryczałtowanej formy opodatkowania⁸⁷ w razie niespełniania jego przesłanek i następnie wymiar zobowiązania podatkowego na zasadach ogólnie obowiązujących;

⁸⁵ Por. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa...*, s. 123. Por. też szeroki przegląd stanowisk doktryny w: A. Michór, *O charakterze odpowiedzialności administracyjnej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis No 2642. Przegląd Prawa i Administracji LX”, Wrocław 2004, s. 217–223; H. Dzwonkowski, *Sankcje podatkowe...*, s. 3.

⁸⁶ Por. art. 23 O.p. oraz np. art. 27 ust. 2–3, art. 28 ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym oraz art. 24b ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych. Zasady oszacowania dochodów normuje rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 października 1997 r. w sprawie sposobu i trybu określania dochodów podatników w drodze oszacowania cen w transakcjach dokonywanych przez tych podatników (Dz.U. nr 128, poz. 833 ze zm.).

⁸⁷ Art. 21 ust. 11 i art. 40 ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne. Por. też rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 10 sierpnia 1992 r. w sprawie zryczałtowania podatku dochodowego od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. nr 63, poz. 318 ze zm.). Należy jednak, zdaniem autora, odróżniać utratę prawa do zryczałtowanej formy opodatkowania i wymiar zobowiązania za oznaczony okres na tzw. ogólnych zasadach od niewątpliwie sankcyjnego pozbawienia prawa do nabycia takiej formy opodatkowania w latach następujących.

c) orzeczenie (stwierdzenie) utraty prawa do ulgi podatkowej w wypadku niespełniania przesłanek jej stosowania⁸⁸.

Celem wprowadzenia tych unormowań nie jest gwarantowanie przestrzegania (realizacji) treści norm prawa podatkowego, w tym przez stosowanie swoistej represji, lecz doprowadzenie do opodatkowania zgodnie z odtworzonym prawopodatkowym stanem faktycznym⁸⁹. Dostrzeganej niekiedy w piśmiennictwie dolegliwości polegającej na odebraniu części majątku czy pozbawieniu możliwości jego wykorzystywania przez podatnika wskutek zastosowania tych konstrukcji nie należy wobec tego uważać za cechę przesądzającą o ich sankcyjnym charakterze. W szczególności wśród sankcji podatkowoprawnych (wewnętrznych, administracyjnych) należy odróżnić konstrukcje mające na celu wytworzenie sytuacji przymusowej przez zagrożenie dolegliwością za naruszenie obowiązków od takich, które powodują sytuacje niekorzystne, ale wskutek niespełnienia fakultatywnych wymagań jako przesłanek korzystania z pewnych form optymalizacji podatkowej. Sygnalizując ten problem, warto podkreślić złożony charakter sankcji podatkowoprawnych, a właśnie wskazane w tym miejscu instytucje prawne składają się na elementy konstrukcyjne wybranych podatków, a nie środki celowej represji.

9. Podsumowanie

Przedstawione w niniejszym opracowaniu próby definiowania oraz klasyfikacji są wyrazem dużego zróżnicowania konstrukcji i następstw sankcji w prawie podatkowym. Jest to związane z treścią i celami norm należących do tej dziedziny. Wiele obowiązków wyznaczanych w przepisach prawa podatkowego znajduje sankcje w przepisach prawa karnego skarbowego, podczas gdy w ustawach podatkowych rzadko występują sankcje karne. Z kolei sankcje o charakterze represji prawno-ekonomicznej (finansowe) odgrywają w prawie podatkowym szczególną rolę, inną niż sankcje karnoskarbowe i egzekucyjne, tzn. pełnią zarówno funkcje fiskalne czy stymulacyjne, jak i prewencyjne poprzez zapobieganie niespełnianiu obowiązków w przeszłości. Sankcje polegające na nieważności czynności występują tylko na gruncie unormowań postępowania podatkowego i dotyczą formalnych wymagań wobec aktów administracyjnych. Sankcje o charakterze cywilnoprawnym zo-

⁸⁸ Por. art. 13 ust. 4 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r., nr 136, poz. 969 z późn. zm.); art. 111 ust. 3 i ust. 6 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. nr 54, poz. 535 ze zm.) oraz § 11 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 marca 2006 r. w sprawie kas rejestrujących (Dz.U. nr 51, poz. 375 ze zm.). Por. też art. 33–34 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców (Dz.U. nr 141, poz. 1177 z późn. zm.).

⁸⁹ Por. Z. Kmiecik, *Ogólne zasady prawa...*, s. 126; A. Gomułowicz, [w:] A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe...*, s. 174–175; H. Dzwonkowski, *Powstawanie i wymiar...*, s. 440–441.

stały przewidziane w przepisach polskiego prawa podatkowego jako środek wynagrodzenia szkód wynikłych z działań administracji.

Dolegliwość sankcji egzekucyjnych, jako środka ściągania podatków, ma inny charakter aniżeli sankcji represyjnych, podatkowopravných, administracyjnych czy cywilnych. Ich celem jest doprowadzenie do wykonania ciężącego na zobowiązanym obowiązku.

Szczególną rolę w prawie podatkowym odgrywają odsetki za zwłokę oraz opłata prolongacyjna. Instytucjom tym należy przypisać cechy sankcji, bo ich następstwem jest zwiększenie kwoty świadczenia pieniężnego dłużnika w stosunku prawnopodatkowym; służy to celom represji i restytucji. Za zbliżoną sankcją można by też w istocie uznawać obowiązek oddania nienależnie otrzymanego zwrotu podatku czy nadpłaty.

Sankcje podatkowopravné w ścisłym znaczeniu przyjętym w niniejszym opracowaniu, tj. występujące w przepisach prawa podatkowego i stosowane przez organy administracji, są konstrukcjami bardzo interesującymi ze względu na złożony charakter i wywierane następstwa. Kodyfikacja systemu takich środków w prawie podatkowym, nawet przy wyodrębnieniu systemu sankcji karnoskarbowych i pozostawieniu odrębnej regulacji prawnej egzekucji administracyjnej, wydaje się współcześnie bardzo utrudniona, głównie z uwagi na ich zróżnicowanie i rozproszenie w ustawodawstwie podatkowym.

Różnorodność form sankcji prawnopodatkowych wynika z ich związku z konstrukcją i specyfiką funkcjonowania poszczególnych podatków (zwłaszcza ustalaniem podstawy opodatkowania, konstrukcjami ulg czy zasadami obliczenia wysokości zobowiązania). W niektórych systemach prawnych (np. w Hiszpanii⁹⁰, Francji⁹¹, Rumunii⁹²) są jednak podejmowane interesujące próby częściowego unormowania zasad wymiaru takich sankcji (kategorii sankcji, kompetencji organów administracji i trybunałów do ich wymierzania, reguł odpowiedzialności, trybu postępowania). Ułatwia to w pewnej mierze identyfikację danych instytucji prawnych jako form sankcji na gruncie różnych podatków, ocenę ewentualnego zbiegu różnych rodzajów odpowiedzialności, a zwłaszcza wyznaczenie uprawnień administracji do władczej ingerencji w sferę praw jednostek, polegającej na stosowaniu dolegliwości za naruszenie prawa. Wypada też podkreślić, że znaczenie problematyki reguł stosowania sankcji, zwłaszcza przez organy administracji, jest postrzegane jako istotne zagadnienie w standardach europejskiego *soft law*⁹³.

⁹⁰ Por. np. R.M. Rojo, *El régimen sancionador tributario y su aplicación a las haciendas locales*, Málaga 2006; „Ley” 2003, nr 58 – Ley general tributaria.

⁹¹ Art. L-1727, art. L-1734 bis, art. L-1734 ter, art. L-1736, art. L-1737 Code général des impôts. Por. też np. J. Fourré, *Les sanctions administratives du Code général des impôts*, „Les Petites Affiches” 1990, nr 8, s. 50 i n.

⁹² Art. 189–193 Codul de procedură fiscală, „Legea” 2004, nr 174 (M.Of. nr 465 z 25 maja 2004).

⁹³ Por. Rekomendacja R(91) Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie sankcji administracyjnych przyjęta 13 lutego 1991 r., na którą wskazuje H. Dzwonkowski w: *Sankcje podatkowe...*, s. 3. Tekst tej rekomendacji podaje T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1997, s. 129–132.

Dorota Krekora-Zajac
Warszawa

Charakter kary umownej a przedawnienie roszczeń z niej wynikających

Rozważania będące przedmiotem niniejszego opracowania mają na celu próbę odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób charakter kary umownej, zastrzeżonej przez strony w zawartej umowie, generuje termin przedawnienia roszczeń z niej wynikających.

Wypada zacząć od poczynienia kilku uwag natury ogólnej.

Podstawowym celem zastrzeżenia kary umownej, w każdej umowie, jest wzmocnienie skuteczności więzi między stronami. Służy ona zatem zabezpieczeniu realnego wykonania zobowiązania i wzmocnieniu samej umowy. Zgodnie z art. 483-484 k.c.¹, karę umowną można zastrzec w dwóch przypadkach, tj. na wypadek niewykonania lub też nienależytego wykonania zobowiązania. W pierwszym z nich wierzyciel może dochodzić wykonania zobowiązania albo też zapłaty kary umownej. W drugim – wierzyciel może żądać zarówno wykonania zobowiązania, jak i zapłacenia kary umownej.

W prawie cywilnym powyższa kara określana jest jako surogat odszkodowania w tym znaczeniu, iż strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego odszkodowania na wypadek niewykonania zobowiązania przez dłużnika. W ten sposób odszkodowanie to kompensuje wszystkie negatywne dla wierzycieli konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania².

Kara umowna zabezpiecza jedynie zobowiązania niepieniężne, w tym również takie, które przewidują świadczenie o charakterze majątkowym. Oznaczona jest ona jako obowiązek zapłaty określonej sumy pieniężnej lub też jako sztywno określone kryteria ustalania jej ostatecznej wysokości. Kara umowna ułatwia zatem realizację uprawnień wierzyciela, który może dochodzić jej zapłaty bez względu na poniesioną szkodę.

Najczęściej źródłem kary umownej jest postanowienie zawarte w umowie i to właśnie ono rozstrzyga w każdym wypadku o treści dokonanego przez strony zastrzeżenia.

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

² Uchwała SN z dnia 11 kwietnia 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, z. 5, poz. 69.

Istotne znaczenie dla rozważań ma określenie zależności między roszczeniem wynikającym z kary umownej a roszczeniem wynikającym z umowy. Powyższa zależność może mieć charakter dwojaki. Kara umowna może zabezpieczać wykonanie charakterystycznych dla danej umowy cech, takich jak np. terminowość i jakość wykonania zobowiązania, lub też może być roszczeniem *sui generis*, zastrzeżonym na wypadek wypowiedzenia umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony. W konsekwencji jest to roszczenie niezależne od rodzaju zawartej umowy.

W pierwszym przypadku kara jest zryczałtowanym odszkodowaniem, względnie rekompensatą innego rodzaju za niewykonanie czy też wadliwe wykonanie umowy. W przypadku umowy o dzieło wadliwym wykonaniem lub sprzecznym z postanowieniami umowy może być m.in. opóźnienie w wydaniu lub odebraniu dzieła, nieodpowiednia jego jakość albo też niezwrócenie zamawiającemu materiałów. Kara umowna w tym przypadku zabezpiecza świadczenia, które są charakterystyczne dla zawartej umowy. Ma ona zatem charakter świadczenia ubocznego wobec zobowiązania głównego. Takie stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy w wyroku z 18 listopada 1997 r.³, w którym przyjął, iż kara umowna, która została zastrzeżona na wypadek nieterminowego wykonania dzieła, jako że ma charakter akcesoryjny wobec zobowiązania głównego, wygasa i roszczenia z niej wynikłe ulegają przedawnieniu wraz z zobowiązaniem głównym. Tożsamy pogląd jest prezentowany w doktrynie⁴.

Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Poznaniu, który przyjął, iż „odstąpienie od zawartej umowy jest jednostronnym, skierowanym do adresata, oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym”⁵. Rezultatem złożenia oświadczenia, o którym mowa wyżej, jest wygaśnięcie stosunku prawnego. Postanowienie zatem o karze umownej ma w tym przypadku charakter typowo akcesoryjny i zależy od tego, czy umowa *de facto* istniała i czy była w dalszym ciągu ważna. Zatem, jeżeli wskutek odstąpienia od zawartej umowy nie doszło do wykonania przedmiotowego zobowiązania, nie można było w żadnym przypadku żądać zapłaty kwoty określonej jako kara umowna.

Odmienny charakter kary umownej istnieje wówczas, kiedy jest ona niezależna od roszczeń wynikających z samej umowy, a stanowi jedynie rodzaj zabezpieczenia przed jej wypowiedzeniem. Sąd Najwyższy wyraził po-

³ Wyrok SN z dnia 18 listopada 1997, II CKN 465/97, „Lex” nr 32577.

⁴ J. Szwaja, *Kara umowna według Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1967, s. 80; K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 1997, s. 69; J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 233; K. Falkiewicz, M. Wawrzekiewicz, *Kara umowna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2001, s. 32.

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2001 r., I ACa 981/00, „Przegląd Gospodarczy” 2002, nr 6, s. 54.

gląd, iż kara umowna, zastrzeżona na wypadek wypowiedzenia umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony, jest swoistą karą umowną na wypadek rozwiązania umowy przed terminem⁶. Stanowi zatem samodzielne roszczenie, niezależne od roszczenia wynikającego z umowy o dzieło, a w konsekwencji nie jest roszczeniem w rozumieniu art. 646 k.c. Nie ma też charakteru typowego dla kary umownej w rozumieniu art. 486 k.c., gdyż nie jest zastrzegana na wypadek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy. Bez wątpliwości posiada jednak charakter represyjny, dopuszczalny w świetle zasady swobodnego kształtowania stosunku prawnego, określonego w art. 353¹ k.c. Tak określona swoista kara umowna może być elementem każdej umowy okresowej, m.in. umowy najmu, dzierżawy, kontraktacji, użyczenia czy też umowy o dzieło, której rozwiązanie w drodze wypowiedzenia skutkuje albo powstaniem szkody, albo stawia stronę dotkniętą wypowiedzeniem w innej niekorzystnej sytuacji.

Roszczenie wynikające z wcześniejszego wypowiedzenia umowy staje się wymagalne z chwilą wystąpienia zdarzenia, które nie należy do objętych odpowiedzialnością typową dla konkretnej umowy i nie pozostaje w związku z kwestią spełnienia świadczenia będącego przedmiotem tej umowy. W związku z powyższym powstaje problem ustalenia prawidłowego terminu przedawnienia roszczeń.

Instytucja przedawnienia roszczeń odgrywa w prawie cywilnym ważną rolę, zwłaszcza w prawie zobowiązań. Przepisy o przedawnieniu, ze swej istoty, mają bowiem charakter wyraźnie stabilizujący stosunki prawne. Przedawnione roszczenie wprawdzie nie wygasa, jednakże ulega przekształceniu w zobowiązanie naturalne, co powoduje, że nie jest możliwa jego przymusowa realizacja⁷. Brak przepisów o przedawnieniu się roszczeń wynikających ze stosunków cywilnych byłby niekorzystny dla stron. Zaakceptowanie możliwości realizowania roszczeń wynikających ze stosunków cywilnych bez żadnych ograniczeń w czasie mogłoby prowadzić wprost do sytuacji naruszenia pewności i bezpieczeństwa zarówno obrotu prawnego, jak i gospodarczego.

W art. 118 k.c. została uregulowana ogólna zasada w przedmiocie przedawnienia roszczeń w prawie cywilnym. Przepis ten stanowi, iż ogólny termin przedawnienia roszczeń wynosi dziesięć lat. Ustanawia on także dwa wyjątki od powyższej zasady, określając termin przedawnienia roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej oraz roszczeń o świadczenie okresowe na trzy lata.

Poszukując modelowych rozwiązań dotyczących ustalenia terminów przedawnienia roszczeń cywilnych, Sąd Najwyższy dostrzegł podobny pro-

⁶ Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., IV CSK 178/06, OSNC 2007, z. 7–8, poz. 118.

⁷ W myśl art. 411 pkt 3 k.c. w razie dobrowolnego, nawet omyłkowego, spełnienia przedawnionego roszczenia dłużnik nie może żądać jego zwrotu.

blem⁸. Rozstrzygał bowiem kwestie związane z istniejącymi zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i doktrynie wątpliwościami i sporami w zakresie problemu określenia terminu przedawnienia roszczeń o zapłatę odsetek za opóźnienie⁹.

Dla określenia terminu przedawnienia roszczeń w materii będącej przedmiotem analizy fundamentalne znaczenie ma ustalenie przedmiotu, który zabezpiecza kara umowna.

Poza sporem zarówno wcześniejszego orzecznictwa, jak i doktryny, zastrzeżona w umowie o dzieło kara umowna, która zabezpiecza wykonanie świadczenia charakterystycznego dla zawartej przez strony umowy, przedawnia się na podstawie art. 646 k.c. W tej sytuacji przedawnia się ona w krótszym, bo dwuletnim terminie. Początkiem biegu tego terminu przedawnienia jest, zgodnie z regulacją art. 646 k.c., dzień oddania dzieła, względnie dzień, w którym zgodnie z umową dzieło miało być oddane. Kara jest tu zryczałtowanym odszkodowaniem, względnie rekompensatą innego rodzaju za niewykonanie czy też wadliwe wykonanie umowy. W przypadku umowy o dzieło wadliwym wykonaniem lub sprzecznym z postanowieniami umowy może być m.in. opóźnienie w wydaniu lub odebraniu dzieła, nieodpowiednia jego jakość albo też niezwrócenie zamawiającemu materiałów. Kara umowna w tym przypadku zabezpiecza świadczenia, które są charakterystyczne dla zawartej umowy. Ma ona zatem charakter świadczenia ubocznego wobec zobowiązania głównego. W przypadku kiedy zobowiązaniem wynikającym z kary umownej jest zobowiązanie mające charakter akcesoryjny i zabezpieczający *essentialia negotii* umowy, ulega ono przedawnieniu w oparciu o art. 646 k.c.¹⁰

Wiele kontrowersji w praktyce budziła natomiast kwestia określenia terminu przedawnienia roszczeń wynikających z kary umownej wówczas, kiedy jest ona niezależna od roszczeń wynikających z samej umowy, a stanowi jedynie rodzaj zabezpieczenia przed jej wypowiedzeniem.

⁸ Uchwała SN z 26 stycznia 2005 r., III CZP 42/04, OSNC 2005, z. 9, poz. 149.

⁹ Uchwała SN z dnia 9 listopada 1994 r., III CZP 141/94, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 3, s. 83; uchwała SN z dnia 5 kwietnia 1991 r., III CZP 20/91, OSNC 1991, nr 10-12, poz. 120; uchwała SN z dnia 17 czerwca 2003 r., III CZP 37/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 70; wyrok SN z dnia 26 sierpnia 1976 r., III CRN 181/76, OSNC 1977, nr 4, poz. 78; T. Szanciło, *Przedawnienie roszczeń o odsetki w działalności gospodarczej*, „Głosa” 2006, nr 3, s. 69; P. Drapała, *Głosa I do uchwały z dnia 26 stycznia 2005 r.*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 5, poz. 153; T. Szczurowski, *Głosa do uchwały SN z dnia 26 stycznia 2005 r.*, III CZP 42/04, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 5, poz. 160; A. Pyrzyńska, *Głosa do uchwały SN z dnia 26 stycznia 2005 r.*, III CZP 42/04, OSP 2006, nr 1, poz. 1.

¹⁰ Wyrok SN z dnia 18 listopada 1997 r., II CKN 465/97, „Lex” nr 32577; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 27 lutego 2001 r., I ACa 981/00, „Prawo Gospodarcze” 2002, nr 6, s. 54; K. Falkiewicz, M. Wawrzkiwicz, op. cit., s. 32; J. Szwaja, op. cit., s. 80; K. Pietrzykowski, op. cit., s. 69; J. Jastrzębski, op. cit., s. 233.

Kara umowna, zastrzeżona na wypadek wypowiedzenia umowy o dzieło zawartej na czas oznaczony jest – jak podnoszono wyżej – „swoista” karą umowną ustaloną na wypadek rozwiązania umowy przed terminem, stanowiącą samodzielne roszczenie, niezależne od roszczenia wynikającego z umowy o dzieło. Nie jest więc roszczeniem w rozumieniu art. 646 ani art. 486 k.c.

Zaakceptowanie takiej konstrukcji kary umownej przesądza, jak się wydaje, w sposób oczywisty o istnieniu różnych terminów przedawnienia roszczeń z niej wynikających. Przyjąć wypada, że zastrzeżenie zawarte w umowie o dzieło na wypadek zakończenia jej przed terminem ma charakter tzw. swoistej kary umownej. Oznacza to, że nie jest ona, w kwestii ustalenia terminu przedawnienia, typową karą umowną w rozumieniu art. 453 k.c. W kwestii przedawnienia roszczeń z niej wynikających nie podlega więc przepisom szczególnym właściwym dla danej umowy, lecz ogólnym przepisom o przedawnieniu roszczeń. Mowa tu o uregulowaniach zawartych w art. 118 k.c.

Za tak ukształtowanym dwojakim terminem przedawnienia roszczeń wynikających z umów, w zależności od charakteru zastrzeżonej kary umownej, opowiedział się również Sąd Najwyższy¹¹. Nie jest to pogląd bezwzględnie wiążący sądy orzekające w podobnych sprawach, lecz bez wątpliwości orzeczenie to wytycza pewien kierunek interpretacyjny, który należy w pełni zaakceptować.

¹¹ Wyrok SN z 20 października 2006 r., IV CSK 178/06.

Szkice i rozważania

Tomasz Strzałkowski
Wrocław

Wybory do Parlamentu Europejskiego w Polsce

Wybory do Parlamentu Europejskiego, przeprowadzone w Polsce w 2004 r., były specyficzne, gdyż oparto je na przepisach prawa wyborczego, których treść musiała pozostawać w zgodzie z obowiązującym w tym zakresie unijnym porządkiem prawnym. Ten, może jeszcze niezbyt obszernie, ale jednak odnosi się do przedmiotowych zagadnień. Poszczególne państwa członkowskie posiadają znaczną swobodę w ustaleniu zasad wyborczych. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kluczowych rozwiązań zastosowanych w pierwszych przeprowadzonych w Polsce wyborach do Parlamentu Europejskiego oraz analiza ich konsekwencji w szczególności dla wyników wyborów.

Podstawy prawne

Do aktów prawnych prawa wspólnotowego zawierających normy dotyczące wyborów do Parlamentu Europejskiego zaliczyć należy:

1. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, a w szczególności jego art. 19 ust. 2, na mocy którego prawo wyborcze przyznano również obywatelom państw Unii zamieszkałym na terytorium innych państw UE¹.

2. Akt z 1976 r. w sprawie wyboru członków Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich, ustanowiony decyzją Rady z 20 września 1976 r. (76/787/ECSC, EEC, Euratom) w brzmieniu uwzględniającym zmiany wprowadzone decyzją Rady Unii Europejskiej z 25 czerwca i 23 września 2002 r. (2002/772/EC, Euratom)².

Należy podkreślić, że docelowo zakładano opracowanie jednolitej procedury wyborczej, która obowiązywałaby we wszystkich państwach członkow-

¹ Dz. Urz. UE C 325, 24 grudnia 2002.

² Dz. Urz. WE L. 283, 21 października 2002.

skich. Do momentu jej przyjęcia wybory przeprowadzane są na podstawie przepisów wyborczych poszczególnych państw członkowskich. Akt z 1976 r. po wprowadzonych zmianach nałożył na wszystkie kraje członkowskie wymóg proporcjonalnego charakteru wyborów, dokonywanych *de facto* pomiędzy kandydatami umieszczonymi na listach partyjnych. Wybory mają być: wolne, bezpośrednie, powszechne i przeprowadzane w głosowaniu tajnym. Wspomniany Akt wprowadził zakaz ustanawiania progu wyborczego na poziomie krajowym wyższego niż 5%³. W kilku krajach (np. Francja, Niemcy) próg wyborczy ustalono właśnie na poziomie 5%. W Szwecji i Austrii wynosi on 4%, a np. w Holandii, Hiszpanii czy Włoszech w ogóle nie występuje.

Państwom członkowskim pozostawiono swobodę w zakresie ustalania poziomu wydatków przeznaczanych na kampanię wyborczą. W zakresie postanowień odnoszących się bezpośrednio do procedury wyborczej akt stanowi, że w danych wyborach można głosować tylko raz. Wybory we wszystkich państwach przeprowadzane są w tym samym okresie między czwartkiem a niedzielą. Państwa członkowskie muszą ustalić dokładny termin wyborów w granicach ww. okresu. Do czasu zakończenia wyborów w ostatnim państwie, w krajach, w których wybory zakończono wcześniej, nie można podawać oficjalnych wyników. Państwom członkowskim pozostawiono również swobodę w ustaleniu zasad obsadzania mandatów wakujących w trakcie kadencji.

3) Dyrektywa Rady UE 93/109/WE z dnia 6 grudnia 1993 r. ustanawiająca szczegółowe zasady korzystania przez obywateli UE zamieszkałych w państwie członkowskim, którego nie są obywatelami, z prawa do głosowania i kandydowania w wyborach do PE⁴.

Dyrektywa definiuje podstawowe pojęcia, takie jak np. „państwo członkowskie miejsca zamieszkania”, „państwo członkowskie pochodzenia”. Art. 3 warunkuje realizację czynnego i biernego prawa wyborczego przyznanego obywatelom Unii, którzy zamieszkują w państwie członkowskim, którego nie są obywatelami, od spełniania warunków, jakie dane państwo stawia swoim własnym obywatelom. Jeżeli obywatele państwa członkowskiego miejsca zamieszkania mogą kandydować w wyborach jedynie pod warunkiem, że posiadali jego obywatelstwo przez pewien minimalny okres, to uznaje się, że obywatele Unii spełniają ten warunek, o ile przez wymagany minimalny okres byli oni obywatelami jednego z państw członkowskich. Czynne prawo

³ Nie do końca jest jasne, czy dopuszczalne byłoby ustalenie progu wyborczego na poziomie okręgu wyborczego. Zdaniem S. Gebethnera, wydaje się to możliwe pod warunkiem, że próg ten nie będzie przekraczał 5%. Komentarz do aktu z 1976 r., (w brzmieniu z 2002 r.) dotyczącego wyborów członków do Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich zob. „Przegląd Legislacyjny” 2003, nr 1, s. 205.

⁴ Dyrektywa nr 93/109/EC, OJ L 329 z 3 grudnia 1993 r.

wyborcze można realizować zarówno w kraju członkowskim UE, w którym się zamieszkuje (jeżeli wyrazi się taką chęć i spełni wymagania określone w omawianej dyrektywie), jak i w kraju, którego obywatelstwo się posiada. Bierne prawo wyborcze można realizować tylko w jednym kraju członkowskim, po spełnieniu wymagań określonych w art. 10. Państwa członkowskie mogą między sobą sprawdzać, czy określony wyborca nie jest pozbawiony praw wyborczych w państwie pochodzenia, jak również informacje mające zapobiegać podwójnemu głosowaniu. W polskim porządku prawnym problematykę tę reguluje rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 marca 2004 r.⁵

W Polsce zasady wyborów posłów do Parlamentu Europejskiego zostały określone w ustawie z dnia 23 stycznia 2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego⁶.

Główne postanowienia ustawy z dnia 23 stycznia 2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego

Już sama nazwa ustawy wzbudziła wiele dyskusji, nie tylko na etapie prac legislacyjnych, ale również w komentarzach konstytucjonalistów. P. Sarnecki np. postulował, że w tytule ustawy powinien znaleźć się zwrot podkreślający, iż chodzi o wybory dokonywane na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁷. Ożywiona polemika dotyczyła również nazewnictwa stosowanego do wybieranych przedstawicieli. Ostatecznie ustawa posługuje się terminem „poseł do Parlamentu Europejskiego”⁸.

Ustawa określa, że wybory do Parlamentu Europejskiego są: wolne, powszechne, bezpośrednie, proporcjonalne oraz przeprowadzane w głosowaniu tajnym. Przymiotnik „wolne” dotychczas nie był używany w obowiązującym w naszym kraju prawie wyborczym. Warto zwrócić uwagę, że przepisy nie uwzględniają zasady równości w swym znaczeniu materialnym. Pominięcie tej zasady jest również konsekwencją zróżnicowania liczby mandatów przypadających na jednego mieszkańca w poszczególnych państwach członkowskich. W Polsce jeden deputowany przypada na ponad 700 tys. mieszkańców, gdy np. w Luksemburgu zaledwie na niewiele ponad 70 tys.⁹ Również w przyjętych rozwiązaniach dotyczących podziału mandatów w Polsce,

⁵ Dz. U. 2004, nr 42, poz. 388.

⁶ Dz. U. 2004, nr 25, poz. 219.

⁷ P. Sarnecki, *Regulacje ustawowe dotyczące wyborów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej posłów do Parlamentu Europejskiego*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 3, s. 12.

⁸ O dysonansie w nazewnictwie stosowanym do piastuna mandatu pisze P. Sarnecki, *Regulacje...*, s. 11. Zob. również S. Gebethner, *Polska ustawa wyborcza do Parlamentu Europejskiego*, [w:] *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, pod. red. B. Banaszaka, s. 83–84.

⁹ P. Sarnecki, *Regulacje...*, s. 14.

uwzględniając podział kraju na okręgi wyborcze, występują dysproporcje w liczbie mandatów przypadających na jednego mieszkańca. Jednym z pierwszych przepisów, którego treść w nieodległej przyszłości trzeba będzie najprawdopodobniej zmienić, jest art. 3 ust. 1, który przewiduje wybór 54 posłów. Zapis ten może stać się nieaktualny już w następnej kadencji, gdy w Polsce będzie wybieranych prawdopodobnie 50 posłów. Mandat posła do Parlamentu Europejskiego ma konstrukcję mandatu wolnego, podkreślić jednak należy, że zgodnie z art. 4 posłowie do Parlamentu Europejskiego są „przedstawicielami Narodów państw Unii Europejskiej”.

Prawa wyborcze

W zakresie praw wyborczych należy zwrócić uwagę na rozwiązanie, jakim jest przyznanie czynnego prawa wyborczego również obywatelom Unii Europejskiej, którzy nie są obywatelami polskimi i którzy najpóźniej w dniu głosowania ukończyli 18 lat oraz zgodnie z prawem stale zamieszkują w Rzeczypospolitej Polskiej. Osoby takie muszą być również ujęte w stałym rejestrze wyborców¹⁰. Prawa wybierania w tych wyborach nie posiadają osoby pozbawione praw wyborczych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, którego są obywatelami.

Przyznanie czynnego prawa wyborczego niepolskim obywatelom Unii Europejskiej spowodowało wprowadzenie zmian w kształcie spisów wyborców w stosunku do ich dotychczasowej konstrukcji stosowanej przy wyborach do innych organów. W myśl Ordynacji spis wyborców składa się z dwóch części, co jest nowym rozwiązaniem wprowadzonym do polskiego prawa wyborczego. Pierwsza z nich (część A) obejmuje obywateli polskich. Zawarte są w niej takie dane, jak: nazwisko i imiona wyborcy, imię ojca, data urodzenia, numer ewidencyjny PESEL i adres zamieszkania. Druga część spisu wyborców (część B) dotyczy obywateli Unii Europejskiej, którzy nie są obywatelami polskimi, a którym przysługuje prawo wybierania posłów do Parlamentu Europejskiego w Rzeczypospolitej Polskiej. W tej części spisu wyborców podaje się takie dane, jak: nazwisko i imiona, imię ojca, data urodzenia, obywatelstwo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, numer paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość oraz adres zamieszkania wyborcy w gminie.

¹⁰ W wyborach do Parlamentu Europejskiego przeprowadzonych w dniu 13 czerwca 2004 r. z prawa dopisania do rejestru wyborców skorzystało 161 obywateli państw członkowski UE niebędących obywatelami polskimi. Zob. Przegład Wyborczy. Wybory do Parlamentu Europejskiego 13 czerwca 2004 r., s. 96, [online] <www.pkw.gov.pl/gallery/13/31/13319.pdf>. Do rejestru wyborczego stosowanego w wyborach do Parlamentu Europejskiego należy stosować przepisy zawarte w ustawie z dnia 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustawa pozbawia biernego prawa wyborczego osoby karane za przestępstwo popełnione umyślnie ścigane z oskarżenia publicznego. Nie jest to rozwiązanie całkiem nowe (co prawda niestosowane w Ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu RP), gdyż funkcjonuje ono również w ustawie o bezpośrednim wyborze wójta (burmistrza, prezydenta), co trafnie zauważają M. Chmaj i W. Skrzydło¹¹. W mojej ocenie jest to rozwiązanie idące we właściwym kierunku.

Organizacja i przeprowadzenie wyborów

Państwa członkowskie UE nie mają pełnej swobody w zakresie wyznaczenia terminu wyborów. Data wyborów musi bowiem być wyznaczona na dzień wolny od pracy, przypadający w ogólnie określonym w Unii okresie wyborczym obowiązującym we wszystkich państwach członkowskich.

W zakresie organów odpowiedzialnych za przeprowadzenie wyborów ustawa zawiera wiele rozwiązań występujących w dotychczas obowiązujących w Polsce przepisach wyborczych. Nowum stanowią rejonowe komisje wyborcze, które występują fakultatywnie, a o ich powołaniu decyduje Państwowa Komisja Wyborcza. W mojej ocenie możliwość powołania rejonowych komisji wyborczych jest konsekwencją wprowadzenia większych (niż np. w wyborach do parlamentu krajowego) okręgów wyborczych, a co za tym idzie – większej liczby wyborców przypadających na jeden okręg wyborczy. Do zadań rejonowych komisji wyborczych należy m.in.: sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem prawa wyborczego, pośredniczenie w dostarczeniu kart do głosowania do obwodowych komisji wyborczych, rozpatrywanie skarg na działalność obwodowych komisji wyborczych. Rejonowe komisje wyborcze pośredniczą w przekazywaniu wyników głosowania do właściwej okręgowej komisji wyborczej.

W zakresie uregulowań dotyczących obwodów głosowania ustawa odsyła do przepisów Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz Ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu. W mojej ocenie niefortunne było pominięcie możliwości tworzenia obwodów do głosowania w domach studenckich (możliwość taką dopuszcza ustawa o referendum ogólnokrajowym). Dopuszczenie takiego rozwiązania w referendum akcesyjnym sprawdziło się, dlatego uważam, że wprowadzenie przepisów umożliwiających tworzenie obwodów głosowania w domach studenckich byłoby krokiem we właściwym kierunku, mogącym wpłynąć na wzrost frekwencji wyborczej.

¹¹ M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 151.

Wybory przeprowadzane są w wielomandatowych okręgach wyborczych. Ustawodawca zrezygnował jednak ze stosowanego dotychczas w innych przepisach wyborczych rozwiązania polegającego na przypisaniu konkretnej liczby mandatów przypadających dla poszczególnych okręgów wyborczych (o konsekwencjach tego typu rozwiązania piszę niżej).

Prawo zgłaszania list kandydatów na posłów do Parlamentu Europejskiego przysługuje partiom politycznym, koalicjom partii politycznych oraz wyborcom¹². Póki co obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości zgłaszania list kandydatów przez frakcje polityczne działające na forum Parlamentu Europejskiego. Jednak wraz ze wzrostem roli tego organu władzy i funkcjonujących w nim frakcji politycznych, uwzględniając jednocześnie tendencje do ujednoczenia przepisów wyborczych we wszystkich krajach UE, takie rozwiązanie w przyszłości wydaje się być realne. Dlatego też sądzę, że już dzisiaj warto zastanowić się nad jego zasadnością i ewentualnym kształtem.

W zakresie przepisów dotyczących kampanii wyborczej warto zwrócić uwagę na treść art. 73 ust. 1 Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego: „Kampania wyborcza rozpoczyna się z dniem ogłoszenia postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej o zarządzeniu wyborów i ulega zakończeniu na 24 godziny przed dniem wyborów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Moim zdaniem mija się to nieco ze stanem faktycznym (jeśli chodzi o rozpoczęcie kampanii wyborczej), w którym chcące liczyć się w wyborczej rywalizacji ugrupowania polityczne w zasadzie nieustannie próbują przekonywać do siebie wyborców. Zdaje się, że ustawodawca również, przynajmniej częściowo, podzielał ten punkt widzenia i dlatego w art. 73 ust. 2 sprecyzował, że wyznaczony w ustawie termin rozpoczęcia kampanii wyborczej dotyczy możliwości zapoczątkowania czynności określonych w ustawie. W mojej ocenie czytelniejsze i bardziej odpowiadające realiom byłoby stosowanie tylko sformułowań: „rozpoczęcie czynności określonych w ustawie” oraz „zakończenie agitacji wyborczej” (to sformułowanie użyte zostało w art. 78), co dodatkowo powoduje, że ustawa posługuje się zarówno terminem „kampania wyborcza” jak i „agitacja wyborcza”, w sytuacji gdy ww. określenia można uznać za tożsame.

Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego przewiduje, że głosowanie trwa jeden dzień i odbywa się w godzinach między 8.00 a 22.00. Sądzę, że wydłużenie czasu głosowania do dwóch dni (wzorem ustawy o referendum ogólnokrajowym) mogłoby przyczynić się do zwiększenia frekwencji wyborczej.

¹² Tylko w kilku krajach UE partiom politycznym został przyznany monopol na zgłaszanie kandydatów w wyborach.

Ustalenie wyników wyborów

W Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego zdecydowano się na wprowadzenie dość zawiłego sposobu dochodzenia do podziału mandatów pomiędzy poszczególne komitety wyborcze i ich kandydatów. Procedura ta rozpoczyna się od stwierdzenia przez Państwową Komisję Wyborczą (PKW), które z listy okręgowych spełniają warunki konieczne do uczestniczenia w podziale mandatów. W dalszej kolejności PKW dokonuje podziału wszystkich mandatów między komitety wyborcze, odpowiednio do łącznej liczby głosów ważnych oddanych na listy okręgowe poszczególnych komitetów wyborczych, oraz przystępuje do ustalenia liczby mandatów przypadających dla poszczególnych list okręgowych każdego z komitetów wyborczych, które uzyskały mandaty, i przyznania tych mandatów konkretnym kandydatom.

Podział mandatów dokonywany jest tylko i wyłącznie pomiędzy tymi okręgowymi komitetami wyborczymi, które uzyskały co najmniej 5% ważnych głosów w skali kraju. Klauzula zaporowa 5% stosowana jest do wszystkich rodzajów komitetów wyborczych (zarówno partyjnych, koalicyjnych, jak i wyborców). Ustawa nie przewiduje zwolnienia z progu 5% dla komitetów mniejszości narodowych.

Podziału wszystkich mandatów pomiędzy uprawnione komitety wyborcze dokonuje się w następujący sposób:

1. Liczbę głosów ważnych oddanych łącznie na listy okręgowe każdego z komitetów wyborczych dzieli się kolejno przez: 1, 2, 3, 4 i dalsze kolejne liczby aż do chwili, gdy z otrzymanych w ten sposób ilorazów da się uszeregować tyle kolejno największych liczb, ilu posłów do Parlamentu Europejskiego jest wybieranych w Rzeczypospolitej Polskiej (metoda d'Hondta).

2. Każdemu komitetowi wyborczemu przyznaje się tyle mandatów, ile spośród ustalonego w powyższy sposób szeregu ilorazów przypada mu liczb kolejno największych.

3. Jeżeli kilka komitetów wyborczych uzyskało ilorazy równe ostatniej liczbie z liczb uszeregowanych w podany sposób, a komitetów tych jest więcej niż mandatów do rozdzielenia, pierwszeństwo mają komitety wyborcze w kolejności ogólnej liczby oddanych głosów na listy okręgowe tych komitetów. Gdyby na listy okręgowe dwóch lub więcej komitetów wyborczych oddano równą liczbę głosów, o pierwszeństwie rozstrzyga liczba okręgów wyborczych, w których na listy danego komitetu oddano większą liczbę głosów.

Następnie Państwowa Komisja Wyborcza sporządza protokół wyników głosowania w skali kraju oraz ogólnego podziału mandatów między komitety wyborcze, z podaniem komitetów, które są uprawnione do wzięcia udziału w podziale mandatów i ze wskazaniem tych, które takiego prawa nie uzyskały. W celu ustalenia liczby mandatów przypadających poszczególnym listom okręgowym należy:

1. Odrębnie dla każdego komitetu wyborczego liczbę głosów ważnych oddanych na listę okręgową danego komitetu kolejno w każdym okręgu pomnożyć za każdym razem przez liczbę przypadających danemu komitetowi mandatów.

2. Następnie tak otrzymany iloczyn dzieli się przez liczbę głosów ważnych oddanych we wszystkich okręgach na listy okręgowe tego komitetu wyborczego. Wartość liczby całkowitej (przed przecinkiem) uzyskanego w ten sposób ilorazu oznacza liczbę mandatów przypadających danej liście okręgowej.

3. Jeżeli po przeprowadzeniu postępowania, o którym wyżej mowa, w odniesieniu do wszystkich list okręgowych danego komitetu wyborczego nie zostały rozdzielone wszystkie mandaty przypadające temu komitetowi, to pozostałe jeszcze do podziału mandaty przydziela się tym listom okręgowym komitetu, dla których wyliczone ilorazy wykazują po przecinku kolejno najwyższe wartości, uwzględniając także i te listy okręgowe, które nie uzyskały jeszcze żadnego mandatu.

Mandaty przypadające danej liście okręgowej uzyskują kandydaci w kolejności otrzymanej liczby głosów. W sytuacji, gdy dwóch lub więcej kandydatów otrzymało równą liczbę głosów uprawniającą do uzyskania mandatu z danej listy okręgowej, o pierwszeństwie rozstrzyga kolejność umieszczenia ich nazwisk na liście.

Po ustaleniu wyników wyborów w każdym okręgu wyborczym PKW sporządza protokół wyborów posłów do Parlamentu Europejskiego. Wyniki wyborów PKW ogłasza w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej w formie obwieszczenia, jak również przesyła Prezydentowi Rzeczypospolitej i Marszałkowi Sejmu sprawozdanie z wyborów oraz wręcza posłom do Parlamentu Europejskiego zaświadczenia o wyborze. Następnie Marszałek Sejmu przesyła Przewodniczącemu Parlamentu Europejskiego zawiadomienie o wyborze posłów do Parlamentu Europejskiego.

Odmienne niż w dotychczas obowiązującym w Polsce prawie wyborczym Sąd Najwyższy decyduje o nieważności wyborów, a nie o ważności wyborów. Można stwierdzić, że w wypadku wyborów do Parlamentu Europejskiego obowiązuje zasada domniemania ważności wyborów¹³. Protesty wyborcze rozpatruje Sąd Najwyższy w składzie 3 sędziów w postępowaniu nieprocesowym, wydając (w formie postanowienia) opinię w sprawie protestu (art. 137 ust. 1 Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego). Rozstrzygnięcie o nieważności wyborów lub nieważności wyboru posła wydaje Sąd Najwyższy w składzie całej Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych. Rozstrzygnięcie to zapada na podstawie opinii wydanych w wyniku rozpoznania protestów (art. 139 ust. 1).

¹³ M. Chmaj i W. Skrzydło piszą jednak o tym, że Sąd Najwyższy rozstrzyga o ważności, a nie o nieważności wyborów. Zob. M. Chmaj, W. Skrzydło, *op. cit.*, s. 158.

W mojej ocenie postanowienia art. 137 ust. 1: „Sąd Najwyższy rozpatruje protest w składzie 3 sędziów w postępowaniu nieprocesowym i wydaje, w formie postanowienia, opinię w sprawie protestu” oraz art. 139. ust. 1: „Protesty rozpatruje Sąd Najwyższy w składzie całej Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, na podstawie opinii wydanych w wyniku rozpoznania protestów” są ze sobą sprzeczne. Moim zdaniem postępowanie w sprawie protestów wyborczych przed Sądem Najwyższym powinno składać się z dwóch etapów: rozpoznania protestu (w składzie 3 sędziów i wydania opinii) oraz rozpatrzenia protestu wyborczego (w składzie całej Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, na podstawie wcześniej wydanych opinii). Postanowienia cytowanych artykułów wskazują bowiem, że Sąd Najwyższy rozpatruje protest w składzie 3 sędziów, a innym razem, w dalszym etapie postępowania, w składzie całej Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych. W konsekwencji, zgodnie z art. 139. ust. 1, Sąd Najwyższy rozpatruje protesty na podstawie opinii wydanych w wyniku rozpoznania protestów. Natomiast zgodnie z treścią art. 137 ust. 1, protesty na etapie poprzedzającym rozpatrzenie protestu również są rozpatrywane, choć wydaje się, iż najpierw powinny one zostać rozpoznane. Dlatego uważam, że celowe byłoby zastąpienie w art. 137. ust. 1 zwrotu „rozpatruje” na „rozpoznaje”. Zmiana ta byłaby również, w mojej ocenie, zgodna z zasadami wykładni literalnej.

Konsekwencje zastosowanego systemu wyborczego

Podjmując problematykę konsekwencji zastosowanego systemu wyborczego *sensu stricto*¹⁴, trzeba podkreślić, że system wyborczy może mieć lub raczej często ma wpływ na ostateczny podział mandatów pomiędzy podmiotami startującymi w wyborach.

Wybory z dnia 13 czerwca 2004 r. były jak do tej pory pierwszymi i jedynymi wyborami do Parlamentu Europejskiego przeprowadzonymi w Polsce, zatem rozważania o konsekwencjach zastosowania różnych systemów wyborczych i metod ustalania wyników do głosowania mają charakter wyłącznie teoretyczny. Za konsekwencje systemu wyborczego uznaję przede wszystkim jego wpływ na podział mandatów pomiędzy startujące w wyborach komitety.

Jednym z czynników rzutujących na podział mandatów jest metoda przeliczania głosów. W wyborach w 2004 r. przyjęto metodę d'Hondta. Podział mandatów w skali kraju prezentuje tabela 1.

¹⁴ System wyborczy w ścisłym tego słowa znaczeniu oznacza zasady ustalania wyników wyborów. Zob. W. Kręcis, *Prawo wyborcze*, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, pod red. W. Skrzydło, Lublin 2003, s. 196.

Tabela 1

Podział mandatów w skali kraju przy zastosowaniu metody d'Hondta

Komitet wyborczy	Liczba mandatów
KW Platforma Obywatelska RP	15
KW Samoobrona RP	6
KKW Sojusz Lewicy Demokratycznej – Unia Pracy	5
KWW Socjaldemokracja Polska	3
KW Prawo i Sprawiedliwość	7
KW Liga Polskich Rodzin	10
KW Unii Wolności	4
KW Polskie Stronnictwo Ludowe	4

Gdyby natomiast podziału mandatów dokonywano w oparciu o metodę Sainte-Laguë w wersji klasycznej, podział mandatów przedstawiłby się inaczej (przy uwzględnieniu 5% progu wyborczego).

Tabela 2

Podział mandatów w skali kraju przy zastosowaniu metody Sainte-Laguë

Komitet wyborczy	Liczba mandatów
KW Platforma Obywatelska RP	14 (-1)
KW Samoobrona RP	6
KKW Sojusz Lewicy Demokratycznej – Unia Pracy	6 (+1)
KWW Socjaldemokracji Polskiej	3
KW Prawo i Sprawiedliwość	8 (+1)
KW Liga Polskich Rodzin	9 (-1)
KW Unii Wolności	4
KW Polskie Stronnictwo Ludowe	4

W sytuacji gdyby zastosowano metodę Hare-Niemeyera, uznawaną za najpełniej realizującą zasadę matematycznej proporcji, to podział mandatów przy uwzględnieniu 5% progu wyborczego przedstawiliby się tak, jak to pokazano w tabeli 3.

Tabela 3
Podział mandatów w skali kraju przy zastosowaniu metody Hare-Niemeyera

Komitet wyborczy	Liczba mandatów
KW Platforma Obywatelska RP	14 (-1)
KW Samoobrona RP	6
KKW Sojusz Lewicy Demokratycznej– Unia Pracy	6 (+1)
KWW Socjaldemokracja Polska	3
KW Prawo i Sprawiedliwość	7
KW Liga Polskich Rodzin	9 (-1)
KW Unia Wolności	5 (+1)
KW Polskie Stronnictwo Ludowe	4

Zastosowanie metody d'Hondta należy uznać za najbardziej korzystne (w ramach systemów proporcjonalnych) dla ugrupowań uzyskujących największe poparcie. W obu przypadkach, zarówno przy zastosowaniu metody Sainte-Laguë, jak i metody Hare-Niemeyera, po jednym mandacie straciłby ugrupowania, które uzyskały dwa najlepsze wyniki, a więc Platforma Obywatelska oraz Liga Polskich Rodzin. Mandaty kosztem komitetów z największym poparciem zyskałyby komitety ze średnim wynikiem.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że wszystkie ugrupowania, które wprowadziły swoich przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego, otrzymały większy procent mandatów niż otrzymanych głosów, co oznacza, że wszystkie ugrupowania biorące udział w wyborach w Polsce są w Parlamencie nadreprezentowane (co prawda nieznacznie). Na ugrupowania, które wprowadziły swoich przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego, głosowało ponad 90% wyborców, zatem pomimo stosowania progu wyborczego, tylko niecałe 10% głosów zostało oddane na komitety, które nie brały udziału w podziale mandatów. Stosunek uzyskanego poparcia do liczby uzyskanych mandatów przedstawia tabela 4.

Tabela 4

Stosunek uzyskanego poparcia do liczby uzyskanych mandatów

Nazwa komitetu wyborczego	Procent głosów	Procent mandatów
KW Platforma Obywatelska RP	24,10	27,77
KW Samoobrona RP	10,78	11,11
KKW Sojusz Lewicy Demokratycznej – Unia Pracy	9,35	9,25
KWW Socjaldemokracja Polska	5,33	5,55
KW Prawo i Sprawiedliwość	12,67	12,96
KW Liga Polskich Rodzin	15,92	18,51
KW Unia Wolności	7,33	7,40
KW Polskie Stronnictwo Ludowe	6,34	7,40

Ustalenie liczby mandatów przypadających poszczególnym komitetom wyborczym w skali kraju jest zaledwie jednym z etapów na drodze do obsadzenia mandatów przez konkretnych kandydatów. Aby ustalić, z których list okręgowych komitetu wyborczego kandydaci zdobędą mandaty, należy pomnożyć liczbę głosów oddanych na daną listę w okręgu przez liczbę mandatów przypadających dla komitetu w skali kraju i tak otrzymany iloczyn podzielić przez łączną liczbę głosów oddanych na komitet wyborczy w skali kraju. Wartość liczby całkowitej (przed przecinkiem) uzyskanego ilorazu oznacza liczbę mandatów przypadających danej liście okręgowej. Jeżeli po przeprowadzeniu powyższej operacji, w odniesieniu do wszystkich list okręgowych danego komitetu wyborczego nie zostały rozdzielone wszystkie mandaty przypadające temu komitetowi, to pozostałe jeszcze do podziału mandaty przydziela się listom okręgowym komitetu, dla których wyliczone ilorazy wykazują po przecinku kolejno najwyższe wartości, uwzględniając także i te listy okręgowe, które nie uzyskały jeszcze żadnego mandatu. Wpływ zatem na uzyskanie lub nie mandatu przez kandydata komitetu, który jest uprawniony do udziału w ich podziale, ma przede wszystkim liczba głosów oddanych na listę w poszczególnym okręgu. Skutkiem takiego rozwiązania jest fakt, że szanse na mandat są większe w okręgach, w których liczba uprawnionych do głosowania, a co za tym idzie liczba głosujących jest największa. Frekwencja wyborcza, nawet dość mocno zróżnicowana w poszczególnych okręgach wyborczych, nie ma aż tak istotnego wpływu na rezultat podziału mandatów przypadających komitetowi między

jego okręgowymi listami. W konsekwencji takiego rozwiązania w pierwszych w Polsce wyborach do Parlamentu Europejskiego powszechne były przypadki, że komitety wyborcze wystawiały swoich „preferowanych” kandydatów nie w okręgach wyborczych, z którymi byli związani (np. poprzez miejsce zamieszkania czy pracy), ale w okręgach, w których szansa na zdobycie mandatu była zdecydowanie większa.

Ocena obowiązujących rozwiązań

W mojej ocenie obecny system wyborczy jest dla zwykłego obywatela zbyt skomplikowany i powinien ulec uproszczeniu. Poprzestałbym na podziale mandatów pomiędzy komitety wyborcze w skali kraju, z zastosowaniem krajowych list kandydatów. To sprowadziłoby kampanię wyborczą do bardziej ogólnopolskiej niż regionalnej. Takie rozwiązanie wypełniałoby postanowienia art. 4 Ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego, który stwierdza, że posłowie są reprezentantami narodów państw UE. Uniknęlibyśmy również sytuacji, w których kandydaci wysuwani *de facto* przez partyjne kierownictwa muszą prowadzić kampanię wyborczą w całkiem obcym dla nich okręgu wyborczym tylko dlatego, że szansa uzyskania mandatu z tego okręgu jest zdecydowanie większa niż np. z okręgu miejsca ich zamieszkania. Moim zdaniem ustawodawca bardziej związał posła i sprawowany przez niego mandat z partią polityczną niż z konkretnym okręgiem wyborczym. Świadczyć mogą o tym zastosowane rozwiązania dotyczące obsadzania mandatów, również tych zwolnionych w trakcie trwania kadencji. Zawsze mandat będzie przypadał kandydatom danego komitetu, z pierwszeństwem przyznania go kandydatom startującym w innym okręgu, z listy której przypadł mandat, przed kandydatami innych komitetów z okręgu, w którym wystąpił wakat. Jest to rozwiązanie odmienne od stosowanego np. w Ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu, gdzie wygasły w trakcie kadencji mandat poselski może zostać uzupełniony tylko i wyłącznie przez kandydata nie tylko z tego samego komitetu wyborczego, ale również z tej samej listy okręgowej.

Nie obawiałbym się również tego, że ograniczenie podziału mandatów tylko do poziomu ogólnokrajowego utrudniłoby kontakt posłów z wyborcami. W obecnie obowiązujących realiach kontakt posłów z wyborcami w zasadzie jest niezwykle utrudniony. Zgodnie z oficjalnym kalendarzem prac posłów do Parlamentu Europejskiego, w roku 2006 na kontakty z wyborcami przeznaczono im zaledwie 20 dni. W sytuacji, gdy okręg wyborczy obejmuje kilka milionów obywateli i jest rozległy na kilkaset kilometrów, utrzymywanie więzi z wyborcami w zasadzie jest bardzo ograniczone.

W istniejącym systemie może dojść do sytuacji (przy niskiej frekwencji, w okręgu z małą liczbą osób uprawnionych do głosowania, przy sporym rozbięciu głosów pomiędzy startujące komitety), że z niektórych okręgów wyborczych nie będzie ani jednego posła do Parlamentu Europejskiego¹⁵. Konsekwencją obecnego systemu jest również zdecydowana dysproporcja pomiędzy liczbą posłów do Parlamentu wybranych z poszczególnych okręgów wyborczych, a co za tym idzie bardzo duża dysproporcja liczby posłów z konkretnego okręgu w stosunku do liczby uprawnionych do głosowania w tym okręgu¹⁶. W okręgu obejmującym woj. kujawsko-pomorskie jeden poseł przypada na 1 618 883 osoby uprawnione do głosowania, a w okręgu obejmującym miasto stołeczne Warszawę i sąsiadujące ze stolicą powiaty jeden poseł na 414 228 osób. Zatem pomiędzy okręgiem „najmocniej” a „najsłabiej” reprezentowanym różnica jest czterokrotna. Uważam, że to wystarczająca przesłanka, by kwestionować proporcjonalność istniejących rozwiązań.

Sposobem mogącym złagodzić występujące obecnie dysproporcje mogłoby być ustalenie konkretnej liczby posłów wybieranych z poszczególnych okręgów. W takim wariantcie, by dokonać proporcjonalnego podziału mandatów, kraj musiałby zostać podzielony na kilka większych okręgów wyborczych, w których możliwe byłoby jak najpełniejsze odwzorowanie zasady proporcjonalności. Taki podział kraju nie jest oczywiście łatwy do przeprowadzenia, gdyż dokonując go, należałoby uwzględnić granice terytorialne województw oraz ich potencjał demograficzny. Stosunek liczby posłów z okręgu do liczby uprawnionych do głosowania i liczby przypadających na jeden mandat w okręgu, prezentuje tabela 5.

¹⁵ Możliwość zaistnienia takiej sytuacji potwierdza również P. Sarnecki, *W sprawie...*, s. 37.

¹⁶ Różne warianty podziału Polski na okręgi wyborcze (dla alokacji 50 mandatów) zaprezentowane zostały w art. S. Gebethnera, K. Urbaniaka, *Przyszły polski system wyborczy do Parlamentu Europejskiego w świetle prawa wspólnotowego i analizy prawnoporównawczej*, „Przegląd Legislacyjny” 2003, nr 1, s. 28-29. Zob. również P. Sarnecki, *W sprawie...*, s. 36.

Tabela 5

**Stosunek liczby posłów z okręgu do liczby uprawnionych do głosowania
i uprawnionych do głosowania przypadających na jeden mandat w okręgu**

Nr okręgu	Zasięg terytorialny	Liczba posłów	Liczba uprawnionych do głosowania	Liczba uprawnionych do głosowania przypadających na jeden mandat w okręgu
1	woj. pomorskie	2	1 690 402	845 201
2	woj. kujawsko-pomorskie	1	1 618 883	1 618 883
3	woj. warmińsko-mazurskie i podlaskie	2	2 058 081	1 029 041
4	Warszawa i okoliczne powiaty	5	2 071 142	414 228
5	woj. mazowieckie	3	1 962 979	654 326
6	woj. łódzkie	4	2 078 974	519 744
7	woj. wielkopolskie	6	2 595 256	432 542
8	woj. lubelskie	4	1 730 259	432 565
9	woj. podkarpackie	2	1 614 976	807 488
10	woj. małopolskie i świętokrzyskie	7	3 528 132	504 019
11	woj. śląskie	6	3 759 664	626 611
12	woj. dolnośląskie i opolskie	6	3 148 563	524 761
13	woj. zachodniopomorskie i lubuskie	2	2 128 798	1 064 399

Podsumowanie

Dokonując oceny pierwszych wyborów do Parlamentu Europejskiego w Polsce, należy zwrócić uwagę, że już samo uchwalenie obowiązujących przepisów budziło wiele kontrowersji. Wynikało to przede wszystkim z faktu, że system wyborczy wywiera pewien wpływ na ostateczny podział mandatów pomiędzy startujące w wyborach podmioty. Polski system wyborczy do Parlamentu Europejskiego jest dość skomplikowany, z mało czytelnym sposobem podziału mandatów. W mojej ocenie wprowadzenie zmian mających na celu uproszczenie obowiązujących w tym zakresie przepisów należy uznać za po-

żądane. Pozytywnym rozwiązaniem jest w moim przekonaniu odwołanie się do sprawdzonych rozwiązań funkcjonujących w innych przepisach prawa wyborczego. Ważkim problemem pozostaje kwestia zwiększenia frekwencji wyborczej bez wprowadzania przymusu głosowania. Dobrą drogą do realizacji tego postulatu, który był już zgłaszany na etapie prac nad ustawą, byłoby dopuszczenie możliwości głosowania korespondencyjnego i elektronicznego oraz wydłużenie czasu głosowania do dwóch dni.

Polska Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego może w najbliższej przyszłości ulegać zmianom dyktowanym przez unormowania prawa wspólnotowego. W mojej ocenie warto skorzystać ze sprawdzonych rozwiązań znanych polskiemu prawu wyborczemu, a przede wszystkim zastanowić się nad uproszczeniem zasad, w oparciu o które dokonuje się podział mandatów, co uczyni ordynację wyborczą bardziej funkcjonalną i zrozumiałą dla wyborców, jak również może przyczynić się do zwiększenia frekwencji wyborczej. Najistotniejsze jest jednak to, by ewentualnie wprowadzane zmiany nie stały się tylko i wyłącznie odpowiedzią na zapotrzebowanie polityczne ich autorów.

Karina Wardencka
Bydgoszcz

Skutki nieważności czynności prawnej oraz nadużycia prawa w prawie podatkowym na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Do fundamentalnych cech podatku od wartości dodanej należy zaliczyć zasadę neutralności podatku dla podatników¹. Zasada ta jest realizowana poprzez umożliwienie podatnikowi pomniejszenia podatku należnego o kwoty podatku zapłaconego przy nabyciu towarów i usług związanych z jego działalnością gospodarczą. Podatek od wartości dodanej w założeniu ma obciążać jedynie ostatecznego konsumenta, czyli ma być neutralny dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą.

Prawo do odliczenia nie może być uzależnione od skuteczności danej czynności prawnej na gruncie prawa cywilnego. Bezwzględna nieważność czynności prawnej nie może pozbawiać podatnika prawa do odliczenia podatku naliczonego z tytułu dokonania tej czynności. Art. 88 ust. 3a pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług² (dalej: ustawa o podatku VAT) jest niezgodny z zasadą neutralności podatku od wartości dodanej w zakresie, w jakim odmawia podatnikowi prawa do obniżenia kwoty lub zwrotu podatku należnego z faktur, faktur korygujących lub dokumentów celnych potwierdzających czynności, do których mają zastosowanie przepisy art. 58 i art. 88 k.c.³

¹ Wyrok ETS z dnia 14 lutego 1985 r. w sprawie D.A. Rompelman i E.A. Rompelman-Van Deelen przeciwko Minister van Financien, C-268/83; wyrok ETS z dnia 21 marca 2000 r. w sprawie Gabalfriesta SL i in. przeciwko Agencia Estatal de Administration Tributaria, C-110/98; wyrok ETS z dnia 8 stycznia 2002 r. w sprawie Metropol Treuhand Wirtschaftreuhand GmbH przeciwko Finanzlandesdirektion fur Steiermark oraz Michael Stadle przeciwko Finanzlandesdirection fur Vorarlberg, C-409/99, [online] <www.curia.europa.eu>. Zob. też J. Martini, Ł. Karpiesiuk, *VAT w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 391; K. Sachs (red.), *VI Dyrektywa VAT, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 417.

² Ustawa z dnia 11 marca 2004r., o podatku od towarów i usług (Dz.U. nr 54, poz. 535 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz. 93 ze zm.).

1. Skutki nieważności czynności prawnej

W obrocie gospodarczym zdarzają się sytuacje, kiedy umowa będąca podstawą czynności podlegającej opodatkowaniu okazuje się nieważna. Klasycznym przykładem nieważności czynności prawnej jest zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości bez zawarcia aktu notarialnego. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o podatku VAT, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (dalej zwanym podatkiem VAT) podlega m.in. dostawa towarów rozumiana jako przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Podobnie na ten temat wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: Trybunał lub ETS) w swoich orzeczeniach⁴. Trybunał wskazał, że z punktu istnienia dostawy jako czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem VAT istotne jest przeniesienie prawa do faktycznego dysponowania rzeczą, a nie przeniesienie prawa własności. Decydujące znaczenie ma charakter ekonomiczny, a nie prawny transakcji. Zgodnie z orzecznictwem ETS, pojęcie „dostawa towaru” obejmuje każdą transakcję przeniesienia dobra materialnego przez stronę, która przyznaje drugiej stronie prawo do faktycznego nim dysponowania, jak gdyby była właścicielem tego dobra⁵. W konsekwencji opodatkowaniu mogą podlegać również czynności, które na gruncie przepisów prawa cywilnego są czynnościami nieważnymi.

Poszczególne ustawy podatkowe przewidują wyłączenie z opodatkowania czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Takie brzmienie ma art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o podatku VAT oraz art. 2 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych⁶. Powyższe przepisy stanowią o czynnościach, które „nie mogą być”, a nie – które „nie są” przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Oznacza to, iż opodatkowaniu nie podlegają czynności charakteryzujące się tym, że w ogóle nie mogą być przedmiotem umowy skutecznej na gruncie prawa cywilnego, nie zaś wszelkie czynności, które w konkretnym przypadku nie są prawnie skuteczne. Jakkolwiek zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości bez zachowania formy aktu notarialnego jest nieważne, nie oznacza to, że czynność ta nie może być przedmiotem prawnie skutecznej umowy. Sprzedaż nieruchomości sama w sobie nie jest bowiem czynnością sprzeczną z prawem. Gdyby zaś przy zawarciu umowy zachowano wszystkie przesłanki warunkujące jej skuteczność, sprzedaż byłaby ważna.

⁴ Wyrok z dnia 8 lutego 1990 r. pomiędzy Staatsecretaris van Financien Shipping and Forwarding Enterprise Safe BV, C-320/88; wyrok z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie Auto Tease Holland BV przeciwko Bundesamt für Finanzen, C-185/01; wyrok z dnia 4 grudnia 1990 r. w sprawie W.M. van Tien a Staatssecretaris van Financien, C-186/89, [online] <www.curia.europa.eu>.

⁵ Wyrok z dnia 8 lutego 1990 r., Shipping and Forwarding Enterprise Safe, C-320/88, [online] <www.curia.europa.eu>.

⁶ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r., nr 14, poz. 176 ze zm.).

Inaczej wygląda sytuacja w przypadku czynności, które nie mogą być przedmiotem umowy skutecznej w świetle prawa cywilnego (np. sprzedaż narkotyków). Poszczególne ustawy podatkowe wyłączają z opodatkowania te czynności, jak również przychody z nich wynikające. Wyłączenie z opodatkowania czynności nielegalnych czerpie swoje uzasadnienie z poglądu, że państwo nie akceptuje czynów nagannych i rezygnuje z ich opodatkowania, gdyż nie chce uczestniczyć w ich przychodach. Art. 30 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych stanowi, że od uzyskanych na terytorium RP dochodów z nieujawnionych źródeł przychodów lub nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach pobiera się podatek ryczałtowy w wysokości 75% dochodu. Przepis ten nie stanowi o możliwości opodatkowania działalności przestępczej. Jeśli działalność przedsiębiorcy ma charakter przestępczy, przychody z tego tytułu są wyłączone z opodatkowania. Dzięki temu przepisowi istnieje jednak możliwość opodatkowania przedsiębiorcy działającego w szarej strefie, prowadzącego działalność niezgłoszoną do ewidencji działalności gospodarczej, która nie ma charakteru przestępczego.

2. Skutki nadużycia prawa w podatku od towarów i usług na tle orzecznictwa ETS

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawach Halifax⁷ oraz w sprawach połączonych Axel Kittel oraz Recolta Recycling SPRL⁸ poddał analizie czynności związane z nadużyciami i oszustwami podatkowymi w zakresie ich konsekwencji w podatku od wartości dodanej.

Zdaniem Trybunału, zasada neutralności podatkowej wyklucza rozróżnienie pomiędzy działaniami zgodnymi z prawem a działaniami bezprawnymi. W zasadzie nawet bezprawne transakcje są objęte zakresem VI Dyrektywy⁹ i podlegają opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej. Jedyne wyjątek zachodzi, gdy działalność pozostaje całkowicie poza zakresem legalnego sektora gospodarczego. Jednakże wyjątek ten dotyczy wyłącznie obrotu towarami i usługami, które są objęte całkowitym zakazem we Wspólnocie i które z racji ich charakteru i szczególnych cech nie mogą być w pełni zbywane lub wprowadzane na rynki zbytu. Na przykład dostawa narkotyków czy fałszywej waluty nie jest objęta zakresem VI Dyrektywy¹⁰. Sama kwalifi-

⁷ Wyrok ETS z 21 lutego 2006 r. w sprawie Halifax, C-255/02, [online] <www.curia.europa.eu>.

⁸ Wyrok ETS z dnia 6 marca 2006 r. w połączonych sprawach Axel Kittel, Recolta Recycling SPRL, C-439/04, C440/04, [online] <www.curia.europa.eu>.

⁹ VI Dyrektywa Rady nr 77/388/WE z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji przepisów państw członkowskich dotyczących podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej, ujednoczona podstawa wymiaru podatku (Dz.U. WE L nr 145, poz.1).

¹⁰ Pkt 45 opinii Rzecznika Generalnego M. Poiresa Maduro w sprawie Halifax C-255/02, [online] <www.curia.europa.eu>.

kacja zachowania jako karalnego nie powoduje wyłączenia z opodatkowania. Wyłączenie takie ma miejsce jedynie w specyficznych sytuacjach, w których ze względu na szczególne cechy określonych towarów i usług wykluczona jest konkurencja między sektorem legalnym a nielegalnym¹¹.

W wyroku w sprawie Halifax Trybunał zdefiniował pojęcie transakcji dokonywanych wyłącznie w celu nadużycia prawa oraz przedstawił znaczenie tych transakcji dla prawa do odliczenia podatku od wartości dodanej. Trybunał odpowiedział na pytania przedstawione przez sądy krajowe, czy transakcje dokonywane w wyłącznym celu odzyskania podatku naliczonego mogą stanowić „działalność gospodarczą” w rozumieniu art. 4 ust. 2 VI Dyrektywy oraz czy istnieje możliwość zastosowania doktryny nadużycia prawa w dziedzinie podatku VAT.

Stan faktyczny sprawy Halifax, na podstawie której Trybunał udzielił odpowiedzi na tak postawione pytania, przedstawiał się następująco. Halifax była spółką prowadzącą działalność bankową, a większość jej transakcji stanowiły usługi finansowe zwolnione z podatku VAT. Spółka zamierzała stworzyć cztery ośrodki obsługi telefonicznej w Zjednoczonym Królestwie. Zgodnie z prawem, Halifax mogła odzyskać około 5% podatku zapłaconego za roboty budowlane. Doradcy podatkowi opracowali schemat, według którego firma ta mogła odzyskać całość podatku naliczonego z tytułu robót budowlanych poprzez szereg transakcji z różnymi spółkami z grupy Halifax. Wszystkie spółki uczestniczące w tych transakcjach były jednoosobowymi spółkami zależnymi Halifax.

Brytyjski organ skarbowy oddalił wnioski o zwrot lub zwolnienie z podatku od wartości dodanej, złożone przez spółki biorące udział w zastosowanym schemacie podatkowym. Zdaniem organu, transakcje te nie miały rzeczywistego charakteru i dokonane zostały wyłącznie w celu uniknięcia podatku VAT. Z tego powodu nie można było uznać ich za dostawy dokonane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w rozumieniu VI Dyrektywy.

Rząd Zjednoczonego Królestwa, popierany przez rządy Irlandii, Holandii i Włoch, przychylił się do stanowiska organów skarbowych. Zdaniem rządu, skoro jedynym istotnym zamiarem uczestników tych transakcji było zrealizowanie z góry zaplanowanego schematu unikania opodatkowania, to działalność taka nie jest działalnością gospodarczą na gruncie Dyrektywy. W celu określenia właściwej natury danej działalności należy wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności danej transakcji, jak również cel, w jakim została ona dokonana.

Nie zgadzając się z wyżej przedstawioną argumentacją, rzecznik generalny Poires Maduro w pkt 48 swojej opinii stwierdził, że wprowadzie transakcje

¹¹ Pkt 50 wyroku ETS z 21 lutego 2006 r. w sprawie Halifax, C-255/02, [online] <www.curia.europa.eu>.

rozpatrywane w niniejszych sprawach wydają się być jedynie narzędziami lub pośrednimi czynnościami służącymi do przeprowadzenia złożonych schematów unikania opodatkowania, jednakże cel unikania opodatkowania jest zewnętrzną okolicznością, która nie zmienia obiektywnego charakteru właściwego tym transakcjom. Takie transakcje muszą być analizowane indywidualnie w świetle danych obiektywnych okoliczności, aby zweryfikować, czy ma miejsce przepływ towarów i usług w zamian za rynkowe wynagrodzenie i w konsekwencji określić obiektywny, właściwy im charakter. Zdaniem rzecznika, transakcje przeprowadzone w przedmiotowych sprawach stanowią działalność gospodarczą niezależnie od tego, że są one dokonywane jako narzędzia schematów unikania podatku VAT.

Pogląd Zjednoczonego Królestwa, według którego należy przypisać znaczenie aspektowi celu transakcji, w rezultacie prowadzi do paradoksu, że transakcje takie pozostawałyby poza zakresem VI Dyrektywy z powodu zamiaru stron uniknięcia płatności podatku. Zdaniem Komisji, wykładnia dokonana przez rząd może zostać użyta nie tylko przez organy podatkowe na ich korzyść, ale także przez podatników. Podatnicy mogliby podnosić, że dana transakcja objęta podatkiem należnym, w świetle celu danej transakcji, nie miała miejsca w ramach działalności gospodarczej, a w konsekwencji powinna pozostać poza zakresem podatku VAT. Jest to sytuacja prawdopodobna jak w sprawie Halifax, gdzie została zawarta konkretna transakcja pomiędzy Halifaxem a LPDS dotycząca świadczenia usług budowlanych, za którą Halifax rzeczywiście zapłacił kwotę netto plus VAT należny. Wobec tego, sugeruje rzecznik, zgodnie z wykładnią rządu transakcja ta powinna pozostać poza zakresem systemu VAT, nawet jeśli faktycznie pociągała za sobą zapłatę podatku¹².

Zdaniem sądu odsyłającego, uznanie transakcji mających na celu unikanie opodatkowania za część systemu VAT powoduje konieczność odtworzenia całego łańcucha dostaw celem ustalenia tożsamości odbiorców. Przyjęcie takiego stanowiska stwarza konieczność uznania za normalny jednego sposobu wykonywania, np. robót budowlanych w Halifaxie. Normalna transakcja jest objęta systemem VAT, jednakże trudno określić jeden wzorzec normalnego prowadzenia działalności gospodarczej. Nie ma nic anormalnego np. w sytuacji, gdy Halifax, spółka prowadząca działalność bankową, korzysta z pośrednictwa spółek inwestycyjnych w celu świadczenia usług budowlanych, zamiast bezpośrednio zawierać umowy ze spółkami budowlanymi. Żaden z tych sposobów prowadzenia działalności gospodarczej nie może być uważany za bardziej normalny od innego¹³.

¹² Pkt 54 opinii Poiresa Maduro w sprawie Halifax, C-255/02, [online] <www.curia.europa.eu>.

¹³ Ibidem, pkt 56.

Wykładnia sugerowana przez rząd Zjednoczonego Królestwa stwarza także niebezpieczeństwo, że niewinne osoby trzecie, uczestniczące nieświadomie w tym schemacie, mogłyby doznać uszczerbku, dokonując lub otrzymując dostawy od uczestników transakcji, których jedynym celem jest uzyskanie korzyści podatkowych.

Analizując sprawę Halifax, Trybunał stwierdził, że transakcje dokonywane wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowej stanowią dostawę towarów lub świadczenie usług oraz działalność gospodarczą w rozumieniu art. 2 pkt 1, art. 4 ust. 1 i 2, art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 VI Dyrektywy, jeżeli spełniają obiektywne kryteria, na których opierają się te pojęcia. Dokonanie transakcji wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowej jest bez znaczenia dla uznania jej za dostawę towarów lub świadczenie usług, czy też działalność gospodarczą¹⁴.

Transakcje, które zostały przeprowadzone jedynie w celu osiągnięcia korzyści podatkowych, nie zasługują na ochronę ani na przyznanie im prawa do odliczenia podatku naliczonego. VI Dyrektywa powinna być interpretowana w ten sposób, że sprzeciwia się prawu podatnika do odliczenia podatku od wartości dodanej, jeżeli transakcje, z których wynika to prawo, stanowią nadużycie. Zakaz nadużycia jest bezprzedmiotowy w sytuacji, gdy transakcje te mają inne uzasadnienie niż tylko uzyskanie korzyści podatkowych. Niezależnie od tego, podatnicy nie mogą powoływać się na normy prawa wspólnotowego w celach nieuczciwych lub stanowiących nadużycie¹⁵.

Pojęcia dostawy towarów oraz świadczenia usług podlegających opodatkowaniu na gruncie VI Dyrektywy mają charakter obiektywny i stosowane są niezależnie od celów i rezultatów danych transakcji¹⁶.

Ciążący na organach podatkowych obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego celem określenia zamiaru podatnika byłby sprzeczny z celami wspólnego systemu podatku VAT, którymi są zagwarantowanie pewności prawa i ułatwienie dokonywania czynności związanych ze stosowaniem podatku VAT poprzez uwzględnienie, prócz przypadków wyjątkowych, obiektywnego charakteru danej transakcji¹⁷.

O ile w rzeczywistości kryteria te nie są spełnione w razie oszustwa podatkowego, dokonanego np. przez złożenie niezgodnej z prawdą deklaracji

¹⁴ Trybunał w pkt 26 wyroku z dnia 12 września 2000 r. w sprawie Komisja przeciwko Grecji, C-260/98, stwierdził, że analiza definicji i pojęć wskazuje na szeroki zakres pojęcia działalności gospodarczej oraz na jej obiektywny charakter, co oznacza, że działalność tę ocenia się niezależnie od jej celów lub rezultatów.

¹⁵ Pkt 33 wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie H. Fini, C-32/03, [online] <www.curia.europa.eu>.

¹⁶ J. Brolik, *Nadużycie prawa do odliczenia podatku w świetle orzecznictwa ETS a stosowanie prawa przez organy podatkowe i sądy*, „Jurysdykcja Podatkowa” 2007, nr 3, s. 38.

¹⁷ Pkt 24 wyroku z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie BLP Group, C-4/94, [online] <www.curia.europa.eu>.

podatkowej lub wystawienie nieprawidłowych faktur, o tyle jednak kwestia, czy dana transakcja była dokonana wyłącznie w celu uzyskania korzyści podatkowej, jest bez znaczenia dla stwierdzenia, czy stanowi ona dostawę towarów lub świadczenie usług oraz działalność gospodarczą.

Trybunał niejednokrotnie podkreślał, że podatnicy mogą przyjąć taki sposób prowadzenia działalności, aby ograniczyć swoje zobowiązania podatkowe. Nie ma prawnego obowiązku prowadzenia działalności w taki sposób, aby zmaksymalizować przychody podatkowe państwa. Podstawową zasadą jest zasada wyboru najniżej opodatkowanego sposobu prowadzenia działalności w celu zminimalizowania kosztów. Taka swoboda wyboru istnieje tylko w zakresie prawnych możliwości przewidzianych przez reżim podatku VAT.

3. Zakaz odliczenia VAT naliczonego z transakcji stanowiących nadużycie prawa

Zagadnieniem prawa do odliczenia podatku naliczonego w transakcjach wykorzystywanych do oszustw podatkowych zajmował się Trybunał we wspomnianej już sprawie Axel Kittel oraz Recolta Recycling SPRL¹⁸. Pierwszy z podatników (reprezentowany przez syndyka masy upadłościowej Axela Kittela) był świadomym uczestnikiem oszustwa. Polegało ono na wyłudzeniu zwrotu podatku VAT związanego z wielokrotnymi, niekiedy fikcyjnymi transakcjami (były to transakcje zwane potocznie „karuzelą podatkową”). Organy podatkowe zakwestionowały prawo podatnika do odliczenia podatku związanego z tymi transakcjami i wydały decyzję nakazującą zwrot podatku VAT.

Drugi z podatników, Recolta Recycling, nabył towary od podatnika, który świadomie uczestniczył w oszustwie podatkowym i który nie odprowadził podatku VAT od dokonanej transakcji. Recolta Recycling sprzedał następnie towary podatnikowi, który również uczestniczył świadomie w transakcji stanowiącej oszustwo podatkowe. Jedynym podmiotem, który nieświadomie uczestniczył w transakcji oszustwa podatkowego dokonywanego zarówno przez nabywcę, jak i sprzedawcę, był Recolta Recycling. Pomimo to organy podatkowe odmówiły Recolta Recycling prawa do odliczenia podatku naliczonego przy zakupie towarów. Brak prawa do odliczenia argumentowano tym, że transakcje te były nieważne w świetle prawa cywilnego, dlatego też nie stanowiły dostawy towarów, a co za tym idzie – brak było prawa do odliczenia podatku naliczonego.

Sąd kasacyjny wystąpił do ETS z wnioskiem o wyjaśnienie, czy podatnicy, którzy uczestniczyli w transakcji stanowiącej oszustwo podatkowe, mają

¹⁸ Wyrok ETS z dnia 6 marca 2006 r. w połączonych sprawach Axel Kittel, Recolta Recycling SPRL, C-439/04, C440/04, [online] <www.curia.europa.eu>.

prawo do odliczenia podatku naliczonego (pytanie dotyczyło zarówno podatników, którzy byli świadomymi uczestnikami takiej transakcji, jak również i tych, którzy brali udział w transakcji, nie mając takiej świadomości). Odpowiadając na pytanie sądu krajowego, Trybunał stwierdził, że pojęcie dostawy towarów, która została zrealizowana przez podatnika działającego w takim charakterze, oraz pojęcie działalności gospodarczej świadczą o tym, że pojęcia te, definiujące transakcje podlegające opodatkowaniu na podstawie VI Dyrektywy, mają charakter obiektywny oraz znajdują zastosowanie niezależnie od celów i rezultatów tych czynności. Transakcje, które nie stanowią oszustwa podatkowego, należy uznać za dostawę towarów, niezależnie od zamiaru innych niż podatek osób uczestniczących w łańcuchu dostaw.

Podatnik, który nieświadomie uczestniczy w przestępczym łańcuchu transakcji, nie może być pozbawiony prawa do odliczenia podatku naliczonego tylko dlatego, że transakcja wcześniejsza lub późniejsza w stosunku do tej, której on dokonał, stanowi oszustwo w podatku VAT. Natomiast podatek, który wiedział lub powinien był wiedzieć, że nabywając towar, uczestniczył w transakcji wykorzystanej do popełnienia oszustwa w podatku VAT, dla celów VI Dyrektywy powinien zostać uznany za osobę biorącą udział w tym oszustwie, bez względu na to, czy czerpie on korzyści z odsprzedawanych towarów. Podatnik znajdujący się w takiej sytuacji pomaga bowiem oszustom i staje się współsprawcą.

Trybunał podkreślił, że prawo do odliczenia przysługuje wyłącznie podatnikowi, który nie działał w celu dokonania oszustwa podatkowego oraz nie miał świadomości, że inne podmioty w ramach łańcucha dostaw dokonują takich działań o charakterze przestępczym. Prawo do odliczenia podatku naliczonego jest niezależne od niezgodnych z prawem działań sprzedawcy lub innego podmiotu w łańcuchu dostaw. Trybunał stwierdził, że aby móc powoływać się na prawo do odliczenia podatku VAT, podatek nie mógł wiedzieć, że uczestniczy w oszustwie podatkowym ani też przy zachowaniu należytej staranności nie mógł się o tym dowiedzieć.

W wyroku tym Trybunał powołał się również na swoje wcześniejsze orzeczenia, w których stwierdził, iż podatnicy nie mogą powoływać się na prawo wspólnotowe w celach nieuczciwych lub stanowiących nadużycie¹⁹.

Wnioski

Zasada neutralności VAT wymaga, by podatek był całkowicie wolny od obciążenia tym podatkiem, m.in. dzięki prawu do odliczenia podatku naliczonego. *A contrario*, jeśli dany podmiot nie dokonuje czynności opodatkowa-

¹⁹ Wyrok ETS z dnia 23 marca 2000 r. w sprawie Diamantis, C-373/97, oraz wyrok ETS z dnia 12 maja 1998 r. w sprawie Kefalas, C-367/96, [online] <www.curia.europa.eu>.

nych, uwolnienie go od ciężaru podatku naliczonego byłoby sprzeczne z zasadą neutralności.

Transakcje, których dokonanie stanowi nadużycie prawa, powinny zostać przededefiniowane w taki sposób, aby odtworzyć sytuację, która istniałaby, gdyby nie dokonano transakcji stanowiących nadużycie.

Organy podatkowe są upoważnione do domagania się z mocą wsteczną zwrotu kwot wynikających z każdej transakcji, co do której stwierdzono, iż prawo do odliczenia zostało wykonane w sposób stanowiący nadużycie²⁰.

Zasada zakazu nadużycia prawa znajduje zastosowanie również w dziedzinie podatku VAT. Trybunał stwierdził, że w sytuacji, gdy podatnikowi przysługuje wybór pomiędzy dwoma transakcjami, Dyrektywa nie nakłada na niego obowiązku dokonania wyboru tej transakcji, z którą wiąże się zapłata najwyższej kwoty podatku VAT²¹.

Jeżeli obowiązujący porządek prawny stwarza podatnikowi możliwość wyboru kilku legalnych konstrukcji do osiągnięcia zamierzonego celu gospodarczego, z których każda będzie miała inny wymiar podatkowy, to wybór najkorzystniejszego podatkowo rozwiązania nie może być traktowany jako obejście prawa²².

Transakcje mające na celu obejście prawa nie powodują wyłączenia tych transakcji z opodatkowania VAT. Czynności, które miały na celu obejście prawa, skutkują brakiem prawa do odliczenia podatku naliczonego związanego z tymi czynnościami.

W świetle powyższych uwag należy przyjąć, że art. 88 ust. 3a pkt 4 ustawy o podatku VAT, wprowadzający automatyczny zakaz prawa do odliczenia podatku naliczonego, w przypadku czynności wypełniających dyspozycję art. 58 i art. 88 k.c. jest niezgodny z VI Dyrektywą. Jedynie w sytuacji, gdy czynność prawna spełniałaby przesłanki do uznania jej za nieważną na mocy art. 58 i art. 83 k.c., a podatnik świadomie uczestniczyłby w transakcji mającej na celu oszustwo podatkowe, podatnikowi nie przysługiwałoby prawo do odliczenia podatku VAT²³.

²⁰ Pkt 33 wyroku w sprawie Fini, C-32/03, [online] <www.curia.europa.eu>.

²¹ Pkt 73 wyroku w sprawie Halifax, C-255/02, [online] <www.curia.europa.eu>.

²² Wyrok WSA z dnia 30 marca 2004 r., III SA2984/02.

²³ J. Martini, *Nieważność czynności prawnej a prawo do odliczenia podatku naliczonego*, „Jurysdykcja Podatkowa” 2007, nr 1, s. 80; A. Pęczyk, M. S. Fotel, *Odliczenie podatku VAT z faktur dokumentujących czynności bezwzględnie nieważne*, „Monitor Podatkowy” 2007, nr 1; D. Dominik, *VAT-owska karuzela*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej w Praktyce” 2006, nr 10.

Marcin Stankiewicz
Olsztyn

Konstitutywna interpretacja prawa międzynarodowego a orzecznictwo międzynarodowych trybunałów karnych

Problem prawotwórczości wykładni aktów normatywnych wywołuje poważne kontrowersje i stanowi źródło niekończących się dyskusji naukowych. Wprawdzie większość systemów prawnych świata przyjmuje zasadę *numerus clausus* źródeł prawa¹, jednak nie można zapominać o znacznym wpływie orzecznictwa na ich kształt². Nie podlega dyskusji fakt, że na gruncie anglosaskiego *common law* mamy do czynienia z samoistnym, prawotwórczym i wiążącym precedensem³. Jest to najjaskrawszy przykład jurydycznego kształtowania prawa. Inaczej sytuacja przedstawia się w kontynentalnym *civil law*. Tu niewiele przyzna, że sądy odgrywają ogromną rolę w procesie wykładni norm prawnych, niejednokrotnie kreując nowe ich znaczenie. Wprawdzie koncepcja precedensu w systemie prawa stanowionego nie ma szans egzystencji, jednakże nie można jednoznacznie odrzucić faktycznego istnienia konstitutywnej i zarazem wiążącej wykładni przepisów prawa⁴. Jest to szczególnie widoczne w sytuacjach, gdy przed organem stosującym prawo pojawia się konieczność interpretacji terminów prawnych, pojęć otwartych, pojęć nieostrych, niejasnych lub takich, których sens budzi poważne wątpliwości oraz w przypadku wykładni rozszerzającej lub zwążającej⁵. Wynika stąd, że w procesie stosowania prawa organ sądowy podejmuje działalność wyraźnie prawotwórczą⁶.

¹ Zob. art. 87 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.

² Zob. w tej kwestii wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 listopada 1997 r., K 26/97, OTK 1997/5 – 6/64.

³ L. Morawski, *Czy precedens powinien być źródłem prawa?*, [w:] *W kręgu problematyki władzy, państwa i prawa*, Lublin 1996, s. 187.

⁴ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003, s. 238–282.

⁵ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10, s. 10.

⁶ A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 4 i 5; także J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988; *passim*.

Za prawotwórczość uznaje się taki proces, którego rezultatem jest ustanowienie lub ukształtowanie się nowych norm prawa obowiązującego. Sytuacja taka występuje w przypadku stosowania reguł wykładni autentycznej i legalnej, gdyż powodują one zmianę dotychczasowego stanu prawnego, co do treści równą z ustanowieniem nowego aktu prawnego⁷. W przyjętej niemal powszechnie Monteskiuszowskiej zasadzie trójpodziału władz kompetencje zostały jednoznacznie i wyraźnie rozdysponowane pomiędzy trzy grupy organów. Jednym powierzono zadanie projektowania, kolejnym uchwalania, innym stosowania prawa. Jednakże dynamiczny rozwój stosunków interpersonalnych doprowadził do naruszenia tych granic. W efekcie pojawiła się potrzeba tworzenia norm bardziej elastycznych, a to z kolei stało się zaczątkiem ogólnego i niedookreślonego charakteru przepisów prawnych. Na organy stosujące prawo spadło nowe zadanie dookreślenia woli ustawodawcy i prawidłowego zastosowania prawa *in vivos*. Potrzeba dbałości o pewność prawa zapoczątkowała analizę poszczególnych orzeczeń i doprowadziła do wykształcenia się powszechnego i jednorodnego rozumienia klauzul generalnych i zwrotów ogólnych.

Wyodrębnienie tego typu działalności organów stosujących prawo wewnętrzne nie nastrocza poważnych kłopotów. Natomiast nieco inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku interpretacji norm prawa międzynarodowego. Pierwszą zasadniczą różnicą jest charakter źródeł prawa. Podstawowym aktem normatywnym na gruncie ponadnarodowym jest umowa międzynarodowa. Szczególny charakter prawny tego aktu wynika z trybu jego ustanowienia oraz bilateralnej bądź multilateralnej mocy obowiązującej. Cechy te wpływają na ukonstytuowanie się specyficznych reguł interpretacyjnych. Kolejnym bardzo ważnym aspektem jest eklektyczny charakter międzynarodowych norm prawnych. Łączą one w sobie dorobek wielu kultur i systemów prawa, będąc jednocześnie przejawem najsukuteczniejszych i najtrafniejszych rozwiązań oraz wypracowanego przez strony kompromisu. Niewątpliwie potrzeba specyficznych reguł interpretacyjnych, by właściwie rozstrzygnąć supranacjonalne kwestie prawne i dokonać prawidłowej subsumpcji⁸. Wydaje się, że na gruncie prawa międzynarodowego wykładnia o charakterze prawotwórczym ma szczególne znaczenie. Zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę liczne ogólne i niedookreślone zwroty i wyrażenia, a przede wszystkim rozbieżności pojawiające się w momencie tłumaczenia danej normy na język inny niż autentyczny⁹.

Społeczność międzynarodowa uznała, że należy wypracować powszechne i ogólnie akceptowane zasady interpretacji umów, tak aby unikać nieporo-

⁷ J. Nowacki, Z. Tabor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, s. 231.

⁸ L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Warszawa 1957.

⁹ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2003, s. 93–96.

zumień i różnorodnych znaczeń tego samego tekstu. Idea ta znalazła swoje odzwierciedlenie w przyjętej w 1969 r. Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów¹⁰.

Umowy należy interpretować w dobrej wierze oraz z poszanowaniem zasady *pacta sunt servanda*. Użyte w nich wyrazy i zwroty powinny być w zasadzie rozumiane tak, jak to wynika z ich normalnego znaczenia. Szczególne znaczenie można im nadawać tylko wówczas, gdy zostanie ustalone, że było to zamiarem stron. O normalnym znaczeniu wyrazów i zwrotów decyduje kontekst, w jakim zostały użyte oraz przedmiot i cel analizowanej umowy¹¹.

Dla celów interpretacji przez kontekst należy rozumieć przede wszystkim sam tekst umowy, łącznie ze wstępem i załącznikami, oraz wszelkie porozumienia dotyczące umowy, a osiągnięte między wszystkimi stronami w związku z jej zawarciem. Oprócz kontekstu należy brać pod uwagę wszelkie późniejsze porozumienia między stronami, dotyczące interpretacji umowy lub stosowania jej postanowień, późniejszą praktykę w stosowaniu umowy, która dowodzi porozumienia stron dotyczącego tej interpretacji, a także wszelkie normy prawa międzynarodowego obowiązujące w stosunkach między stronami, a mogące mieć znaczenie dla interpretacji umowy.

W przypadku gdy podstawowe zasady interpretacyjne okażą się niewystarczające, a znaczenie postanowień umowy nadal pozostaje dwuznaczne i niejasne, można skorzystać z pomocniczych środków interpretacji łącznie z pracami przygotowawczymi (*travaux preparatoires*) do umowy oraz okolicznościami, w jakich została ona zawarta.

Moc wiążąca interpretacji prawa międzynarodowego zależy od podmiotu jej dokonującego. Z tego punktu widzenia możliwa jest dywersyfikacja na wykładnię doktrynalną, tj. dokonywaną przez teoretyków prawa międzynarodowego, oraz urzędową, która może być dokonywana przez strony umowy międzynarodowej, sądy międzynarodowe, a także przez organizacje międzynarodowe. Szczególne znaczenie przypisuje się interpretacji autentycznej, dokonywanej wspólnie przez wszystkie strony umowy. Natomiast w kwestii rozstrzygania sporów wynikłych na gruncie rozbieżności interpretacyjnych istotną rolę odgrywają sądy międzynarodowe. Formalnie rzecz biorąc, wyroki tych organów wiążą tylko strony biorące bezpośredni udział w sporze, jednakże nie można zapominać o kreowaniu linii orzecniczej, która odgrywa ważną rolę w późniejszym rozpatrywaniu podobnych, faktycznie bądź prawnie, zagadnień.

Szczególnym organem kreowania prawa międzynarodowego jest Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości z siedzibą w Hadze. Rozstrzyga on

¹⁰ J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2003, s. 79–80.

¹¹ Zob. art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów międzynarodowych z 23 maja 1969 r. (Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439 i 440).

większość sporów wynikłych na gruncie stosunków międzypaństwowych, zaś jego orzeczenia na trwałe wchodzą do systemu prawnego i są traktowane jako oficjalne rozumienie badanego przepisu. Podobne znaczenie na gruncie europejskim przypisuje się Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka¹². Stoi on na straży przestrzegania praw człowieka zapisanych w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Do jego głównych kompetencji należy badanie zgodności prawa krajowego z rzezoną konwencją. Wydane orzeczenia mają moc wiążącą w stosunku do państwowego wymiaru sprawiedliwości i przyjmuje się, że stanowią kreatywną interpretację norm konwencyjnych. Należy wskazać także na działalność Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który jest sądowym organem Unii Europejskiej. Wprawdzie jego orzeczenia nie wiążą *erga omnes* i jest on władny zmienić przyjętą linię orzeczniczą bez podania konkretnych przyczyn, jednakże pozwala to osiągnąć jednolitą interpretację i jednolite stosowanie należących do systemu prawa europejskiego norm we wszystkich państwach członkowskich¹³.

Ważną pozycję w strukturach międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości zajmują międzynarodowe trybunały karne. Wnikliwa analiza etiologii tych instytucji wykracza poza ramy opracowania, jednakże należy wskazać, że stanowią one ukoronowanie dążeń społeczności międzynarodowej do karania poważnych naruszeń konwencji i zwyczajów międzynarodowych, związanych głównie z szeroko pojętą ochroną praw człowieka. Trzeba także zaznaczyć, że organy te zostały ukonstytuowane w celu osądzenia i ukarania osób fizycznych¹⁴ za popełnione zbrodnie, wykraczające swym zasięgiem poza krajowy system normatywny. W ten sposób utworzono nową formę odpowiedzialności indywidualnej o wyjątkowym, ponadnarodowym charakterze.

Odpowiedzią na okrucieństwa i brutalność drugiej wojny światowej było powołanie do życia Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z siedzibą w Norymberdze dla sądenia przestępców wojennych, których czyny nie dadzą się powiązać z żadną określoną miejscowością. Na mocy porozumienia¹⁵ zawartego 8 sierpnia 1945 r. stworzono nową jakość sprawiedliwości.

Międzynarodowy Trybunał Wojskowy ustosunkował się do kilku bardzo istotnych kwestii natury prawnej. Najczęściej rozpatrywał różnego rodzaju zarzuty i skargi oskarżonych. Efektem tego było skonstruowanie kilku zasad

¹² T. Jasudowicz, *Orzecznictwo strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka 1990–1997*, Toruń 1998, t. I–III.

¹³ A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?*, [w:] *Teoretyczno-prawne problemy integracji europejskiej*, pod red. L. Leszczyńskiego, Lublin 2004, s. 237–244.

¹⁴ Z wyjątkiem Międzynarodowego Trybunału Wojskowego z Norymbergii, którego statut przewidywał odpowiedzialność organizacji państwowych będących podmiotami zbiorowymi.

¹⁵ Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisane w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r., nr 63, poz. 367).

odpowiedzialności karnej na gruncie międzynarodowym, które na trwałe weszły do międzynarodowego porządku prawnego i obowiązują wspólnie funkcjonujące trybunały.

Pierwszym poważnym zarzutem przeciwko Trybunałowi było podważenie mocy obowiązującej statutu. Trybunał przyjął jednak stanowisko, że prawo zawarte w umowie londyńskiej i statucie jest dla niego bezwzględnie wiążące. I choć prawo to zostało ustanowione w wyniku wspólnej inicjatywy państw, przed którymi III Rzesza bezwarunkowo skapitulowała, nie stanowi w żadnym wypadku arbitralnej woli zwycięzców, lecz jest częścią prawa międzynarodowego obowiązującego już w chwili układania statutu i jednocześnie krokiem naprzód w rozwoju tego prawa¹⁶.

Często podnoszony był przez obronę zarzut naruszenia przez statut zasady *nullum crimen sine lege*. Głównym przedmiotem zarzutu były zbrodnie przeciwko pokojowi, który to czyn nie był do tej pory znany porządkowi prawnemu. Trybunał Norymberski zauważył, że oskarżeni, dokonując agresji, mieli świadomość działania z pogwałceniem prawa międzynarodowego, ze względu chociażby na podpisany przez Niemcy Pakt Brianda–Kelloga z 1928 r. Trybunał stanął też na stanowisku, że zasada ta nie stanowi w żadnym przypadku ograniczenia uprawnień suwerennych państw, lecz jest tylko ogólnym założeniem wymiaru sprawiedliwości¹⁷.

W wyroku Trybunał odrzucił twierdzenie obrony, jakoby jednostka nie mogła ponosić odpowiedzialności na gruncie prawa międzynarodowego oraz że jednostkę działającą w imieniu państwa chroni immunitet wynikający z suwerenności tych państw. Trybunał przyjął w tej kwestii stanowisko, że prawo międzynarodowe może nakładać obowiązki również na osoby fizyczne, zwłaszcza w zakresie praw i zwyczajów prowadzenia wojny. Rozwiązanie takie wynika często z charakteru pewnych norm prawnomiędzynarodowych oraz ich naruszeń. W szczególności zbrodnie międzynarodowe są popełniane przez osoby fizyczne, a nie przez jakieś abstrakcyjne twory i tylko karanie osób fizycznych może zapobiec naruszaniu tych norm. Trybunał nie uznał też argumentów, że jednostka działająca w imieniu państwa nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli działania te zakwalifikowane są jako przestępstwa. Wynika to nie tylko z przepisów statutu Trybunału, ale przede wszystkim z zasady, że zobowiązania międzynarodowe mają pierwszeństwo przed obowiązkiem posłuszeństwa jednostki własnemu państwu¹⁸.

W związku ze zbrodniami wojennymi obrońcy oskarżonych podnosili zarzut, że przepisy Konwencji haskiej z 1907 r. o prawach i zwyczajach wojny lądowej¹⁹

¹⁶ L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 54.

¹⁷ T. Cyprian, J. Sawicki, *Przed Trybunałem Świata*, Warszawa 1962, t. II, s. 291–293.

¹⁸ T. Cyprian, J. Sawicki, *Materiały norymberskie*, Warszawa 1948, s. 36.

¹⁹ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 175–181.

oraz Konwencji genewskiej z 1949 r. o traktowaniu jeńców wojennych²⁰ mogą stanowić podstawę odpowiedzialności tylko wtedy, gdy wszyscy uczestnicy wojny byli stronami tych konwencji²¹. Trybunał odrzucił ten argument, stwierdzając jednoznacznie, że w czasie drugiej wojny światowej reguły zawarte w konwencjach haskiej i genewskiej, dotyczących prawa wojennego, były już uznane przez wszystkie cywilizowane narody i uważano je za zbiór praw i zwyczajów wojennych obowiązujących powszechnie, bez względu na formalny stosunek do konwencji²².

W procesie norymberskim część obrońców oskarżonych występowała z twierdzeniem, że po stronie alianckiej miały również miejsce czyny stanowiące zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie wojenne (tzw. zarzut *tu quoque*)²³. Zarzuty te nie były jednak skuteczne. Trybunał bowiem zajął stanowisko, że w sprawie wzajemnych oskarżeń o naruszenie zasad prowadzenia wojny morskiej, zawartych w protokole londyńskim z 1936 r. dotyczącym akcji łodzi podwodnych, nastąpiła powszechna zmiana reguł prowadzenia wojny morskiej²⁴.

W trakcie orzekania Trybunał Norymberski doszedł do wniosku, że prawo międzynarodowe nie może stosować reguł technicznych pochodzących z jakiegoś jednego systemu prawa krajowego, lecz musi odnaleźć zasady ogólne, wspólne prawodawstwom wszystkich cywilizowanych narodów, jak również ustalić zwyczaje przyjęte w praktyce międzynarodowej, a utwierdzone przez konwencje, rozmowy dyplomatyczne, opinie trybunałów międzynarodowych i autorów²⁵. Rezultatem takiego stanowiska było opracowanie konkretnych zasad odpowiedzialności karnej. Stanowią one wyraz konstruktywnej interpretacji statutu Trybunału.

11 grudnia 1946 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło rezolucję²⁶, która potwierdziła zasady prawa międzynarodowego uznane przez statut i wyrok Trybunału. Znaczenie tej rezolucji może być rozpatrywane na dwóch płasz-

²⁰ Ibidem, s. 268-313.

²¹ Wynika to z przepisów tych konwencji, np. art. 2 konwencji haskiej z 1907 r., które posługują się takim zastrzeżeniem. W prawie międzynarodowym przyjęło ono nazwę *si omnes*. Argumentacja ta miała związek z nieludzkim traktowaniem radzieckich jeńców wojennych. Związek Radziecki nie był bowiem w tym czasie sygnatariuszem konwencji genewskiej z 1929 r.

²² L. Gardocki, op. cit., s. 57.

²³ Podnoszono w nim m.in. kwestię zajęcia Zaolzia przez Polskę w 1938 r., sprawę układu Ribbentrop–Mołotow i wojny ZSRR z Finlandią w latach 1939–1940. Zarzuty te odnosiły się również do alianckich bombardowań niemieckich i japońskich miast oraz faktu zrzućenia przez Stany Zjednoczone bomb atomowych na Hiroszimę i Nagasaki.

²⁴ Zob. część wyroku Trybunału Norymberskiego poświęconą zbrodniom wojennym w: T. Cyprian, J. Sawicki, *Materiały norymberskie...*, s. 232–236.

²⁵ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa – Kraków 1948, s. 222–223; Q. Wright, *Due Process and International Law*, „The American Journal of International Law” 1946, nr 4, s. 402.

²⁶ Zob. tekst rezolucji: K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, Wrocław – Warszawa 1976, s. 96.

czynach. Po pierwsze była ona formalnym wyrazem akceptacji przez społeczność międzynarodową faktu ukarania głównych zbrodniarzy wojennych oraz zasad i trybu, w jakim to nastąpiło w Norymberdze. Po drugie, rezolucja ta była wyrazem opinii społeczności międzynarodowej, że zasady prawne zawarte w statucie Trybunału i wyroku norymberskim stanowią część powszechnie obowiązującego prawa międzynarodowego.

Ten drugi aspekt ma niewątpliwie ogromne znaczenie dla rozwoju prawa norymberskiego, potwierdza bowiem, że nie jest to tylko pewien zbiór reguł stworzonych dla potrzeb konkretnego procesu²⁷, lecz sformułowanie istniejących zasad zwyczajowego prawa międzynarodowego, które uznano za obowiązujące również na przyszłość²⁸. Zawarto je w siedmiu punktach o następującym brzmieniu: każda osoba, która popełniła czyn stanowiący zbrodnię w świetle prawa międzynarodowego, jest zań odpowiedzialna i podlega karze. Fakt, że prawo wewnętrzne nie przewiduje kary za czyn stanowiący zbrodnię w świetle prawa międzynarodowego, nie zwalnia sprawcy od odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego. Fakt, że sprawca czynu stanowiącego zbrodnię w świetle prawa międzynarodowego działał jako głowa państwa lub funkcjonariusz państwowy, nie zwalnia go od odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego. Fakt, że sprawca działał w wykonaniu rozkazu swego rządu lub swego przełożonego, nie zwalnia go od odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego, jeżeli miał on rzeczywistą możliwość wyboru moralnego. Każda osoba oskarżona o popełnienie zbrodni w świetle prawa międzynarodowego ma prawo do uczciwego procesu zarówno w kwestiach praktycznych, jak i prawnych. Następujące zbrodnie karalne są w świetle prawa międzynarodowego: zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości. Zbrodnię w świetle prawa międzynarodowego stanowi również uczestnictwo w popełnieniu zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości²⁹.

Opracowane w ten sposób zasady na stałe weszły do świadomości społeczności międzynarodowej, dając przez długie lata podstawę do przygotowywania nowych przedsięwzięć i stanowiąc źródło prawa podlegające ciągłej ewolucji³⁰.

Wypracowaną wykładnię prawa międzynarodowego wykorzystano w procesie tworzenia Międzynarodowych Trybunałów Karnych dla byłej Jugosła-

²⁷ Umowa londyńska, powołująca do życia Trybunał, zawarta była na okres jednego roku, co należy rozumieć w ten sposób, że w zamyśle twórców miał on być instytucją czasową. Ostatecznie Trybunał przeprowadził tylko jeden proces i na tym zakończył swoją działalność.

²⁸ L. Gardocki, op. cit., s. 102.

²⁹ Ibidem, s. 103.

³⁰ Stanowiły podstawę opracowania wielu konwencji międzynarodowych rozszerzających prawnokarną ochronę społeczności międzynarodowej, np. Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r. (Dz.U. z 1952 r., nr 2), konwencji genewskich z 1949 r. (Dz.U. z 1956 r., nr 38, załącznik) Konwencji o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości z 1968 r. (Dz.U. z 1970 r., nr 26, załącznik), Konwencji o zwalczaniu i zapobieganiu zbrodni apartheidu z 1972 r. (Dz.U. z 1976 r., nr 32, załącznik).

wii (dalej: MTKJ lub Trybunał) i Rwandy. Trzeba podkreślić, iż w związku z odmienną sytuacją faktyczną i prawną oba te organy zmuszone zostały do opracowania nowych zasad odpowiedzialności. Odpierały zarzuty pojawiające się w toku przewodów sądowych, umożliwiając jednocześnie swe rzeczywiste funkcjonowanie. Szczególną aktywność w działaniach tego rodzaju musiał wykazać Trybunał jugosłowiański. W swoich pierwszych orzeczeniach zmuszony był on ustalić zasady jurysdykcyjne, na których mógłby oprzeć dalsze procedowanie. Zostały one uznane za oficjalną i obowiązującą wykładnię statutu Trybunału.

W pierwszej, rozpatrywanej w Hadze, sprawie Dusko Tadićia obrona złożyła wnioski podważające właściwość Trybunału w sprawie samej legalności powołania go na mocy Rezolucji Rady Bezpieczeństwa, jego prymatu nad sądami krajowymi oraz właściwości *ratione materiae*. Drugi wniosek zawierał zastrzeżenia oparte na braku jurysdykcji ze względu na zasadę *non bis in idem*³¹. Trzeci natomiast dotyczył zastrzeżeń związanych z formą aktu oskarżenia.

Pierwszy wniosek obrony rozpatrywany był bardzo szczegółowo przez Izby Trybunału³². Obrona kwestionowała kompetencje Trybunału do sądenia sprawców naruszeń prawa humanitarnego. Ostatecznie Izba Apelacyjna nie uznała żadnego z argumentów obrony za zasadny. Izba Procesowa uznała, że Trybunał został utworzony w ściśle określonym celu, by sędzić zbrodniarzy wojennych, ma więc dokładnie wyznaczone i ograniczone kompetencje. Zarzut dotyczący prymatu Trybunału nad sądami krajowymi został odrzucony ze względu na fakt, że może być on rozpatrywany tylko w stosunku do państwa i tylko państwo, a nie oskarżony, może go podnosić, ponieważ właśnie państwo zrzuca się niejako swej suwerenności na rzecz organu międzynarodowego. Poza tym przestępstwa rozpatrywane przez Trybunał są uniwersalne w swej naturze, ponieważ stanowią naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego. Dlatego też suwerenne państwa nie mogą mieć pierwszeństwa przed prawami społeczności międzynarodowej. Zarzut braku właściwości rzeczowej Trybunału ze względu na wewnętrzny charakter konfliktu zbrojnego w byłej Jugosławii odparty został argumentem, że przestępstwa przeciwko prawu humanitarnemu, czy to popełnione w trakcie konfliktów wewnętrznych, czy o zasięgu międzynarodowym, mają zawsze międzynarodowy charakter. Dlatego też jurysdykcja w sprawie Tadićia została potwierdzona, a apelacja oddalona. Dopiero po ostatecznej decyzji Izby Apelacyjnej co do zasadności jurysdykcji Trybunał rozpatrywał pozostałe wnioski obrony. Postulowała ona oddalenie oskarżenia głównie z tych przyczyn, że postępowanie wobec oskarżonego przed Trybunałem jest postępowaniem odrębnym

³¹ Uznana przez art. 10 Statutu MTKJ i ar.13 Regulaminu Proceduralnego MTKJ.

³² Zob. J. Nowakowska-Mańusecka, *Odpowiedzialność karna jednostek za zbrodnie popełnione w byłej Jugosławii i w Rwandzie*, Katowice 2000, s. 152–156.

i niejako powtarzanym w stosunku do procesu, który już rozpoczął się w Niemczech oraz że przekazanie oskarżonego Trybunałowi było sprzeczne z Europejską konwencją dotyczącą przekazania postępowania w sprawach karnych.

Izba Procesowa odrzuciła wniosek jako bezzasadny, argumentując to tym, że zasada *non bis in idem* odnosi się do sytuacji, gdy dana osoba została już osądzona, zaś w tym konkretnym przypadku jeszcze nie nastąpiło rozpoczęcie procesu przed sądem niemieckim, postępowanie faktycznie nie wyszło bowiem poza fazę śledztwa. Ponadto Tadić nie może zostać osądzony w RFN po tym, jak zakończy się sprawa przed Trybunałem dla byłej Jugosławii. Przepisy prawne bowiem na taką sytuację nie zezwalają³³.

Sędziowie stanęli też na stanowisku, że zasada *non bis in idem*, formułowana w różnych instrumentach międzynarodowych wskazanych we wnioskach obrony, nie została naruszona. W myśl art. 14.7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: „nikt nie będzie ponownie ścigany i karany za przestępstwo, za które został już raz prawomocnie skazany lub uniewinniony zgodnie z prawem i procedurą karną danego kraju”. W przytoczonej w decyzji interpretacji wymienionego uregulowania, dokonanej przez Komitet Praw Człowieka, znalazło się twierdzenie, że postanowienia z art. 14.7 Paktu zakazują powtórznego pociągnięcia do odpowiedzialności tylko w odniesieniu do przestępstwa już rozpoznanego w danym państwie. Tak więc chodzi tu o przestrzeganie zasady w obrębie jednego państwa.

Ponadto Izba stwierdziła, że Trybunał nie jest związany Europejską konwencją dotyczącą przekazania postępowania w sprawach karnych, a ponadto, co najistotniejsze i często przez Izbę podkreślane, brak jest ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd niemiecki.

Na kanwie sprawy Blaškicia pojawiła się bardzo ważna kwestia współpracy państwa z Międzynarodowym Trybunałem Karnym³⁴. Chorwacja zakwestionowała uprawnienie Trybunału do wydawania wiążących zarządzeń w stosunku do państwa. Potwierdziła wprawdzie chęć współpracy na zasadach jednakowych dla wszystkich państw, ale nie zgodziła się stosować do wiążących zaleceń Trybunału, argumentując, że art. 1 Statutu MTKJ ogranicza kompetencję tego organu do osądzenia osób fizycznych odpowiedzialnych za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarne.

W odpowiedzi na list Chorwacji z 10 lutego 1997 r. Izba Apelacyjna wydała decyzję, która potwierdziła, że Trybunał nie jest władny wydawać

³³ Zarówno art. 10.2 Statutu MTKJ, jak i par. 2 ustawy niemieckiej z 1995 r.

³⁴ W teorii prawa międzynarodowego wyróżniono dwa modele współpracy państw. Pierwszy – tzw. poziomy lub horyzontalny – obejmuje współpracę między państwami, które w drodze traktatów regulują kwestie wzajemnej współpracy co do określonych wniosków i sposobu ich wykonywania. Drugi model współpracy to model pionowy (wertykalny), obejmujący uprawnienie Trybunału *ad hoc* do wydawania odpowiednich zarządzeń w stosunku do państw.

wiążącego zarządzenia wobec państwa. Izba wskazała na dwa powody takiego zakazu. Po pierwsze Trybunał nie posiada uprawnień, aby zmusić państwa do posłuszeństwa, a po drugie sankcja za nieprzestrzeganie nakazu ma charakter typowo karny, a państwa nie mogą być przecież podmiotem sankcji karnych.

Szeroko dyskutowaną na forum Trybunału sprawą było doprecyzowanie terminologii w zakresie współpracy³⁵. Nakaz zabezpieczony sankcją przymusu (*subpoena*) nie może być odnoszony do państw właśnie z powodu sankcji karnej, której faktycznie i prawnie na państwo nałożyć nie można. Dlatego też Izba Apelacyjna stanęła na stanowisku, że właściwszym określeniem będzie w tym wypadku „wiążące zarządzenie” (*binding order*) lub „prośba”, które jako takie mogą być adresowane do państwa. Natomiast nadal nierozstrzygnięta pozostawała kwestia uprawnienia Trybunału do wysyłania takiego zarządzenia lub prośby do państwa. Chorwacja podtrzymywała stanowisko, iż Trybunał posiada kompetencję tylko i wyłącznie w stosunku do osób fizycznych, zaś w żadnym wypadku nie posiada jej wobec suwerennych państw.

Ostatecznie Izba Apelacyjna przyznała, że Trybunał dla byłej Jugosławii rzeczywiście obejmuje swoją właściwością jedynie osoby fizyczne, ale musi przecież polegać na współpracy z państwami, gdyż nie został wyposażony w żadne środki umożliwiające doprowadzenie osób ściganych. Izba skorzystała też z okazji, by przypomnieć, że skutecznym środkiem mającym zapobiec niewypełnianiu obowiązku współpracy z Trybunałem będzie zawiadomienie o tym fakcie Rady Bezpieczeństwa ONZ. Zgodnie z rozdziałem VII Karty Narodów Zjednoczonych, może ona nałożyć na dane państwo odpowiednie sankcje³⁶.

Obowiązek współpracy wynika również z art. 29 Statutu MTKJ³⁷. W tym wypadku prośba bądź zarządzenie skierowane do państwa powinno być spełnione, jako że zebranie odpowiednich dowodów leży w interesie wymiaru sprawiedliwości oraz społeczności międzynarodowej i stanowi warunek *sine qua non* rzetelnego procesu. Współpraca z Trybunałem dotyczy także kwestii bezpieczeństwa narodowego każdego z państw, zatem odmowa współpracy w owo bezpieczeństwo godzi.

Na bazie tych rozważań Trybunał podjął też próbę rozstrzygnięcia kwestii wystosowania wiążącego zalecenia do osób fizycznych pełniących funkcje wysokich urzędników państwowych. Art. 29 Statutu MTKJ mógł być stosowany wyłącznie wobec do państw. W związku z tym Trybunał powołał się na

³⁵ K. Wierszyńska, *Przegląd orzecznictwa Międzynarodowego Trybunału Karnego do spraw zbrodni w byłej Jugosławii*, „Studia Prawnicze” 2003, nr 2, s. 63.

³⁶ Uprawnienie Rady Bezpieczeństwa w tej kwestii wynika wprost z rezolucji powołującej do życia Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii. Współpraca państw z Trybunałem jest ich obowiązkiem i nie podlega żadnym kompromisom.

treść art. 18 pkt 2, który nadaje prokuratorowi uprawnienie do przesłuchiwania podejrzanych, ofiar i świadków w celu zbierania dowodów w miejscu przebywania tych osób, oraz art. 19 pkt 2, który z kolei stanowi, że sąd może, wraz z potwierdzeniem oskarżenia i na prośbę prokuratora, wydawać zarządzenia i nakazy aresztowania, zatrzymania, dostarczenia lub przekazania osób oraz inne zarządzenia, których w danej chwili wymaga postępowanie.

Wynika z tego uprawnienie Trybunału do kierowania zarządzeń wiążących do osób fizycznych. Uznano jednak, że zarządzenie takie może obejmować jedynie osoby, które występowały w danym momencie jako osoby prywatne. Stąd *a contrario* można wywnioskować, że zarządzenia te nie dotyczą osób, które w danym momencie pełniły jakąkolwiek funkcję publiczną. W związku z tym Trybunał określił dokładnie sytuacje, w których osoby publiczne można uznać za działające jako osoby prywatne. Chodzi tu o zdarzenia, których osoby te były mimowolnymi świadkami, pełniąc funkcje publiczne, lub też były świadkami przed objęciem takiej funkcji. Kolejnym aspektem wyróżnionym przez Trybunał jest samowolne wstrzymanie wydania przez osobę pełniącą funkcję określonego dokumentu, mimo ciężącego na niej obowiązku jego wydania³⁸.

Rozstrzygnięcia zasadniczych problemów prawnych, dokonane przez funkcjonujące dotychczas międzynarodowe trybunały karne, wykorzystane zostały przy tworzeniu międzynarodowego sądu karnego o permanentnym charakterze. Szczytowym osiągnięciem społeczności międzynarodowej w zakresie kreowania międzynarodowej jurysdykcji karnej było powołanie do życia Trybunału z siedzibą w Hadze.

15 czerwca 1998 r. delegaci ze wszystkich zakątków świata zgromadzili się w Rzymie. Rozpoczęła się trwająca pięć tygodni konferencja mająca na celu ustanowienie Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej: MTK)³⁹. Trzeba zaznaczyć, iż podczas rzymskich obrad osiągnięto znaczny kompromis, szczególnie jeżeli weźmie się pod uwagę różnice kulturowe i systemowe znajdujące wyraz w filozofii prawa i ustawodawstwach poszczególnych państw. Oczywiście podczas prac konferencji nie obyło się bez wątpliwości natury prawnej wymagających uzgodnienia i rozwiązania⁴⁰. Przełomowy moment nastąpił 17 lipca 1998 r., kiedy to zaplanowano głosowanie nad uchwa-

³⁷ Przepis ten stanowi, że „państwa mają na prośbę lub zalecenie Trybunału współpracować z nim, włączając w to m.in. zbieranie dowodów, zeznań, aresztowania osób, identyfikację osób, itd.”.

³⁸ K. Wierszyńska, op. cit., s. 64.

³⁹ Zob. też P. Ogonowski, *Międzynarodowy Sąd Karny – tworzenie jego podstaw*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 6, s. 43–50.

⁴⁰ Zob. J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Sprawozdanie z I Międzynarodowego Kongresu Młodych Karnistów AIDP, Noto (Syrakuzy), Włochy, 14–20 czerwca 2001 roku*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 8; oraz J. Izydorczyk, P. Wiliński, *Konferencja nt. „Międzynarodowy Trybunał Karny” (Wilno, 7 marca 2002 r.)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 165–169.

leniem Statutu MTK⁴¹. Ostatecznie sto dwadzieścia państw głosowało za jego przyjęciem, dwadzieścia wstrzymało się od głosu, a tylko siedem było przeciwnych utworzeniu Trybunału⁴².

Bazując na doświadczeniach poprzednich trybunałów karnych, twórcy Trybunału sprecyzowali podstawowe zasady interpretacji w samym statucie. Chcieli tym sposobem uniknąć trudności, z jakimi musiały borykać się poprzednie sądy. Z art. 21 Statutu MTK⁴³ wynika wprost, jakie reguły wykładni powinny być stosowane przez sędziów rozstrzygających wątpliwości natury prawnej.

Przede wszystkim dookreślono katalog źródeł prawa, jakim w toku aktywności orzeczniczej powinien posługiwać się Trybunał. W pierwszej kolejności winien on stosować przepisy Statutu MTK, Elementów Definicji Zbrodni oraz reguły procesowe i dowodowe. W dalszej kolejności należy brać pod uwagę traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z uznanymi zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. W sytuacji zaś braku obu wymienionych grup norm prawnych, Trybunał jest władny powołać się na ogólne zasady prawa wyinterpretowane z praw krajowych różnych systemów prawnych świata, a we właściwych przypadkach łącznie z prawem krajowym państw, które same wykonywałyby jurysdykcję danej zbrodni, o ile zasady te pozostają w zgodzie ze Statutem MTK, prawem międzynarodowym i uznanymi przez społeczność międzynarodową normami i zasadami.

Katalog tego rodzaju jest bardzo ważnym osiągnięciem zmierzającym do ujednoczenia linii orzeczniczej międzynarodowych trybunałów karnych. Zarazem stanowi instrument znacznie zwiększający pewność prawa, która w przypadku represyjnego charakteru norm karnych odgrywa niebagatelną rolę, stojąc na straży zasady praworządności. Trzeba także wyraźnie zaznaczyć, że Trybunał może powołać się w swym orzecznictwie na szeroko pojmowane normy i zasady prawa międzynarodowego, jeśli tylko zostały one zaakceptowane przez społeczność międzynarodową. W ten sposób Międzynarodowy Trybunał Karny został upoważniony do korzystania z dotychczasowego dorobku orzeczniczego i interpretacji prawa dokonanej przez poprzednie organy. Można więc pokusić się o stwierdzenie, że zasady wypracowane na grun-

⁴¹ Dokładny przebieg konferencji rzymskiej i rozważane podczas spotkania kwestie opisane zostały w: M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004, t. I, s. 118–148.

⁴² Sprzeciw zgłosiły Stany Zjednoczone, Izrael (włączenie do akcji agresji tzw. transferu ludności na okupowane tereny), Chiny (zarzut niewystarczających uprawnień Izby Przygotowawczej w zakresie kontroli nad inicjatywą Prokuratora) oraz Katar, Irak, Libia i Jemen. Zob. też M. Tarasiewicz, *Globalna sprawiedliwość*, „Wprost” z 10 listopada 1998, nr 831; M. Płachta, *Stany Zjednoczone wobec Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 9, s. 105–128; E. Zielińska (red.), *Międzynarodowy Trybunał Karny USA i UE: dwa różne podejścia*, Warszawa 2004.

⁴³ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny...*, t. II, s. 76–77.

cie prawa norymberskiego mogą stanowić również podstawę orzeczenia wydanego przez funkcjonujący współcześnie organ sądowy.

Niezmiernie istotną kompetencję Trybunału można wyinterpretować z treści ust. 2 art. 21 Statutu MTK. Wynika z niego bezpośrednio, że Trybunał może stosować zasady i reguły zgodnie z ich interpretacją zawartą w poprzednich orzeczeniach. Na gruncie tego przepisu należy rozważyć, czy zamiarem twórców Statutu MTK było ograniczenie kompetencji Trybunału do korzystania jedynie z własnych orzeczeń, czy też dopuszczono możliwość odwoływania się do osiągnięć wcześniejszych trybunałów. Literalne brzmienie tego przepisu pozwala zająć stanowisko, że należy rozumieć go szeroko. A zatem Międzynarodowy Trybunał Karny, przynajmniej teoretycznie, jest władny powołać się na orzeczenia i zasady wypracowane w dotychczasowej praktyce orzeczniczej innych międzynarodowych sądów karnych. Jest to specyficzne ukonstytuowanie mocy wiążącej orzeczeń trybunałów, które stanowią tym samym przejaw prawotwórczej interpretacji sądowej. Konkludując można postawić tezę, że wyroki te mają charakter precedensowy, wiążący Trybunał w każdej następnej sprawie. Oczywiście należy wyraźnie zaznaczyć, że przepis ten nie nakłada obowiązku stosowania wypracowanej dotychczas wykładni, a jedynie konstruuje takie uprawnienie. Jednakże można przypuszczać, że ze względu na postulat pewności prawa i jednolitości orzecznictwa Trybunał będzie stosował go konsekwentnie i w całej rozciągłości.

Stosowanie i interpretacja prawa na podstawie Statutu MTK muszą pozostawać w zgodzie z uznanymi przez społeczność międzynarodową prawami człowieka i być pozbawione jakiegokolwiek negatywnego różnicowania opartego na takich podstawach, jak płeć, wiek, rasa, kolor skóry, język, religia lub wierzenia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe, etniczne lub społeczne, majątek, urodzenie lub inny status⁴⁴.

* * *

Współczesne, dynamicznie rozwijające się stosunki międzynarodowe wymagają wielu nowatorskich rozwiązań prawnych. W celu ochrony powszechnego bezpieczeństwa, pokoju i porządku społeczność międzynarodowa powołała do życia sądy karne o zasięgu ponadnarodowym. Zostały one wyposażone w szczególne kompetencje. Na przestrzeni czasu były doskonalone i przystosowywane do zmieniających się warunków. Jednakże, co najważniejsze, każdy następny Trybunał korzystał z dorobku orzeczniczego swego poprzednika. Pozwoliło to wypracować jednolite zasady międzynarodowej odpowiedzialności karnej osób fizycznych, a jednocześnie wyjaśnić liczne wątpliwości związane z podstawami jurysdykcyjnymi Trybunałów. Przyjęta interpretacja

⁴⁴ Zob. art. 21 ust. 3 Statutu MTK.

przepisów proceduralnych szybko przekształcała się w powszechnie obowiązujące reguły, które wrastały w międzynarodowy porządek prawny.

W praktyce wyglądało to w ten sposób, że raz rozstrzygnięta wątpliwość natury prawnej nigdy ponownie nie wracała na międzynarodową wokandę. Dorobek Trybunału Norymberskiego upewnił świat w przekonaniu, że możliwe jest ustanowienie organu, który nie zważając na partykularne interesy, byłby w stanie obiektywnie rozstrzygać poważne międzynarodowe zatargi. Nieporadność rządów Republiki Jugosłowiańskiej przyczyniła się do powołania Trybunału o szczególnym, czasowym charakterze. Jednak jego skuteczne działania, mimo licznych głosów poddających w wątpliwość legalność jego funkcjonowania, zostały wykorzystane w procesie tworzenia Międzynarodowego Trybunału Karnego, który stanowi najwyższy poziom zaawansowania międzynarodowej ochrony obywateli. Najważniejsze, z punktu widzenia prowadzonych rozważań, jest wyposażenie go w konkretne mechanizmy interpretowania prawa z możliwością powoływania się na dotychczasowe orzeczenia. Wprawdzie sąd ten nie rozpoczął do tej pory faktycznej działalności, jednak można być pewnym, że gdy wreszcie do tego dojdzie, będzie on właściwie przygotowany, a bogaty w dotychczasowe doświadczenia swych poprzedników skutecznie rozwiąże każdy problem prawny.

Dokonana analiza, choć zwięzła i z pewnością niewyczerpująca, zwraca uwagę na istotę interpretacji prawa dokonywaną w zakresie funkcjonowania międzynarodowych trybunałów karnych. Wprawdzie są to organy o kompetencjach ograniczonych wyłącznie do decydowania o odpowiedzialności karnej osób fizycznych, jednakże ze względu na szczególną funkcję, zajmują też istotną pozycję wśród organów stojących na straży międzynarodowego porządku prawnego, a tym samym odgrywają znaczącą rolę w kształtowaniu zasad funkcjonowania tego porządku.

Przedstawione pokrótce kwestie prawne, rozstrzygane przez poszczególne trybunały, pozwalają zauważyć pewną prawidłowość. Otóż każde orzeczenie będące wyjaśnieniem zgłaszanych wątpliwości, na stałe weszło do porządku prawnego, a podobnego rodzaju sprawy nigdy więcej nie były przedmiotem dyskusji. Wynika stąd jednoznacznie, że tego rodzaju orzeczenia mają wyraźnie charakter konstytutywny, co należy rozumieć w ten sposób, że wpływają na kształt międzynarodowego systemu prawa, stając się niejednokrotnie normami powszechnie obowiązującymi.

Marcin Kazimierczuk
Olstyn

Zakres podmiotowy konstytucyjnej wolności zrzeszania się w związkach zawodowych

Wprowadzenie

Wolność zrzeszania się ma swoje źródło w idei społeczeństwa obywatelskiego¹. Termin „społeczeństwo obywatelskie”, mający za sobą długą i złożoną historię, staje się sztandarowym hasłem współczesnego dyskursu o dobrze rządzonym państwie. Społeczeństwo obywatelskie jest pojęciem oznaczającym społeczeństwo zmobilizowane do walki o autonomię wobec państwa. Jednak nie jest ono synonimem buntu przeciw państwu, buntu prowadzącego do jego destrukcji. Celem aktywności społeczeństwa obywatelskiego jest samoorganizacja dająca wyraz podmiotowości obywatela i godności człowieka, w tym również człowieka pracy, zdolności do brania wspólnych spraw w swoje ręce i ograniczania autorytarnych zapędów Lewiatana².

W tym kontekście akt akcesji Polski do Unii Europejskiej oznacza nie tylko integrację z organizmem grupującym państwa o ugruntowanym liberalno-demokratycznym systemie politycznym i rynkowej gospodarce, lecz także ze społeczeństwami zrzeszającymi się w bogatą sieć stowarzyszeń, organizacji, fundacji, związków zawodowych itp. – ujętą w ramy tego, co zwykle się nazywać mianem społeczeństwa obywatelskiego, a co stanowi sferę aktywności ludzi niepoddaną administracji państwowej i niebędącą domeną działalności prywatno-gospodarczej³.

Jedną z form zrzeszania się są związki zawodowe, których istotą jest organizowanie się pracowników w celu obrony swoich interesów. Służy to

¹ Na temat społeczeństwa obywatelskiego zob. P. Winczorek, *Wstęp do nauki o państwie*, Warszawa 1996, s. 170–171.

² Szerzej na temat konstrukcji stanu państwowości w doktrynie polityczno-prawnej Thomasa Hobbesa zob.: A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2002, s. 193–197.

³ Zob. J. Górniak, M. Marody, S. Mazur, A. Rychard, J. Wilkim, A. Wojtyna, M. Zirk-Sadowski, *Meandry instytucjonalizacji: dostosowanie Polski do Unii Europejskiej. EU-monitoring VI*, Kraków 2002, s. 73–80.

wyrównywaniu dysproporcji, jaka istnieje między pojedynczym pracownikiem a jego pracodawcą. Związek zawodowy może bowiem skuteczniej reprezentować interesy pracownika niż on sam. Właśnie dążenie do niwelowania nierówności legło u podstaw kształtowania się ruchu zawodowego i znalazło swój wyraz w aktach prawnych.

W doktrynie, nie tylko prawniczej, spotyka się różne definicje związków zawodowych. Do najbardziej popularnych można zaliczyć definicję R. Herbuta, który związki zawodowe nazywa „stowarzyszeniami pracowników zatrudnionych przede wszystkim w organizacjach przemysłowych i handlowych, których zasadniczym celem jest oddziaływanie za pośrednictwem kolektywnych działań na poprawę między innymi warunków płacowych, warunków zatrudnienia i pracy czy też w kierunku osiągnięcia określonych celów politycznych”⁴. Legalna definicja związków zawodowych znajduje się w Ustawie o związkach zawodowych z dnia 23 maja 1991 r.⁵, gdzie tego typu stowarzyszenia określa się jako „dobrowolną i samorządną organizację ludzi pracy, powołaną do reprezentowania i obrony ich praw, interesów zawodowych i socjalnych”.

Geneza ruchu związkowego

Początki ruchu związkowego sięgają czasów rewolucji przemysłowej⁶. W Wielkiej Brytanii pod koniec XVIII w. i na początku XIX tworzone pierwsze porozumienia i zrzeszenia skupiające robotników. Były one traktowane przez władze publiczne jako nielegalne, a działalność w nich kwalifikowano jako „zmovę przestępczą” i ścigano na podstawie uchwalonego w 1799 r. *Combination Acts*. U podstaw surowego mechanizmu represji karnej legło ultraliberalne przeświadczenie, najdobitniej wyartykułowane przez A. Smitha, iż: „rzadko się zdarza, by spotkanie ludzi tego samego zawodu [...] kończyło się inaczej, jak zmovą przeciwko ogółowi lub jakim układem co do podniesienia cen”⁷.

Podstawę prawną dla legalnej działalności związki zawodowe uzyskały w Wielkiej Brytanii na mocy ustaw z 1824 i 1825 r. Akty te odegrały pionierską rolę w rozwoju europejskiego ruchu związkowego, gdyż po raz pierwszy przyznały robotnikom ograniczoną wolność zrzeszania. Ostateczne uchylene

⁴ Zob. R. Herbut, *Związki zawodowe*, [w:] A. Antoszewski, R. Herbut (red.), *Leksykon politologii wraz z aneksem o: reformie samorządowej, wyborach do sejmu, prezydenckich oraz gabinetach rządowych*, Wrocław 2002, s. 508.

⁵ Dz.U. nr 55, poz. 234 z późn. zm.

⁶ H. Slomp, *Tworzenie się stron stosunku pracy*, [w:] H. Moerel (red.), *Zbiorowe stosunki pracy w procesie przemian*, Warszawa 1995, s. 150.

⁷ A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 1997, s. 65–66.

sankcji karnych za organizowanie zrzeszeń zawodowych nastąpiło w sierpniu 1875 r. na mocy *Conspiracy and Protection of Property Act*⁸.

Angielskie związki zawodowe w początkach swojej działalności podejmowały różnorodne funkcje socjalne, tworzyły fundusze strajkowe, zapomogowe itd.⁹ Były to organizacje scentralizowane, z wysokimi składkami i opłacanymi funkcjonariuszami¹⁰. Związki te zakładały luźne organizacje koordynujące działalność, tzw. rady związkowe. Brytyjski ruch związkowy, mimo że nie był apolityczny, skupiał swoją aktywność przede wszystkim na sprawach zawodowych i socjalnych.

Wielka Brytania była przez dziesięciolecia ostoją elitarnych związków profesjonalnych. Zmiana sytuacji nastąpiła dopiero od wielkiego strajku dokerów londyńskich w 1889 r. Powstał wówczas najliczniejszy brytyjski związek zawodowy robotników – związek dokerów. Fryderyk Engels tak pisał o różnicy między „starymi” związkami zawodowymi a „nowymi”: „stare związki, zrzeszające robotników wykwalifikowanych są ekskluzywne, wcale nie przyjmują robotników bez cechowego wykształcenia [...] związki te są bogate, im jednak są bogatsze, tym bardziej się degenerują, stając się zwykłymi kasami chorych i kasami pogrzebowymi. [...] Natomiast nowe związki zawodowe robotników niewykwalifikowanych przyjmują każdego towarzysza danego zawodu, są one przede wszystkim [...] zrzeszeniami organizującymi strajki i kasami strajkowymi¹¹”.

W Wielkiej Brytanii powstały także specyficzne relacje związków zawodowych ze światem polityki. W wyborach w 1892 r. robotnicy brytyjscy wprowadzili do parlamentu trzech swoich przedstawicieli a następnie, w 1893 r., jeden z robotniczych posłów powołał Niezależną Partię Pracy o programie nastawionym na reformę ustroju kapitalistycznego. W 1900 r. brytyjskie związki zawodowe zorganizowały Komitet Przedstawicielstwa Robotniczego, którego celem było wprowadzenie do parlamentu większej grupy robotników. W 1905 r. Komitet ten przekształcił się w Partię Pracy, a w roku 1906 partia ta odniosła sukces, wprowadzając do parlamentu 29 posłów. Partia Pracy przyjmowała funkcje służebne wobec związków i nie stawiała sobie za cel większego scentralizowania ruchu: „pozostał on luźno zorganizowanym zbiorom wysoko autonomicznych cechów, ogólnorobotniczych związków i podobnych organizacji [...], a nie szerokim ruchem społecznym zaangażowanym w walkę w przekształcanie społeczeństwa¹²”.

⁸ S. Webb, B. Webb, *Dzieje organizacji zawodowej w Anglii*, Kraków 1901.

⁹ J. Gardawski, *Związki zawodowe na rozdrożu*, Warszawa 2001, s. 21.

¹⁰ Zob. Z. Jagielski, A. Mirowiec, *Organizacje społeczne i ich funkcjonowanie w systemie politycznym*, [w:] Z. Blok (red.), *Nauka o polityce*, Poznań 1987, s. 184–185.

¹¹ F. Engels, *Dzień 4 maja w Londynie*, [w:] K. Marks, F. Engels, *Dzieła*, t. 22, Warszawa, s. 69.

¹² H. Slomp, op. cit., s. 156.

Pierwsze brytyjskie związki zawodowe rzemieślnicze, cechowe (*craft*) stały się wzorem dla pracowników innych krajów. Podobny w swej istocie proces przechodził francuski ruch związkowy¹³, gdzie na mocy ustawy z 14 czerwca 1791 r.¹⁴, opracowanej przez jakobińskiego adwokata Izaaka Le Chapeliera, tworzenie zrzeszeń robotniczych było zakazane.

We Francji miało miejsce szczególnie dramatyczne wydarzenie, w którym głównym aktorem była klasa robotnicza – Komuna Paryska. Jej klęska w 1871 r. pociągnęła za sobą osłabienie ruchu robotniczego, który zaczął odradzać się dopiero w późnych latach siedemdziesiątych XIX w. Powstające wówczas organizacje zawodowe proletariatu (syndykaty) zostały zalegalizowane na podstawie ustawy z 21 lutego 1884 r., która zapewniała związkom zawodowym legalną egzystencję w systemie prawnym¹⁵. Były one jednak bardzo zróżnicowane, a zarazem spotykały się ze szczególnie silną niechęcią ze strony pracodawców. To powodowało, że w latach osiemdziesiątych XIX w., gdy w Wielkiej Brytanii poziom strajków obniżał się, we Francji ich fala narastała.

W 1887 r. pojawiły się lokalne organizacje jednoczące syndykaty („gieldy pracy”). W roku 1892 powstała Federacja Giełd Pracy, a w 1895 Powszechna Konfederacja Pracy (CGT). Podziały wewnątrz francuskiego ruchu związkowego były jednak na tyle głębokie, że trudno było podejmować skuteczne wspólne akcje. Program anarchosyndykalistyczny, przyjęty przez CGT w 1906 r., łączył tezy Marksa¹⁶ – walkę klas i wywłaszczenie kapitalistów, Proudhona¹⁷ – negację państwa, polityki i partii, Sorela¹⁸ – ideę gwałtownej akcji rewolucyjnej. W rezultacie ukształtował się tam ruch związkowy, który stał się sam z siebie, bez mediacji partii, rewolucyjną siłą polityczną¹⁹.

W krajach Rzeszy Niemieckiej w pierwszej połowie XIX w. również funkcjonowało antyzwiązkowe ustawodawstwo²⁰. Zakaz zrzeszania obejmował tam nie tylko robotników, ale i fabrykantów. Od 1878 r. obowiązywała w Niemczech ustawa antysocjalistyczna, zabraniająca organizowania związków, zwoływania zebrań oraz publikowania pism uznanych za socjalistyczne. Organizacje zawodowe, które powstawały w tym okresie, musiały zachować pozory niezależności od partii socjalistycznej. Ówczesna polityka Niemiec,

¹³ Na ten temat por. zwłaszcza W. Kozłowski, *Dzieje walk o prawo koalicji we Francji*, Warszawa 1939, s. 5–8, 10–13.

¹⁴ Tekst tej ustawy podaje T. Janasz, *Ustawa Le Chapelier*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1963, t. 15, z. 2, s. 199–200.

¹⁵ Jednakże osobowość prawną uzyskały one dopiero w drugiej dekadzie XX w. Zob. K. W. Baran, *Zbiorowe prawo pracy*, Kraków 2002, s. 146.

¹⁶ Szerzej na temat doktryny polityczno-prawnej K. Marksa patrz: A. Sylwestrzak, op. cit., s. 319–323.

¹⁷ Szerzej na temat doktryny polityczno-prawnej P. J. Proudhona patrz: ibidem, s. 270–273.

¹⁸ Szerzej na temat doktryny polityczno-prawnej G. Sorela patrz: ibidem, s. 362–365.

¹⁹ J. Gardawski, op. cit., s. 26.

²⁰ Por. bliżej K. Legień, *Niemieckie związki zawodowe*, Warszawa 1906, s. 3 i nast.

obok zwalczania organizacji robotniczych, starała się zjednać klasę pracowniczą (w 1883 r. wprowadzono ustawę o ubezpieczeniach).

Proces liberalizacji prawa w materii związkowej rozpoczęto w Saksonii w 1861 r. W całym kraju wolność zrzeszania zagwarantowała ustawa przemysłowa z 21 czerwca 1869 r.²¹ W trzy lata później uchylono przepisy kodeksu karnego przewidujące odpowiedzialność robotników za tworzenie porozumień w celu wywołania strajku. Bezpośrednio po zniesieniu ustawy antysocjalistycznej powstała SPD, której społeczną podstawą stały się socjalistyczne związki zawodowe. Zorganizowano potężną, scentralizowaną, zdyscyplinowaną federację związków zawodowych o dużych możliwościach mobilizacji robotników (Generalna Komisja Niemieckich Związków Zawodowych), która była częścią SPD. Przed pierwszą wojną światową do tych związków należało około 2,5 mln członków²².

Trudności z zalegalizowaniem statusu prawnego nie ominęły również związków zawodowych w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Ich działalność była bowiem na przełomie XIX w. kwalifikowana jako sprzeczna z ustawą antytrustową²³. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w 1908 r. w sprawie *Loewe v. Lawlor*, zorganizowany ruch związkowy blokował nieskrępowany rozwój międzystanowej wymiany handlowej²⁴.

Status prawny amerykańskich związków zawodowych uległ istotnej zmianie po uchwaleniu w 1914 r. przez Kongres *Lovor's Magna Carta*. Jednak dopiero ustawa Wagnera z 1935 r.²⁵ zagwarantowała wszystkim pracownikom wolność zrzeszania się w organizacjach związkowych²⁶.

Zniesienie barier prawnych w zakresie wolności zrzeszania pracowników spowodowało rozwój pluralizmu jakościowego w krajach demokratycznych o gospodarce wolnorynkowej. Oczywisty jest fakt, że występuje w tym modelu rozmaity poziom sfederowania organizacji zakładowych. Jako przykład ilustrujący struktury scentralizowane mogą służyć Stany Zjednoczone, gdzie w szerokim zakresie występuje organizacyjne powiązanie związków zawodowych w krajowe federacje i ogólnoamerykańską konfederację pracy – *American Federation of Labor* i *Congress of Industrial Organisations*²⁷. Podobne

²¹ Również w sąsiedniej Austrii na mocy ustawy z 15 listopada 1867 r. zalegalizowano organizacje związkowe; K. W. Baran, op. cit., s. 146.

²² Związki chrześcijańskie, drugie w rankingu, miały w tym czasie około 340 tys. członków; J. Gardawski, op. cit., s. 23.

²³ *Sherman Antitrust Act* z 1890 r.

²⁴ Por. bliżej Ch. Gregory, *Labor and the Law*, New York 1961, s. 35.

²⁵ *National Labor Relation Act*

²⁶ Bliżej ten temat : A. Świątkowski, *Związki zawodowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej*, [w:] *Z problematyki związków zawodowych i współuczestnictwa pracowników w zarządzaniu*, Studia i Materiały JP i SS 1982, z. 21, s. 39.

²⁷ S. Kozłowski, *Związki zawodowe w Stanach Zjednoczonych*, „Praca i Zabezpieczenia Społeczne” 2001, nr 8, s. 18–19.

mechanizmy funkcjonują też we Francji, gdzie w stosunkach przemysłowych dominującą rolę odgrywają potężne centrale związkowe, jak *Confederation Generale du Travail, Force – Ouvriere*. Niższy poziom scentralizowania cechuje natomiast niemiecki ruch związkowy, co ma swoje historyczne uzasadnienie.

Funkcje związków zawodowych

W stosunkach przemysłowych państw funkcjonujących w oparciu o zasady wolnego rynku można wyróżnić w ujęciu modelowym trzy podstawowe funkcje związków zawodowych:

- ochronną,
- kontrolną,
- reprezentacyjną.

Z reguły w płaszczyźnie funkcjonalnej są one wzajemnie ściśle ze sobą powiązane, stąd też związek zawodowy, podejmując działania w środowisku pracy, zazwyczaj realizuje co najmniej dwie z nich.

Ochronna funkcja związków zawodowych przejawia się w obronie praw i interesów ludzi pracy. Ochrona interesów ekonomiczno-socjalnych wiąże się bezpośrednio z genezą ruchu związkowego, który od samego zarania podejmował walkę o poprawę warunków pracy i życia osób świadczących pracę i ich rodzin. Uproszczeniem byłoby jednak sprowadzenie ochronnej funkcji związków zawodowych wyłącznie do wymiaru ekonomiczno-socjalnego. W cywilizacji industrialnej w stosunkach pracy nader istotną rolę odgrywa ochrona interesów niematerialnych. Chodzi tu o takie dobra, jak godność, honor czy duma pracowników. W krajach o ustroju totalitarnym wielokrotnie w przeszłości wolne związki zawodowe spełniały i nadal spełniają rolę obrońcy praw politycznych społeczeństwa. Jednak tam, gdzie funkcjonują ugruntowane procedury demokratyczne, związki koncentrują się głównie na problemach warunkujących poziom życia i warunki pracy pracowników.

Kontrolna funkcja związków zawodowych przejawia się w nadzorowaniu działalności pracodawców i organów administracji publicznej pod kątem jej zgodności z prawami i interesami ludzi pracy i ich rodzin²⁸. Przede wszystkim związki zawodowe sprawują kontrolę nad przestrzeganiem prawa pracy, nadzorują wprowadzanie w życie przepisów i zasad bezpieczeństwa oraz higieny pracy.

Związki zawodowe spełniają również funkcję kontrolną w odniesieniu do decyzji pracodawcy podejmowanych w indywidualnych sprawach pracowni-

²⁸ W tej kwestii bliżej J. Piątkowski, *Uprawnienia zakładowej organizacji związkowej*, Toruń 1997, s. 103; Z. Salwa, *Uprawnienia związków zawodowych*, Bydgoszcz 1998, s. 17.

czych. Chodzi tu zwłaszcza o kwestie dotyczące zmiany bądź rozwiązania stosunku pracy.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż sprawowaniu kontroli i nadzoru przez związki zawodowe w stosunkach pracy nie towarzyszą z reguły uprawnienia władcze. W efekcie mogą one w tej materii podejmować tylko działania interwencyjne. Stąd w razie stwierdzenia, że postępowanie organu administracji państwowej i samorządu terytorialnego lub pracodawcy jest niezgodne z prawem albo narusza zasady praworządności, związek może wystąpić do właściwego podmiotu z żądaniem spowodowania usunięcia we właściwym trybie wykrytych uchybień, ewentualnie rozważyć wszczęcia sporu zbiorowego²⁹.

Reprezentacyjna funkcja związków zawodowych przejawia się tym, iż są one wyrazicielem praw i interesów ludzi pracy³⁰. Dotyczy to zarówno sfery indywidualnej, jak i zbiorowej. Omawiana funkcja w płaszczyźnie zbiorowej jest realizowana w formie postulatów bądź opinii przedstawianych pracodawcy albo organom władzy i administracji publicznej. Jednak należy tu zaakcentować, że związki zawodowe nie są upoważnione do uczestnictwa w zarządzaniu przedsiębiorstwem ani tym bardziej do przejmowania tego zarządzania.

W warunkach pluralizmu związkowego w sprawach odnoszących się do reprezentacji zbiorowych praw i obowiązków powstaje problem reprezentatywności, czyli określenia, która z kilku działających na terenie zakładu pracy organizacji związkowych ma być rzecznikiem takich praw i interesów. W krajach o ugruntowanej gospodarce rynkowej tego rodzaju funkcje pełni tzw. reprezentatywny związek zawodowy³¹, który skupia najwięcej pracowników albo udowodni, że odgrywa ważną rolę w zakładzie pracy.

Zakres podmiotowy wolności zrzeszania się w związkach zawodowych w Konstytucji RP

Polski ustrojodawca, dążąc do stworzenia jakościowej zmiany po negatywnych regulacjach i praktykach Polski Ludowej, a także mając na celu potrzebę stworzenia społeczeństwa obywatelskiego, dostrzegł potrzebę wykorzystania w szerokim zakresie czynnika organizacji. Temu celowi służyło

²⁹ Na płaszczyźnie ogólnokrajowej reprezentowane organizacje związkowe prowadzą działalność kontrolno-opiniodawczą poprzez swych przedstawicieli zasiadających w rozmaitych centralnych gremiach o charakterze opiniodawczo-doradczym; Por. bliżej E. Wronikowski, *Związkowa reprezentacja praw i interesów pracowniczych na szczeblu ogólnopolskim*, [w:] G. Goździewicz, *Reprezentacja praw i interesów pracowniczych*, Toruń 2001, s. 133 i nast.

³⁰ Funkcja ta jest ściśle skorelowana z ochronną funkcją związków zawodowych.

³¹ Zob. A. Paszek, *Problem reprezentatywności związków zawodowych w prawie polskim*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2000, nr 2, s. 26–30.

wprowadzenie do ustawy zasadniczej szeregu przepisów odnoszących się do szeroko pojętej wolności zrzeszania się.

W Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.³² zrzeszanie się zostało ujęte jako wolność obywatelska. Tym samym ustrojodawca dokonał znaczącego rozróżnienia pomiędzy prawem a wolnością zrzeszania się. Przyznanie obywatelom prawa zrzeszania się oznacza, że ustawodawca jest uprawniony do dokładnego uregulowania wszelkich przejawów korzystania z tego prawa. Obywatele nie mogą przy tym wychodzić poza przyznane im możliwości działania.

Znacznie szerszy wymiar ma wolność zrzeszania się. Określając wolność obywatelską, ustawodawca nie jest uprawniony do uregulowania wszelkich przejawów aktywności obywateli w danej płaszczyźnie działań (wolności), ale jedynie do zakreślenia ram, których obywatelowi nie wolno przekraczać. W określonych granicach obywatele mają zatem nieograniczoną swobodę wyboru form i metod korzystania z przyznanej im wolności³³.

Konstytucja RP w art. 58 ust. 1 zastrzegła, iż „każdemu zapewnia się wolność zrzeszania się”. Z przepisu tego wynikają dwa wnioski. Po pierwsze, zrzeszanie się nie jest tylko wolnością obywatelską, ale może być także udziałem osób nieposiadających żadnego obywatelstwa oraz cudzoziemców (ograniczenia w tej kwestii przynoszą jednak inne przepisy ustawy zasadniczej, np. art. 11 ust. 1). Po drugie, nie stworzono granic dla form zrzeszania się, tym samym zezwalając społeczeństwu na swobodę organizowania się i zróżnicowanie jego form w różnych sferach życia³⁴.

Uchwalona 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja RP w art. 12 zapewnia wolność tworzenia i działania związków zawodowych i innych dobrowolnych zrzeszeń³⁵. Tę ogólną dyrektywę precyzuje art. 59, który statuuje podstawowe wolności związkowe w stosunkach przemysłowych i ich gwarancje. Konkretnie rzecz ujmując, w ust. 1 zapewnia się wolność zrzeszania w związkach zawodowych, organizacjach społeczno-zawodowych rolników oraz organizacjach pracodawców. W ust. 2 i 3 art. 59 ustanowiono prawo do rokowań zbiorowych oraz prawo do strajku i akcji protestacyjnej.

Wolność zrzeszania się w związki zawodowe (zwana inaczej wolnością koalicji) oraz inne wolności związkowe zostały w Konstytucji RP zapisane wśród praw i wolności politycznych³⁶, inaczej niż wszelkie inne prawa i wolności pracownicze, które znalazły się w grupie wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. W efekcie w ujęciu konstytucyjnym

³² Dz. U. nr 78, poz. 483.

³³ Zob. P. Sarnecki, *Wolność zrzeszania się*, Warszawa 1998, s. 25.

³⁴ Zob. A. Łopatka, *Jednostka. Jej prawa człowieka*, Warszawa 2002, s. 178.

³⁵ Por. w tej materii W. Sanetra, *Prawa (wolności) pracownicze w Konstytucji*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 11, s. 2 i n.; L. Florek, *Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 195.

³⁶ Zob. W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2000, s. 182–183.

„polityczność”³⁷ wolności związkowych, zwłaszcza wolności zrzeszania, należy pojmować jako możliwość zbiorowego oddziaływania pracowników na kształt i funkcjonowanie szeroko pojętych stosunków społeczno-ekonomicznych poprzez upodmiotowienie w relacjach z organami władzy i administracji publicznej. W tym miejscu należy zaakcentować, że w żadnym wypadku jednak owa „polityczność” wolności zrzeszania nie może być w państwie demokratycznym pretekstem dla przejmowania przez związki zawodowe roli i zadań partii politycznych.

Ograniczenia podmiotowe wolności zrzeszania się w związkach zawodowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych

Z mocy art. 59 ust. 4 Konstytucji RP z 1997 r. zakres wolności zrzeszania się w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców oraz innych wolności związkowych może podlegać tylko takim ograniczeniom ustawowym, jakie są dopuszczane przez wiążące Polskę umowy międzynarodowe.

Odesłanie do umów międzynarodowych nie jest przypadkowe. Umowy międzynarodowe po 1980 r. torowały drogę prawu zrzeszania się w niezależne związki zawodowe. Stanowiły również podstawę do domagania się respektowania tych wolności przez opozycję w latach 1982-1989. Umowy międzynarodowe wpłynęły na kształt wolności zrzeszania się w związki zawodowe po 1989³⁸. W oparciu o nie dokonywano oceny zakresu wolności związkowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r.

Przepis art. 59 ust. 4 stanowi samoistną podstawę zastosowania umów międzynarodowych w polskim porządku prawnym. Jeżeli umowy te przewidywałyby np. podmiotowe ograniczenie wolności zrzeszania się w związkach zawodowych, to zastosowanie (inkorporowanie) tych ograniczeń w polskim ustawodawstwie pracy jest dopuszczalne w świetle przepisów Konstytucji RP. W omawianym zakresie umowy międzynarodowe znajdują zastosowanie

³⁷ Zob. Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 1998, s. 96.

³⁸ W szczególności na podstawie konwencji nr 151 Międzynarodowej Organizacji Pracy (Dz. U. z 1994 r., nr 22, poz. 78) Trybunał Konstytucyjny przyjął, iż art. 86 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. 1995, nr 13, poz. 59) w części odmawiającej prawa zrzeszania się w związkach zawodowych pracowników nadzorujących lub wykonujących czynności kontrolne narusza standardy dopuszczalnych ograniczeń prawa zrzeszania się w związkach zawodowych pracowników publicznych, przewidzianych w powyższej konwencji – orzeczenie z 21 listopada 1995 r., K 12/95, OTK 1995, nr 3, poz. 15. Zob. J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 410. Zob. także L. Florek, *Wpływ konwencji i zaleceń Międzynarodowej Organizacji Pracy na prawo polskie*, [w:] M. Seweryński (red.), *Polskie prawo pracy i zbiorowe stosunki pracy w okresie transformacji*, Warszawa 1995, s. 54.

niezależnie od tego, że stają się one częścią wewnętrznego porządku prawnego w rozumieniu art. 91 ust. 1 Konstytucji. Nawet gdyby nie było tego przepisu, to i tak umowa międzynarodowa byłaby stosowana na mocy art. 59 ust. 4 Konstytucji RP. Ustawa ograniczająca np. zakres podmiotowy wolności zrzeszania się w związkach zawodowych w stopniu szerszym niż umowa międzynarodowa nie ma bowiem mocy prawnej przede wszystkim jako ustawa niekonstytucyjna, dopiero w drugiej kolejności jako ustawa sprzeczna z umową międzynarodową (mającą pierwszeństwo przed ustawą).

Przepis art. 59 ust. 4 wyznacza dopuszczalny zakres ograniczeń wolności zrzeszania się w związkach zawodowych, co nie oznacza, że każde ograniczenie dopuszczone umową międzynarodową musi być wprowadzone do polskiego prawa czy też że wprowadzone ograniczenia będą sięgały granic dopuszczonych umową międzynarodową. O wykorzystaniu danego ograniczenia decydują ogólne zasady ograniczania wolności i praw obywateli. Jak stwierdzono w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, ustawowe ograniczenie wolności może nastąpić tylko wówczas, gdy konieczne jest zharmonizowanie tej wolności z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi³⁹. Ograniczenia wolności wprowadzone być mogą tylko w zakresie niezbędnym. Dotyczy to zachowania proporcji między stopniem ograniczenia wolności jednostki a rangą chronionego interesu publicznego. Zakazana jest więc nadmierna ingerencja państwa w swobodę działania jednostki. Ograniczenia wolności traktowane być muszą w kategorii wyjątku. Ich istnienie zawsze musi wynikać z wyraźnie sformułowanych przepisów ustawowych i nie może opierać się na domniemaniu.

Przepis art. 59 ust. 4 Konstytucji RP z 1997 r. dotyczy wszystkich umów międzynarodowych, jakimi Polska jest związana w zakresie wolności związkowych. Wskazuje na to użyty w nim zwrot „umowy międzynarodowe”. Przede wszystkim jednak zarówno art. 9, jak i art. 87 ust. 1 i art. 91 Konstytucji wskazują na obowiązek przestrzegania wszystkich umów (art. 87 i 91 – ratyfikowanych). Przestrzeganie jednej umowy, a pomijanie innej oznaczałoby bowiem naruszenie tej drugiej umowy, do czego nie może upoważniać żaden przepis prawa wewnętrznego⁴⁰.

Formalnie rzecz biorąc, art. 59 ust. 4 odnosi się do wszystkich umów, bez względu na to, czy są to umowy ratyfikowane za zgodą wyrażoną w ustawie (art. 89 ust. 1 Konstytucji) lub uznane za mające taki charakter na podstawie art. 241 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r., czy też umowy, których ratyfikacja nie jest wymagana lub nie wymagałaby takiej zgody. Omawiany przepis

³⁹ Zob. orzeczenie TK z 19 czerwca 1992, V 6/92, OTK 1992, nr 1, poz. 13; orzeczenie z 26 kwietnia 1995, K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

⁴⁰ Z mocy art. 26 Konwencji wiedeńskiej z 23 maja 1969 r. o prawie traktatów (Dz. U. z 1990 r., nr 74, poz. 439) strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu.

nie czyni bowiem żadnego rozróżnienia w tym zakresie. W praktyce jednak ratyfikacja umów międzynarodowych normujących wolności związkowe, w tym także wolności do zrzeszania się w związki zawodowe, zawsze wymaga zgody wyrażonej w ustawie, ponieważ dotyczą one wolności i praw określonych w Konstytucji⁴¹.

Umowy międzynarodowe dopuszczają przede wszystkim podmiotowe ograniczenia wolności zrzeszania się w związki zawodowe. W szczególności art. 9 ust. 1 Konwencji nr 87 Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej: MOP) z 1948 r., dotyczącej wolności związkowej i ochrony praw związkowych⁴², przewiduje możliwość wyłączenia jej postanowień w odniesieniu do sił zbrojnych i policji. Podobne postanowienie zawiera art. 5 ust. 1 Konwencji nr 98 MOP z 1949 r., dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych⁴³. Natomiast art. 1 ust. 2 Konwencji nr 151 MOP z 1978 r., dotyczącej ochrony prawa organizowania się i procedury określania warunków zatrudnienia w służbie publicznej⁴⁴, dopuszcza ograniczenie wolności związkowej w odniesieniu do pracowników służby publicznej na wysokich stanowiskach, których czynności uważa się za reguły za związane z tworzeniem polityki lub za funkcje kierownicze, albo do pracowników, których obowiązki mają w wysokim stopniu poufny charakter. Z kolei art. 8 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r.⁴⁵ dopuszcza nałożenie ograniczeń zgodnych z ustawą na wykonywanie praw związkowych przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej. Podobne postanowienia zawiera art. 11 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.⁴⁶ Natomiast art. 4 Konwencji nr 135 MOP z 1971 r., dotyczącej ochrony przedstawicieli pracowników w przedsiębiorstwach i przyznawania im ułatwień, stanowi, iż ustawodawstwo krajowe, układy zbiorowe, orzeczenia rozjemcze lub wyroki sądowe mogą określić kategorię lub kategorie przedstawicieli pracowników, którzy będą uprawnieni do ochrony i ułatwień przewidzianych w niniejszej konwencji. Pozwala to na ograniczenia ich kręgu podmiotowego.

Zastosowanie tych ograniczeń do poszczególnych grup pracowników nastrocza jednak trudności, czego przykładem są pracownicy Najwyższej Izby Kontroli⁴⁷.

⁴¹ Por. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 59 ust. 1-3 Konstytucji RP z 1997 r.

⁴² Dz. U. z 1958 r., nr 29, poz. 125.

⁴³ Dz. U. z 1958 r., nr 29, poz. 126.

⁴⁴ Dz. U. z 1994 r., nr 22, poz. 78.

⁴⁵ Dz. U. z 1997 r., nr 38, poz. 169.

⁴⁶ Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 60 z późn. zm.

⁴⁷ A. Świątkowski, *Głosa do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 21 XI 1995, K12/1995*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 7, s. 101.

Zakres podmiotowy wolności zrzeszania się w związkach zawodowych w świetle ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych i innych ustaw

Ustawa o związkach zawodowych z 1991 r.⁴⁸ definiuje związek zawodowy jako organizację ludzi pracy, tym samym w płaszczyźnie podmiotowej ogólnie zakreśla wolność zrzeszania się w związkach zawodowych. Ustawa nie definiuje pojęcia „ludzie pracy”. Jest ono szersze aniżeli określenie „pracownicy”. Jego zakres podmiotowy rozciąga się bowiem również na inne grupy osób niż zatrudnione w ramach stosunku pracy. Zostały one enumeratywnie wyliczone w art. 2 ustawy.

W świetle postanowień art. 2 ust. 1 ustawy wszystkim pracownikom przysługuje pełna wolność koalicji, bez względu na charakter aktu kreującego stosunek pracy⁴⁹. Oznacza to, że prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych mają osoby zatrudnione na podstawie mianowania, powołania, wyboru oraz umowy o pracę.

Analogiczny zakres wolności koalicji w związkach zawodowych mają również niektóre grupy niepracownicze. Chodzi tu głównie o członków rolniczych spółdzielni produkcyjnych. W tym miejscu należy jednak zaakcentować, że nie dotyczy to ani kandydatów, ani domowników i członków ich rodzin, mimo że wielekroć wykonują oni pracę na rzecz spółdzielni na podobnych warunkach jak jej członkowie.

Na mocy art. 2 ust. 1 ustawy prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych mają też osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej, pod warunkiem, że nie mają jednocześnie przymiotu pracodawcy⁵⁰. Prawo to przysługuje również osobom skierowanym do tych zakładów pracy w celu odbycia zastępczej służby wojskowej (art. 2 ust. 5 ustawy).

Poza osobami, które korzystają z pełnej wolności koalicji, istnieją pewne kategorie „ludzi pracy”, których swoboda zrzeszania się w związki zawodowe została ograniczona do przystąpienia do istniejącej już organizacji związkowej. Na gruncie obowiązujących przepisów tego rodzaju status posiadają renciści, emeryci, bezrobotni oraz wykonawcy (chałupnicy). Ci ostatni mogą wstąpić do związku zawodowego jedynie w tym zakładzie pracy, w którym zawarli umowę o pracę nakładczą⁵¹.

Uprawnień w zakresie tworzenia związków zawodowych nie mają osoby bezrobotne. Zachowują one jednak przynależność do organizacji związkowej,

⁴⁸ Dz. U. nr 55, poz. 234 z późn. zm.

⁴⁹ Zob. W. Masewicz, *Ustawa o związkach zawodowych, ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych*, Warszawa 1998, s. 17–18.

⁵⁰ W praktyce oznacza to, iż agenci zatrudniający choćby jedną osobę w ramach stosunku pracy, np. na podstawie umowy o pracę na okres próbny, nie mają prawa zrzeszania się w związkach zawodowych.

⁵¹ K. Kolasiński, *Prawo pracy i zabezpieczenia społecznego*, Toruń 1999, s. 284.

której członkiem były przed utratą pracy. Jeżeli natomiast w chwili utraty pracy osoba bezrobotna nie była członkiem żadnej organizacji związkowej, to może ona do niej wstąpić, pod warunkiem, że jej statut taką możliwość przewiduje⁵². Podobne rozwiązania w kwestii wolności zrzeszania obowiązują w stosunku do emerytów i rencistów. W świetle postanowień art. 2 ust. 3 ustawy nie mogą oni tworzyć związków zawodowych⁵³, natomiast nie tracą prawa przynależności i wstępowania do związków zawodowych.

Kontynuując rozważania na temat zakresu podmiotowego wolności zrzeszania się w związkach zawodowych, należy także zwrócić uwagę na osoby zatrudnione w służbach publicznych. I tak, pracownicy samorządowi⁵⁴ oraz urzędnicy zatrudnieni na podstawie ustawy z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych⁵⁵ mogą bez ograniczeń tworzyć i wstępować do związków zawodowych. Odstępstwo od tej zasady statuował natomiast art. 86 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁵⁶, który stanowił, że jej wiceprezesa, dyrektor generalny, dyrektorzy i wicedyrektorzy jednostek organizacyjnych oraz doradcy prezesa są pozbawieni możliwości zrzeszania się w związkach zawodowych. Ów przepis, jako niekonstytucyjny, został uchylony orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 21 listopada 1995 r.⁵⁷ Jeśli chodzi o członków służby cywilnej, to art. 69 ust. 4 ustawy o służbie cywilnej stanowi, że urzędnik nie może pełnić funkcji w związkach zawodowych. Regulacja ta nie odnosi się więc bezpośrednio do wolności zrzeszania⁵⁸.

W systemie ustawodawstwa polskiego zakazy przynależności do związków zawodowych wprowadzono na mocy norm konstytucyjnych w odniesieniu do osób sprawujących wysokie stanowiska w służbie publicznej, od których oczekuje się niezależności i bezstronności. Konkretnie rzecz ujmując, są to:

- członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 214 ust. 2 Konstytucji RP),
- Prezes Najwyższej Izby Kontroli (art. 205 ust. 2 Konstytucji RP),
- Rzecznik Praw Obywatelskich (art. 209 ust. 3 Konstytucji RP),
- Prezes Narodowego Banku Polskiego (art. 227 ust. 4 Konstytucji RP).

Na mocy art. 14 ust. 3 ustawy o Narodowym Banku Polskim z 29 sierpnia 1997 r.⁵⁹ status związkowy członków Rady Polityki Pieniężnej ulega zawieszeniu na czas pełnienia w niej funkcji.

⁵² L. Florek, T. Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 2003, s. 308.

⁵³ Organizacje skupiające wyłącznie emerytów i rencistów nie mają podmiotowości związków zawodowych, zob. K. Kolasiński, op. cit., s. 284.

⁵⁴ Dz. U. z 1990 r., nr 21, poz. 124 z późn. zm.

⁵⁵ Dz. U. z 1982 r., nr 31, poz. 214 z późn. zm.

⁵⁶ Dz. U. nr 13, poz. 59.

⁵⁷ OTKZU 1996, nr 3, poz. 15.

⁵⁸ Zob. G. Goździewicz, *Wpływ instytucji zbiorowego prawa pracy na status prawny pracowników służby cywilnej i samorządu terytorialnego*, [w:] W. Sanetra (red.), *Stosunki pracy w służbie cywilnej i samorządzie terytorialnym*, Białystok 2001, s. 43.

⁵⁹ Dz. U. nr 140, poz. 938.

Ważkim zagadnieniem jest kwestia wolności koalicji funkcjonariuszy służb zmilitaryzowanych. Pełne prawo koalicji mają strażnicy zatrudnieni w strażach gminnych lub miejskich. Zgodnie z postanowieniami art. 30 ust. 1 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych⁶⁰, osoby te mogą tworzyć i wstępować do związków zawodowych bez żadnych ograniczeń. Jeśli chodzi o funkcjonariuszy służb zmilitaryzowanych, których swoboda zrzeszania podlega ograniczeniom, tu należy wskazać na osoby świadczące pracę w Policji, Straży Granicznej, Służbie Więziennej oraz Państwowej Straży Pożarnej. Art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych stanowi, że prawa związkowe funkcjonariuszy mogą być wykonywane tylko z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z pragmatyk służbowych.

Zgodnie z postanowieniami art. 67 ust. 1 ustawy o Policji z 6 kwietnia 1990 r.⁶¹, policjanci mogą zrzeszać się tylko w jednym związku zawodowym funkcjonariuszy Policji. Mamy tu więc do czynienia z przypadkiem ustawowo zadekretowanego monizmu organizacyjnego, gdyż funkcjonariusze mogą jedynie swobodnie zdecydować, czy chcą przystąpić do już istniejącej organizacji⁶². Analogiczny status prawny posiadają funkcjonariusze Służby Więziennej⁶³ i Straży Granicznej⁶⁴. Na mocy art. 14 ust. 1 ustawy o Służbie Więziennej z 26 kwietnia 1996 r. i art. 72 ust. 1 ustawy o Straży Granicznej w służbach tych może funkcjonować tylko jeden branżowy związek zawodowy.

Kontynuując wywody na temat zakresu podmiotowego wolności zrzeszania się w związkach zawodowych funkcjonariuszy służb zmilitaryzowanych, warto zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z postanowieniami art. 81 ust. 2 ustawy z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu oraz art. 58 ustawy z 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu⁶⁵ funkcjonariusze zatrudnieni w tych służbach nie mogą zrzeszać się w związkach zawodowych. Zbliżony status prawny w tej materii mają też żołnierze zawodowi. Im również na mocy art. 48a ustawy z 30 czerwca 1970 r.⁶⁶ nie przysługuje prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych.

Na gruncie obowiązującego ustawodawstwa nie mają prawa tworzenia i wstępowania do związków zawodowych także rzemieślnicy, taksówkarze, adwokaci⁶⁷, studenci oraz uczniowie. W tym miejscu należy zaakcentować, że osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych (np. umowy-

⁶⁰ Dz. U. z 1997 r., nr 123, poz. 332.

⁶¹ Dz. U. z 1990 r., nr 30, poz. 179.

⁶² A. Świątkowski, *Zasady prawa pracy*, Warszawa 1997, s. 216–217.

⁶³ Dz. U. z 1996 r., nr 61, poz. 283.

⁶⁴ Dz. U. z 1990 r., nr 78, poz. 462 z późn. zm.

⁶⁵ Dz. U. z 2001 r., nr 27, poz. 298.

⁶⁶ Ustawa o służbie żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 1970 r., nr 16, poz. 164 z późn. zm.).

⁶⁷ M. Seweryński, *Problemy statusu prawnego związków zawodowych*, [w:] G. Goździewicz (red.), *Zbiorowe prawo pracy w społecznej gospodarce rynkowej*, Toruń 2001.

zlecenia czy umowy o dzieło) także nie mają tego prawa. Ustawodawca nie zdecydował się bowiem rozciągnąć swobody zrzeszania na niepracownicze stosunki zatrudnienia o charakterze cywilnym.

Podsumowanie

Związki zawodowe odgrywają istotną rolę w formowaniu całokształtu społecznych i prawnych stosunków w społeczeństwie obywatelskim, a przede wszystkim sytuacji prawnej pracowników. Są one bowiem organizacją o szczególnym statusie prawnym, powołaną do życia w celu reprezentowania i ochrony zawodowych, ekonomicznych i socjalnych interesów i praw pracowników objętych sferą ich działania. Służy to wyrównaniu dysproporcji, jaka istnieje między pojedynczym pracownikiem a jego pracodawcą. Związek zawodowy może bowiem skuteczniej reprezentować interesy pracownika niż on sam. Znajduje to swoje potwierdzenie w ponaddwustuletniej tradycji ruchu związkowego.

Laura Tafaro
Rzym

Nuove prospettive di tutela per i soggetti deboli: l'amministrazione di sostegno e la perdurante capacità di agire del beneficiario

1. Il *quid novi* dell'amministrazione di sostegno: la protezione delle persone nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per effetto di una infermità o menomazione fisica

In tutta Europa da tempo si era sviluppato un fervido dibattito sugli istituti di protezione degli incapaci tradizionali¹, il quale ha lentamente ma inesorabilmente condotto alla loro modifica.

Anche in Italia, sin dagli anni settanta, la mutata concezione della malattia mentale² ed il nuovo rapporto con essa ha dato l'avvio ad una copiosa riflessione

¹ Per le esperienze, rispettivamente, francese, spagnola, austriaca e tedesca v., in particolare, A. Venchiarutti, *La riforma della legislazione psichiatrica in Europa*, [in:] *Pol. dir.*, 1984, p. 163 ss.; idem, *La riforma psichiatrica in Francia*, [in:] *Pol. dir.*, 1984, p. 327 ss.; idem, *La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria. Prospettive di riforma nel sistema italiano*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1455 ss.; idem, *Incapaci in diritto comparato*, [in:] *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1993, p. 384 ss.; G. Autorino Stanzone, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Camerino-Napoli 1990; idem, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, [in:] *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 523 ss.; G. Lisella, *Fondamento e limiti dell'incapacitacion nell'ordinamento spagnolo*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 771 ss.; P. M. Vecchi, *La riforma austriaca della tutela degli incapaci*, [in:] *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 37 ss.; E. Bajions, *La protezione dell'infermo di mente nel diritto austriaco*, [in:] *Aa.Vv., Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli 1988, p. 405 ss.; K. Klement, *Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno ("Sachwalterschaft")*, *ivi*, p. 79 ss.; K.A. von Sachsen Gessaphe, *La legge tedesca sull'assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione e di inabilitazione*, [in:] *Aa.Vv., Un altro diritto per il malato di mente...*, p. 65 ss.; E. V. Napoli, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità nel sistema di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Germania*, [in:] *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 539 ss.; idem, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia (In margine alla proposta di legge sull'amministrazione di sostegno)*, [in:] *Aa.Vv., Un altro diritto per il malato di mente...*, p. 89 ss.; G. Cian, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, [in:] *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 481 ss.

² Sulla nuova concezione della malattia mentale v., per tutti, F. Basaglia (a cura di), *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino 1968.

intorno agli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione³. Nello specifico, da piú parti si è evidenziata la loro inadeguatezza a rispondere alle istanze di protezione degli incapaci senza, correlativamente, escluderli dal traffico giuridico e dalla vita di relazione.

Ne è conseguita, da un lato, la loro rivisitazione alla luce dei mutati valori del sistema⁴, dall'altro, l'introduzione di una nuova misura di protezione.

Era sotto gli occhi di tutti che gli istituti di protezione degli incapaci spesso, piuttosto che proteggere e promuovere i rispettivi destinatari, finivano per rivelarsi per essi interdittivi e sproporzionati rispetto alla reale inidoneità a svolgere la vita di relazione, oltre che alle effettive esigenze di protezione. Si imponeva con urgenza una loro modifica, in modo da renderli maggiormente rispondenti ai bisogni degli incapaci ed in grado di promuoverne le residue capacità psicofisiche, in linea con l'obiettivo (di politica legislativa) della graduazione della tutela della persona⁵.

³ Per essa v., in particolare, gli Atti dei Convegni nazionali sul tema, raccolti nei volumi: Aa.Vv., *La protezione giuridica dell'insufficiente mentale*, a cura di E. Russo, Napoli 1990; Aa.Vv., *Un altro diritto per il malato di mente...*; nonché, piú di recente, Aa.Vv., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Quad. Familia*, a cura di S. Patti, n. 1, Milano 2002; Aa.Vv., *L'amministrazione di sostegno una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano 2005; Aa.Vv., *L'amministrazione di sostegno*, *Quad. Familia*, a cura di S. Patti, n. 4, Milano 2005.

⁴ In questo senso v. P. Perlingieri, *Gli istituti di protezione dell' "infermo di mente"*. *A proposito dell'andicappato psichico permanente*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 46 ss.; G. Lisella, *Interdizione per infermità mentale e situazioni giuridiche esistenziali*, *ivi*, 1982, p. 738 ss.; idem, *Infermità fisica o mentale e codice civile*, *Note su una proposta di riforma*, *ivi*, 1989, p. 58; idem, *Amministratore di sostegno e funzioni del giudice tutelare*. *Note su una attesa innovazione legislativa*, *ivi*, 1999, p. 217; C.M. Bianca, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, [in:] *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 25 ss.; P. Rescigno, *"Handicap" psichico ed incapacità legale*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1101 ss.; E. V. Napoli, *Handicappato mentale, protezione giuridica e prospettive di riforma: profili terminologici, inadeguatezza dell'attuale sistema di protezione giuridica ed esigenze di riforma*, *ivi*, 1986, p. 1244 ss.; idem, *Protezione d'incapaci e tutela della persona: nuove indicazioni della giurisprudenza*, [in:] *Giur. merito*, 1987, I, p. 92 ss.; P. Zatti, *Infermità mentale e diritti fondamentali della persona*, [in:] *Pol. dir.*, 1986, p. 425 s.; M. R. Marella, *La protezione giuridica dell'infermo di mente*, [in:] *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 229 ss.; J. Espinoza Espinoza, *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il risveglio dai sogni dogmatici dei giuristi*, *ivi*, 1993, p. 413 ss.; A. Venchiarutti, *Incapaci*, [in:] *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Torino 1993, IX, p. 379; C. M. Mazzoni, *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell'infermità di mente*, Napoli 1988, p. 484 ss.; F. Callegari, *L'uguaglianza coatta del "diverso": considerazioni critiche sul progetto Cendon*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 823 ss.; M de Acutis, C. Ebene e P. Zatti, *La cura degli interessi del malato. Strumenti di intervento organizzato e occasionale*, [in:] Aa.Vv., *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, p. 103 ss.; e, piú di recente, G. Ferrando, *Protezione dei soggetti deboli e misure di sostegno*, [in:] Aa.Vv., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Quad. Familia*, a cura di S. Patti, cit., p. 127 ss.; S. Patti, *Introduzione del convegno di studi su "Capacità ed autonomia delle persone"*, *ivi*, p. 27; L. Milone, *Il disegno di legge n. 2189 sull'amministrazione di sostegno*, *ivi*, p. 115.

⁵ Sul punto v., in particolare, C.M. Bianca, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, [in:] Aa.Vv., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione...*, p. 117; l'a. sostiene che la graduazione della tutela vada attribuita "nei limiti in cui effettivamente la persona ha bisogno di essere protetta attraverso una forma giuridica che la metta al riparo dai pregiudizi dei suoi stessi atti e che, al tempo stesso, le consenta di realizzare le aspirazioni e i bisogni della propria vita".

Dopo una, per così dire, gestazione più che ventennale, con la l. 9 gennaio 2004, n. 6 si è introdotta X l'amministrazione di sostegno, caratterizzata da un ambito di applicazione soggettivo più ampio rispetto a quello dell'interdizione e dell'inabilitazione, come emerge dalla rinnovata dizione della rubrica del titolo XII del libro I del c.c.: "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia", la quale ha sostituito la precedente: "Dell'infermità, dell'interdizione e dell'inabilitazione"; essa, *ictu oculi*, fa riferimento alle persone "prive in tutto od in parte di autonomia" e non più solamente agli infermi di mente.

Il primo articolo della nuova normativa concernente l'amministrazione di sostegno individua i destinatari della protezione o del sostegno; essi sono identificati in ogni persona la quale: "per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi" (art. 404 c.c.).

Va evidenziato che il legislatore, all'art. 404 c.c. adopera il termine "impossibilità" in luogo di "incapacità", invece utilizzato all'art. 414 c.c. per l'interdizione, i cui destinatari, si afferma, devono trovarsi "in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi".

Non è dato conoscere se la scelta del termine "impossibilità" in luogo di "incapacità" sia stata o meno voluta. In dottrina si tende a non sopravvalutare il dato letterale e ci si limita per lo più a rilevare che esso vale a rimarcare la non esclusiva coincidenza dei potenziali beneficiari della misura con i disabili psichici⁶.

Quel che è certo è che il legislatore, all'art. 404 c.c., facendo riferimento alla "impossibilità" di provvedere ai propri interessi e non alla "incapacità", individua quale presupposto per l'applicabilità della misura un impedimento non necessariamente coincidente con l'infermità mentale; è necessario e sufficiente che esso sia tale da determinare un difetto – totale o parziale – di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana. Chiaro appare, in tal senso, l'art. 1 l. n. 6/04, a mente del quale la finalità della legge è: "tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana".

Il denominatore comune, per così dire, dei destinatari dell'amministrazione di sostegno risulta essere la concreta impossibilità di attendere alla ordinaria cura della propria persona e del proprio patrimonio⁷: il baricentro della tutela è spostato dalle cause agli effetti, dall'infermità mentale alla sofferenza⁸ ed alla conseguente "im-

⁶ Al riguardo, U. Roma, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, [in:] *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1007, osserva: "L'impiego di quel vocabolo dissolve, infatti, la suggestione che, per effetto di una secolare tradizione, può indurre a coniugare, per automatismo, incapacità e deficit a alterazione psichici".

⁷ Nel senso che l'impossibilità di provvedere ai propri interessi coincida con l'inettitudine gestionale, ossia con l'autosufficienza nel traffico giuridico: C. Valle, *L'amministrazione di sostegno nella prassi giurisprudenziale*, [in:] *Giur. merito*, 2007, p. 2188; U. Roma, op. cit., p. 1007.

⁸ Sul punto v., in particolare, S. Vocaturo, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, [in:] *Riv. not.*, 2004, p. 242.

possibilità” – la quale, tuttavia, non coincide con la mera difficoltà – di provvedere ai propri interessi⁹.

Va subito rilevato che l'impossibilità di provvedere ai propri interessi deve conseguire, secondo la dizione legislativa, ad una “infermità” ovvero ad una “menomazione” fisica o psichica (art. 404 c.c.). La novità è duplice ed è rappresentata sia dalla previsione – accanto alla “infermità” – della mera “menomazione” fisica o psichica, sia dall'aggettivo “fisica”. I tradizionali istituti di protezione erano difatti incentrati esclusivamente sull'infermità di mente (artt. 414 e 415 c.c.); per essi, nessun rilievo rivestiva la menomazione psichica e, meno che mai, l'infermità o la menomazione meramente fisica.

Il legislatore non specifica i caratteri e la gravità dell'infermità o della menomazione fisica; si limita a considerare la conseguenza da esse discendente: l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi. Le cause di impossibilità alla cura dei propri interessi sono individuate atipicamente ed è demandato al giudice tutelare un duplice accertamento: dell'esistenza dell'infermità o della menomazione fisica e della conseguente inattitudine alla cura dei propri interessi.

Spetta pertanto all'interprete chiarire il significato e la portata dell'inciso “infermità o menomazione fisica”¹⁰.

Una parte della dottrina interpreta restrittivamente l'inciso “menomazione fisica o psichica” contenuto all'art. 404 c.c. e lo riferisce allo stato di salute (diagnosticato, ossia medicalmente accertabile) consistente in una situazione obiettiva di limitazione della capacità di movimento o di autodeterminazione¹¹, tale da impedire “un'efficiente e diretta amministrazione dei propri interessi”¹².

Per la malattia mentale è indubbio che l'uso legislativo del termine “menomazione” indichi l'attitudine dell'istituto a trovare applicazione – oltre che nei casi di vera e propria infermità di mente – in favore dei soggetti rientranti nelle cc.dd. “zone grigie” del disagio psichico. È invero allargata l'area di rilevanza giuridica del disagio psichico e, fra i potenziali beneficiari della misura di protezione, rientrano ora anche le persone non comprese nell'ambito di applicazione soggettivo dell'interdizione e dell'inabilitazione; si pensi ai soggetti affetti da patologie mentali transitorie o cicliche o in condizioni di mera debolezza psichica¹³.

⁹ Ciò emerge anche dall'esame dei lavori parlamentari, nei quali ripetutamente si puntualizza che il perno dell'intervento normativo non è l'infermità mentale, bensì, in generale, “la privazione totale o parziale della capacità di relazionarsi e di determinarsi, quale che sia la causa”, consultabili [online] <www.parlamento.it>.

¹⁰ Manca un'indicazione in astratto delle patologie invalidanti: si fa riferimento a tutte le possibili situazioni (dalle origini varie) le quali, in concreto, determinano l'impossibilità alla cura dei propri interessi. In tal modo si guarda all'*homme situé*, alla persona nella globalità delle condizioni in cui versa, caratterizzata da proprie specifiche peculiarità oggettive e soggettive: la persona concreta diviene un *canone metodologico*. L'espressione *homme situé*, con riferimento al diritto pubblico, è di G. Burdeau, *Les libertés publiques*, 4 ed., Paris 1972, p. 19.

¹¹ Così A. D'Elia, *Sostegno o assistenza sociale?*, [in:] *Dir. giust.*, 2005, p. 46 ss.

¹² A. Bulgarelli, *La “Procura di sostegno”, ovvero l'Amministrazione di sostegno per casi di sola infermità fisica*, [in:] *Giur. it.*, 2005, I, p. 1844.

¹³ Così, testualmente, U. Roma, op. cit., p. 1015, nota 42.

Con riferimento alla malattia fisica, il termine “menomazione” – contrapposto ad “infermità” – si riferisce ai soggetti i quali, pur non avendo una vera e propria patologia fisica, sono comunque colpiti da una limitazione o da una deficienza fisica, la quale potrebbe non incidere sul pieno possesso delle facoltà intellettive e volitive e sulla capacità di esprimere la propria volontà. Questa caratteristica conferisce all'amministrazione di sostegno vaste potenzialità ed ambiti di applicazione, al punto che, non a caso, è stata additata quale potenziale “istituto di massa”¹⁴.

La giurisprudenza non ha esitato a fare applicazione del *quid novi* dell'istituto, rappresentato dal presupposto della impossibilità alla cura dei propri interessi derivante da un'infermità o da una menomazione meramente fisica, come mostra l'esame di molti provvedimenti. Ad esempio, i giudici tutelari hanno proceduto alla nomina di un amministratore di sostegno in favore di una donna affetta da spasticismo, la quale appariva “intellettualmente ben orientata nello spazio e nel tempo, pur se non in grado, per via della [...] patologia fisica, di provvedere ai propri interessi di natura materiale, essendo costretta a muoversi su di una sedia a rotelle”¹⁵; riguardo ad una persona affetta da sclerosi multipla, incapace di attendere autonomamente alle attività materiali della vita quotidiana, ma con capacità intellettive inalterate¹⁶; per una persona anziana perfettamente lucida, nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per una mera malattia fisica¹⁷; in favore di una persona non vedente¹⁸.

Secondo alcuni giudici tutelari, l'impossibilità di provvedere adeguatamente ai propri interessi in ragione di una “disabilità estrema di carattere fisico” costituisce un valido presupposto per la nomina di un amministratore di sostegno anche qualora il soggetto conservi integra “la propria capacità cognitiva e psichica ed, in particolare, l'attitudine ad autodeterminarsi in modo autonomo, libero e consapevole”¹⁹; si precisa, nello specifico, che nella nozione di menomazione meramente fisica rientra-

¹⁴ R. Pescara, *Amministrazione di sostegno e minore età*, in *Giustizia minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei “giovani adulti”*, Suppl. al fasc. n. 3 di *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 140.

¹⁵ Trib. Modena, 17 maggio 2006, [online] <www.personaedanno.it>. Nella pronuncia il giudice tutelare dichiara di discostarsi dall'indirizzo dottrinario per il quale gli handicappati motori, in assenza di compromissione della capacità di intendere e volere, non si trovano in una vera e propria condizione di impossibilità a provvedere ai propri interessi, ma versano in una condizione di mera difficoltà, la quale non giustifica un provvedimento incidente sulla capacità legale.

¹⁶ Trib. Roma, 21 settembre 2007, [online] <www.personaedanno.it>.

¹⁷ Trib. Genova, 1 marzo 2005, *ivi*.

¹⁸ Trib. Modena, 6 marzo 2005, *ivi*, con la quale il giudice tutelare ha nominato un amministratore di sostegno conferendogli esclusivamente il potere di costituirsi in giudizio nella procedura di opposizione allo sfratto per morosità.

¹⁹ V., per tutte, Trib. Reggio Emilia, 13 settembre 2006, *ivi*, riguardante una persona affetta da sclerosi laterale amiotrofica. La patologia determinava “un'evidente compromissione della capacità di deambulazione e di mantenere la stazione eretta [...], con perdita pressoché totale dei movimenti volontari”. Come ben evidenziato nel provvedimento, il beneficiario, pur “allettato in posizione semi-ortostatica semiseduta, portatore di cannula tracheostomica per consentire la respirazione, bisognoso di continua assistenza per i bisogni primari della vita quotidiana”, aveva chiara consapevolezza delle proprie condizioni di salute, nonché della consistenza del proprio patrimonio e delle relative esigenze amministrative e aveva manifestato la necessità di essere assistito nella cura dei propri interessi senza tuttavia incidere sulla propria capacità di agire.

no tutte le patologie le quali, invalidando esclusivamente le facoltà di locomozione del soggetto, non intaccano le sue facoltà intellettive²⁰.

Inoltre, in qualche isolata decisione, sono stati annoverati, fra i soggetti da considerare nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi per una menomazione fisica, anche handicappati sensoriali, alcolisti, tossicodipendenti, analfabeti, extracomunitari, detenuti, soggetti depressi, lungodegenti, disadattati sociali, anziani²¹. In tal modo si è attribuita tutela, oltre che ai soggetti i quali, anteriormente all'istituzione dell'amministrazione di sostegno, non godevano di alcuna forma di protezione preventiva, essendo prevista soltanto l'annullabilità degli atti per incapacità naturale ai sensi dell'art. 428 c.c., anche alle persone con qualche semplice debolezza o, come qualcuno dice, "indebolite"²², quali le persone depresse, gli alcolisti, i tossicodipendenti, i lungodegenti, i portatori di handicap fisici, i disadattati sociali, gli anziani in situazione di disagio anche soltanto fisico, i detenuti²³.

Occorre però precisare che, nonostante l'indubbio ampliamento dell'ambito dei destinatari dell'amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione ed all'inabilitazione, la misura di protezione è applicabile non indiscriminatamente, bensì nelle circoscritte ipotesi di impossibilità alla cura dei propri interessi conseguente esclusivamente ad una infermità o menomazione psichica o fisica. Per la menomazione meramente fisica, ciò vale quanto dire che essa, per quanto estensivamente intesa, non rileva mai *ex se*, ma esclusivamente in quanto causa dell'impossibilità a provvedere ai propri interessi.

È pertanto condivisibile la decisione con la quale un giudice tutelare ha rigettato la richiesta di nomina di un amministratore di sostegno presentata da due fratelli in favore dei loro genitori anziani, fisicamente infermi - con *deficit* fisici comportanti difficoltà di tipo motorio - ma perfettamente in grado di autodeterminarsi e gestire in modo soddisfacente i propri interessi patrimoniali tramite un'altra figlia con loro convivente, in base al rilievo che: "non è sufficiente il riscontro dell'esistenza di un'infermità ma è altresì necessario che tale condizione incida negativamente sull'effettiva possibilità del soggetto di provvedere alla cura dei propri interessi"²⁴.

²⁰ In questo senso: Trib. Bari, 15 giugno 2004, [in:] *Dir. giust.*, 2004, p. 28 ss.

²¹ Trib. Reggio Emilia, 13 settembre 2006.; Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004.

²² Così le definisce P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, [in:] *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 162.

²³ Cfr. Trib. Pinerolo, 9 novembre 2004, in www.personaedanno.it. L'interessante provvedimento pone in evidenza che l'amministrazione di sostegno costituisce una forma di tutela "ampia (non meramente patrimoniale ma comprendente anche la cura della persona), propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata, modulabile e non standardizzata, frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli della popolazione veramente conforme ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.)."

²⁴ Trib. Cesena 29 maggio 2006, *ivi*. Nella pronuncia si precisa che l'amministrazione di sostegno ha quale finalità esclusiva la tutela delle persone le quali, per malattia, menomazione o altra infermità, non siano in grado di gestire da sole i propri interessi.

2. L'amministrazione di sostegno non incidente sulla capacità di agire del beneficiario: la legittimazione concorrente dell'amministratore

Va a questo punto rilevato che, secondo una parte della dottrina (mossa da un comprensibile timore per un uso esagerato e strumentale dell'istituto), il deficit meramente fisico, senza alcuna ripercussione sulla sfera psichica, pur determinando una vera e propria impossibilità alla cura dei propri interessi, non integra il requisito richiesto dal legislatore per la nomina di un amministratore di sostegno. La tesi è argomentata sul presupposto (invero non dimostrato) che la misura di protezione comporti necessariamente una qualche limitazione della capacità d'agire²⁵; si ritiene di conseguenza inammissibile che la perdita o la limitazione della capacità di agire consegua ad una menomazione meramente fisica²⁶. Nello specifico, si esclude che il soggetto fisicamente inabile possa richiedere egli stesso la nomina di un amministratore di sostegno in proprio favore poiché, altrimenti, si riterrebbe ammissibile la rinuncia volontaria alla pienezza della capacità di agire²⁷.

Per queste ragioni ha suscitato perplessità l'avvenuta nomina di un amministratore di sostegno in favore di una persona affetta da una menomazione meramente fisica all'unico scopo di consentire a quest'ultima l'instaurazione, tramite l'amministratore di sostegno, del giudizio di separazione personale²⁸: non è meritevole di tutela l'interesse di una persona con impedimenti di natura esclusivamente fisica, ma pienamente capace, a spogliarsi, anche soltanto parzialmente, della propria capacità legale in favore dell'amministratore di sostegno, in tal modo investito di una delega piena ed esclusiva al compimento di un atto personale²⁹.

²⁵ Nel senso che all'amministrazione di sostegno consegua sempre una qualche limitazione della capacità di agire v., *ex multis*, S. Delle Monache, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, [in:] *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, pp. 31 e 39; U. Morello, *L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, [in:] *Notariato*, 2004, p. 227; E. Montserrat Pappalettere, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, [online] <www.amministratoredisostegno.com/Dottrina/pappalettere.asp>; G. Colacino, *La l. 9 gennaio 2004, n. 6 ed il nuovo statuto di protezione dei soggetti deboli*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 1446 ss.; G. Bonilini e A. Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Padova 2007, p. 60.

²⁶ Sul punto v., in particolare, S. Delle Monache, *op. cit.* Secondo l'a., l'infermità fisica rileverebbe quale presupposto per la nomina di un amministratore di sostegno esclusivamente qualora ad essa si accompagnasse "l'annullamento, il mancato sviluppo o un'apprezzabile compromissione delle facoltà intellettive".

²⁷ Così S. Delle Monache, *op. cit.*; G. Bonilini e A. Chizzini, *op. cit.*, p. 61. Per la giurisprudenza v., per tutte, Trib. Trieste, 24 marzo 2006, [online] <www.personaedanno.it>, con la quale il giudice tutelare ha respinto il ricorso per la nomina di un'amministrazione di sostegno presentato da una donna con deficit meramente fisici, la quale intendeva in tal modo proteggersi dalle influenze nefaste del figlio. Si afferma, nello specifico, che la mera paura della propria debolezza non possa trovare soluzione giuridica nella "automutilazione" della capacità d'agire, a meno di non voler fare dell'amministrazione di sostegno uno strumento "abusato, cui potrebbero far ricorso, ad esempio, persone che intendano contrastare o contenere gli effetti di vizi, debolezze, o anche solo di comportamenti non graditi di familiari »scomodi«".

²⁸ Trib. Pinerolo, 13 dicembre 2005, [online] <www.personaedanno.it>.

²⁹ In questo senso v. A. Bulgarelli, *Eutanasia della capacità d'agire del beneficiario di amministrazione di sostegno*, [in:] *Giur. merito*, 2006, p. 4 ss.

Le persone affette da una menomazione meramente fisica, senza nessuna ripercussione sulle facoltà intellettive, non rientrerebbero tra i possibili beneficiari dell'amministrazione di sostegno, poiché, secondo la segnalata opinione, l'applicazione della misura di protezione comporta necessariamente l'incapacità di agire, relativa e circoscritta, del soggetto³⁰. Non a caso si è sostenuto che il nuovo istituto di protezione costituisce una "terza forma di incapacità d'agire"³¹, data la stretta correlazione sussistente tra il conferimento dei poteri all'amministrazione di sostegno e la *deminutio* della capacità di agire del beneficiario.

Queste argomentazioni, però, non appaiono persuasive. È ancora da dimostrare che, con la nomina dell'amministratore di sostegno, il beneficiario versi necessariamente - nella misura determinata dal giudice nel relativo provvedimento - in una condizione di incapacità di agire; quest'ultima sarebbe totale o parziale a seconda della circostanza che all'amministratore di sostegno sia conferito il potere di compiere atti in nome e per conto del beneficiario (art. 405, comma 5, n. 3, c.c.) oppure semplicemente di assisterlo (art. 405, comma 5, n. 4, c.c.).

Invero alcuni tratti di disciplina dell'istituto sembrano presupporre l'attenuazione della capacità legale del beneficiario. Si pensi, in particolare: al regime di pubblicità previsto per il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, con la duplice annotazione, una nel registro delle amministrazioni di sostegno (art. 405, comma 7, c.c.), l'altra a margine dell'atto di nascita del beneficiario (art. 405, comma 8, c.c.); all'art. 720-*bis* c.p.c. ed alla conseguente applicabilità all'amministrazione di sostegno delle disposizioni previste per i provvedimenti di interdizione e di inabilitazione; all'espressa "previsione della propria eventuale futura incapacità" contenuta all'art. 408, comma 2, c.c.

Tuttavia non mancano, accanto alle disposizioni richiamate, altri riferimenti normativi i quali, al contrario, sembrano del tutto compatibili con una prospettiva dell'istituto la quale non escluda una residua capacità di agire del beneficiario.

Nello specifico, va in tale direzione l'art. 409, comma 1, c.c., secondo il quale: "Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno". Il legislatore dispone che il beneficiario non perde ed, anzi, conserva la capacità di agire per il compimento di tutti gli atti in relazione ai quali non sia stato disposto, con il relativo provvedimento di nomina, che debba provvedervi l'amministratore di

³⁰ Sul punto cfr., in particolare, S. Vocaturo, *L'amministrazione di sostegno: verso la promozione dei diritti fondamentali dell'uomo*, [in:] *Riv. not.*, 2005, p. 7; idem, *L'amministratore di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, *ivi*, 2004, p. 241 ss.; idem, *La nuova figura dell'amministratore di sostegno*, [in:] *Notariato*, 2001, p. 125.

³¹ Così E. V. Napoli, *Una terza forma di incapacità d'agire?*, [in:] *Giust. civ.*, 2002, II, p. 382 s. Sul punto, cfr. M. Costanza, *La tutela degli anziani non autosufficienti: problemi di capacità e strutture protette*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 427, secondo la quale, in ultima analisi, l'idea di una misura di protezione la quale non incida sulla condizione di capacità "pare più un *escamotage* per superare gli interrogativi, anche di coscienza, che pongono sempre i giudizi di inabilitazione e di interdizione, piuttosto che una vera soluzione".

sostegno; essi sono identificati con gli atti i quali non richiedono "la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore". La precisazione della rappresentanza "esclusiva" sembra ammettere l'esistenza di una rappresentanza invece "non esclusiva"³² e, di conseguenza, la possibile sussistenza di atti a capacità concorrente, ossia realizzabili sia dall'amministratore, sia dal beneficiario.

Di pari tenore appare l'art. 1 l. n. 6 del 2004, nel quale la finalità della legge è così individuata: "tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, le persone in tutto o in parte prive di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana"; l'inciso "con la minore limitazione possibile della capacità d'agire" sembra non escludere l'eventualità della piena conservazione della capacità di agire, qualora la sua privazione o limitazione non sia necessaria per tutelare la persona priva - in tutto o in parte - di autonomia³³.

Va comunque rilevato che la visione, in dottrina dominante, dell'amministrazione di sostegno quale misura di protezione incidente necessariamente sulla capacità di agire del beneficiario ha trovato ampio accoglimento in giurisprudenza. Per essa, tuttavia, va tenuto presente che spesso i giudici tutelari, nella difficoltà di superare l'*empasse* sulla natura cd. "incapacitante" o meno dell'amministrazione di sostegno, si limitano ad asserzioni generiche. Non sono inusuali, ad esempio, affermazioni secondo le quali l'amministrazione di sostegno "lungi dall'affermare e regolamentare una situazione di incapacità (o di semincapacità) del soggetto, [...] ha posto come pietra miliare uno *status* di generale capacità di agire della persona, esclusivamente limitabile dall'attento intervento del giudice tutelare per determinati atti, o categorie di atti"³⁴; attraverso tale istituto, si sostiene, la capacità di agire assurge a regola con le relative eccezioni (limitazioni), rese possibili caso per caso³⁵.

Talvolta, per lo più in provvedimenti riguardanti la necessità o meno del difensore nel procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno, quasi incidentalmente i giudici puntualizzano che il relativo decreto di nomina "non incide sullo *status* del beneficiario, in quanto contenuto del provvedimento non è una pronuncia di incapacità, ma la nomina di un amministratore che assiste o sostituisce il soggetto in atti specifici"³⁶; oppure che oggetto del provvedimento "non è lo *status* della persona, in quanto dalla pronuncia non discendono incapacità standardizzate e definitive"³⁷; o, infine, al contrario, che il relativo procedimento "incide sulla capacità del soggetto di operare nel mondo giuridico"³⁸.

³² In questo senso, per la giurisprudenza, v. Trib. Pinerolo, 9 novembre 2004, [online] <www.personaedanno.it>.

³³ Così, testualmente, G. Lisella, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, [in:] *L'amministratore di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano 2005, p. 126.

³⁴ Trib. Modena, 3 febbraio 2005, [online] <www.filodiritto.com>.

³⁵ Trib. Modena, 22 febbraio 2005, *ivi*.

³⁶ Trib. Milano, 2 marzo 2005, *ivi*.

³⁷ Trib. Milano, 28 febbraio 2005, *ivi*. Ciò in quanto, secondo il giudice tutelare, dalla misura di protezione deriva "l'incapacità legale del soggetto a porre in essere quegli atti che richiedano la rappresentanza o assistenza dell'amministratore di sostegno".

³⁸ App. Milano, 11 gennaio 2005, [in:] *Giur. it.*, 2006, I, p. 120 ss.

Una parte della dottrina fornisce invece un'interpretazione innovativa dell'istituto, in linea con i criteri di duttilità e flessibilità che lo caratterizzano e, soprattutto, maggiormente adeguata ai principi e ai valori costituzionali, secondo la quale il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non perde la capacità di agire ogniqualvolta, pur incontrando difficoltà nella gestione dei propri interessi a causa di una menomazione meramente fisica, conserva una adeguata lucidità mentale³⁹; in altre parole, il soggetto "pur non essendo in grado di provvedere adeguatamente ai propri interessi e, dunque, pur avendo bisogno di un aiuto, non necessita di un intervento che si ripercuota sulla validità degli atti da lui realizzati"⁴⁰.

Pertanto si esclude l'esistenza, qualora l'impossibilità alla cura dei propri interessi derivi da una menomazione meramente fisica, di una necessaria corrispondenza tra la nomina di un amministratore di sostegno e la perdita o la diminuzione della capacità legale del beneficiario; si rileva che, in questo caso, la privazione o l'attenuazione della capacità di agire si rivelerebbe sproporzionata e priva di ragionevolezza⁴¹. In altri termini, la soluzione "più congrua, nel rispetto dei valori e degli interessi considerati normativamente prevalenti nonché dei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza"⁴², in caso di deficit meramente fisici, è quella di non privare il soggetto della capacità legale.

Nello specifico, è il principio di proporzionalità, nato in ambito comunitario⁴³, a richiedere di "rigorosamente commisurare il mezzo adoperato al fine persegu-

³⁹ Nel senso dell'ammissibilità di un'amministrazione di sostegno c.d. non incapacitante v. G. Lisella, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, p. 127. L'a. tuttavia, anteriormente alla riforma degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, rilevava che, *de iure condendo*, la nuova misura di protezione appariva finalizzata alla protezione dei beneficiari: "da un lato nominando loro un amministratore, dall'altro limitandone la capacità legale, non però in assoluto, ma con esclusivo riferimento agli atti individuati nel singolo provvedimento dell'autorità giudiziaria", poiché la costituzione di poteri rappresentativi "si accompagna comunque ad una vera e propria forma di incapacità legale": idem, *Infermità fisica...*, p. 57 e 60.

⁴⁰ Ibidem, p. 124.

⁴¹ In questo senso G. Lisella, M. Palombi e A. Tartaglia Polcini, *Questioni in tema di protezione dei disabili e di informazioni sulle origini biologiche dell'adottato: verso un diritto all'unicità e all'identità della persona*, [in:] Aa.Vv., *Il diritto civile oggi. compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli 2006, p. 281 ss.; G. Lisella, *I poteri dell'amministratore di sostegno...*, p. 124 ss.; C.M. Bianca, *L'autonomia privata...*, p. 120.

⁴² P. Perlingieri, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, [in:] idem, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli 2006, pp. 31 s. e 32, nota 86.

⁴³ Sul principio di proporzionalità nell'ordinamento italo-comunitario, cfr. P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, [in:] idem, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 560 ss. e bibliografia ivi citata. Sul principio di proporzionalità nel diritto comunitario v., in particolare, F. Casucci, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli 2001, spec. p. 117 ss.; C. Cattabriga, *Il protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità*, [in:] *Dir. un. eur.*, 1998, II, p. 361 ss.; E. Freni, *Golden share e principio di proporzionalità: quando il fine non giustifica i mezzi*, [in:] *Giorn. dir. amm.*, 2002, n. 10, p. 1045 ss.; D.U. Galetta e D. Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di «necessarietà» ai sensi del principio di proporzionalità tedesco e comunitario*, [in:] *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 905; D.U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, ivi, 2000, p. 459 ss.; idem, *Il principio di proporzionalità nella convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra*

ito"⁴⁴ e ad imporre di scegliere, fra più misure appropriate, la soluzione "meno restrittiva". In sede ermeneutica tale principio, come si è autorevolmente affermato, costituisce "uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico"⁴⁵.

La misura di protezione dell'amministrazione di sostegno, quindi, non comporta necessariamente la privazione o la limitazione della capacità di agire del beneficiario: quest'ultimo ben potrebbe conservare, anche successivamente alla nomina dell'amministratore di sostegno, la capacità di agire totale e relativa anche agli atti che l'amministratore è legittimato a compiere in suo nome e per suo conto. Il giudice tutelare potrebbe stabilire – nel relativo provvedimento di nomina – che alcuni atti possano essere compiuti "anche" dall'amministratore di sostegno, rimanendo tuttavia immutata ed illimitata la capacità legale del beneficiario⁴⁶.

In questa direzione sembra orientata anche una parte della giurisprudenza. In particolare, vi è chi osserva che se, normalmente, la struttura dell'amministrazione di sostegno "prevede l'attribuzione di poteri all'amministratore e la corrispondente perdita di capacità del beneficiario", è possibile "strutturare, in concreto, l'amministrazione di sostegno come una procura controllata, con attribuzione di poteri all'amministratore senza perdita di capacità del beneficiario", ossia senza limitare la capacità di agire di quest'ultimo⁴⁷. Del pari, non è infrequente la nomina di un amministratore di sostegno con il potere di compiere atti ben individuati con la

principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio, ivi, 1999, p. 743 ss.; idem, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, ivi, 1997, p. 89 ss.; idem, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, ivi, 1993, p. 837 ss.; C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, [in:] *Dir. un. eur.*, 1999, p. 725 ss.; F. Casucci, *Note sul principio di proporzionalità nel diritto agrario comunitario*, [in:] *Dir. agr.*, 1997, p. 83 ss.; E. D'Alessandro, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, [in:] *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2521 ss.; E. Gattone, *Sanzioni comunitarie e proporzionalità*, Roma 1995, *passim*; M. Lugato, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti comunitari nella giurisprudenza della corte di giustizia delle comunità europee*, [in:] *Dir. comm.*, 1991, p. 67 ss.; idem, *Ancora sul principio di proporzionalità come parametro di validità di atti comunitari*, [in:] *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2765 ss.; A.M. Eissen, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, [in:] *Riv. intern. dir. Uomo*, 1989, p. 31 ss.

⁴⁴ P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto...*, p. 430.

⁴⁵ P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ora [in:] idem, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato...*, p. 459. Secondo l'a., il principio di proporzionalità "si inserisce in un processo di trasformazione del principio di legalità, di conformità al diritto, quale espressione di un assetto generale dell'ordinamento fondato sulla costante ricerca di mediazione tra esigenze di certezza del diritto e di giustizia sostanziale".

⁴⁶ Sul punto, cfr. G. Marcoz, *La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno*, [in:] *Riv. not.*, 2005, p. 526 s.

⁴⁷ Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, [in:] *Giur. it.*, 2005, I, c. 1842. Ciò qualora il beneficiario non presenti deficit psichici o intellettivi, ma sia impossibilitato a curare i propri interessi di natura personale o patrimoniale per effetto di una menomazione esclusivamente fisica, senza nessuna ripercussione nell'ambito cognitivo e volitivo.

precisazione che, per i medesimi atti, il beneficiario conserva comunque la facoltà di porli in essere personalmente⁴⁸.

Peraltro (come non si è mancato di porre in rilievo) vi è un altro elemento a sostegno della tesi secondo la quale alla nomina di un amministratore di sostegno non necessariamente consegue la privazione o la limitazione della capacità di agire del beneficiario. Ai sensi dell'art. 411, comma 4, c.c., il giudice tutelare potrebbe rientrare nella sfera di operatività dell'amministratore di sostegno gli atti – di regola esclusi dall'operato dell'amministratore – necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana. Ebbene, in tal caso, come si è opportunamente osservato, la legittimazione attribuita all'amministrazione di sostegno “non necessariamente presuppone l'incidenza dell'incapacità del beneficiario su tali atti”⁴⁹.

Riguardo alla possibile coesistenza di un'amministrazione di sostegno incidente sulla capacità di agire con una la quale, invece, non privi il beneficiario della capacità, va menzionata una circostanza: in linea di principio, quasi tutti i disegni di legge presentati nel corso del tempo in tema di protezione civilistica degli infermi di mente hanno paventato la necessità di differenziare e graduare il trattamento dei beneficiari della nuova misura di protezione⁵⁰. Tuttavia, tra essi, uno soltanto, opportunamente, distingueva un'amministrazione di sostegno incapacitante da una non incapacitante⁵¹, mentre un altro prospettava esclusivamente una misura di protezione non incidente sulla capacità legale⁵².

⁴⁸ V., per tutte, Trib. Parma, 2 aprile 2004, n. 537, [in:] *Notariato*, 2004, p. 396 ss. Il giudice tutelare nomina un amministratore di sostegno a tempo indeterminato in favore di figlio e madre – entrambi con una menomazione meramente fisica la quale li rende momentaneamente nell'impossibilità di gestire personalmente i loro affari – attribuendogli il potere di compiere, senza limiti di disposizione, tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione relativi ai loro beni mobili e immobili, nonché tutto quanto si renderà opportuno e necessario per le rispettive esigenze di protezione, i bisogni e le richieste, precisando che resta salva “la facoltà dei beneficiari di compiere i medesimi atti senza l'assistenza dell'amministratore di sostegno”.

⁴⁹ G. Lisella, *I poteri dell'amministratore di sostegno...*, p. 124. L'a. richiama l'insegnamento secondo il quale perfino la rappresentanza legale non determina necessariamente l'incapacità di agire del rappresentato, sul punto v. L. Brusciuglia, *Legge 13 maggio 1978, n. 180. Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, [in:] *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 198.

⁵⁰ Per i numerosi disegni di legge non arrivati ad approvazione definitiva cfr. G. Lisella, M. Palombi e A. Tartaglia Polcini, op. cit., p. 279, nota 25. Per il relativo dibattito v., in particolare, G. Lisella, *Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 217 ss.; idem, *Infermità fisica...*, p. 53 ss.; M. Di Bartolomeo, *Osservazioni sul recente disegno di legge in materia di “Amministrazione di sostegno a favore di persone impossibilitate a provvedere alla cura dei propri interessi*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 227 ss.; A. Venchiarutti, *Profili della salute mentale nel diritto privato*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1240 ss.; A. Bompiani, *Ragioni giuridiche ed etiche di una recente iniziativa legislativa*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 212 ss.; E. Amato, *Interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno. Incertezze legislative, itinerari giurisprudenziali e proposte della dottrina*, [in:] *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, p. 101 ss.; E. Calo, *L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci*, [in:] *Corr. giur.*, 2002, p. 775 ss.; R. Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, [in:] *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 4, III, 2 ed., Torino 1997, p. 735 ss.

⁵¹ Si tratta del disegno di legge n. 448, d'iniziativa del senatore Perlingieri, in: P. Perlingieri, *Uno stage al Parlamento*, Napoli 1997, p. 162 ss.

⁵² Disegno di legge n. 4040, d'iniziativa governativa confluito, assieme ad altri, nel testo unificato della Commissione Giustizia, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 229 ss.

Come si è visto, la nomina di un amministratore di sostegno per l'impossibilità di provvedere alla cura dei propri interessi dovuta ad una infermità o menomazione fisica è del tutto compatibile con una perdurante capacità del beneficiario, la quale viene, per così dire, a concorrere⁵³ con quella dell'amministratore di sostegno⁵⁴.

Invero i rapporti tra la persistente capacità del beneficiario e la legittimazione (concorrente) dell'amministratore di sostegno andrebbero maggiormente indagati, tenendo conto della circostanza che la nozione di legittimazione risente fortemente della sua originaria elaborazione in sede di teoria del negozio giuridico⁵⁵ e rimanda all'idea, per così dire, di un'inserzione del soggetto in una situazione giuridica⁵⁶. La legittimazione, per le sue caratteristiche, è spesso contrapposta alla categoria tradizionale di capacità di agire⁵⁷ – intesa, com'è noto, come qualità giuridica generale del soggetto, preliminare ad ogni atto o comportamento⁵⁸, la quale, in conseguenza

⁵³ Il termine "concorrente" riferito alla capacità è contenuto nella cd. bozza Cendon nella quale, pur escludendosene in linea teorica l'ammissibilità, i negozi a capacità "concorrente" sono definiti negozi i quali «possano essere compiuti indifferentemente tanto dal beneficiario quanto dall'amministratore [...] : il potere spetta, cioè sempre all'uno oppure all'altro dei due soggetti»: P. Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, [in:] *Pol. dir.*, 1987, p. 639.

⁵⁴ Sul punto cfr. A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, p. 1847, secondo il quale, tuttavia, la postulata capacità concorrente del beneficiario e dell'amministratore di sostegno costituirebbe una seria minaccia per l'esigenza di garantire la certezza dei traffici giuridici.

⁵⁵ La riconduzione di tale nozione nell'alveo della teoria generale del diritto è dovuta principalmente all'opera di E. Betti il quale, nello specifico, avverte l'esigenza di una "visione unitaria" e di una "costruzione dogmatica integrale" dei fenomeni giuridici, in modo da porre fine "all'attuale babele" nella quale in ciascun ramo dell'ordinamento i giuristi parlano una lingua diversa, senza intendersi gli uni con gli altri, v. E. Betti, *Recensione a Carnelutti, Teoria generale del reato*, Padova 1933, [in:] *Riv. dir. comm.*, 1933, I, p. 834. Sul punto, cfr. P. Rescigno, *Legittimazione*, [in:] *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino 1993, vol. X, p. 519. L'origine spiega come mai, tradizionalmente, si definisca la legittimazione quale "specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare", in tal modo identificando il soggetto del negozio con il soggetto degli interessi ad esso sottostanti, così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, [in:] *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, t. 2, Torino 1960, p. 225.

⁵⁶ Si ritiene tradizionalmente che, affinché possa spiegarsi e giustificarsi la produzione dell'efficacia dell'azione del soggetto, tale inserimento, pur non identificandosi con la titolarità piena, non debba comunque mancare, sul punto v. L. Monacciani, *Azione e legittimazione*, Milano 1951, p. 96.

⁵⁷ In sede di teoria generale si afferma, ad esempio, la capacità di agire "è nell'agente", mentre la legittimazione "non è nell'agente, ma si fonda sopra un *quid* che gli spetta o che è posto a sua disposizione": F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 320, il quale fa dipendere la legittimazione da una posizione, da un modo di essere verso altri; in tal senso anche F. Invrea, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 322. Oppure si contrappone la legittimazione, considerata una qualità giuridica, alla capacità di agire, invece derivante da una qualità naturale: F. Carnelutti, op. cit., pp. 188 e 238, nota 106; P. Rescigno, *Legittimazione (Diritto sostanziale)*, [in:] *Noviss. dig. it.*, IX, Torino 1963, p. 718. Altre volte si osserva che la capacità incide sulla validità dell'atto, mentre la legittimazione ne influenza l'efficacia giuridica: F. Carnelutti, op. cit., p. 321; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948, p. 120. Non manca chi sostiene che, a differenza della capacità legale, per la quale le limitazioni e l'esclusione sono stabilite a vantaggio del soggetto, nella legittimazione le limitazioni e l'esclusione sono poste nell'interesse dei terzi: F. Invrea, op. cit.

⁵⁸ Per tale tesi v., in particolare, A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, [in:] *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1985, pp. 160 e 176 ss.; P. Rescigno, *Capacità di agire*, [in:] *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1958, p. 861 ss.; idem, *Capacità di agire*, [in:] *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino 1988, p. 209 ss.; idem, *Capacità giuridica*, [in:] *Noviss. dig. it.*, II, Torino 1964, p. 873 ss. Rilevano, con riferimento alla minore età, che la nozione di incapacità è sorta a prevalente, se non esclusiva, tutela

del suo carattere generale ed astratto, non si pone “con riferimento ad atti e concreti rapporti ma con riguardo a qualità naturali ed intrinseche del soggetto”⁵⁹ – ed è considerata il suo *pendant*, poiché essa ha riguardo alla “posizione specifica” del soggetto nella materia del singolo e concreto rapporto⁶⁰.

Storicamente la nozione di legittimazione ha assunto il ruolo, per così dire, di anello intermedio tra il soggetto e gli specifici atti o negozi che compie, in tal modo consentendo il recupero, nelle analisi giuridiche, di una dimensione di concretezza⁶¹ e il superamento della prospettiva statica, generale ed astratta della nozione tradizionale di capacità di agire⁶² mediante la giustapposizione con essa⁶³.

Va osservato, però, che il superamento della concezione tradizionale di capacità – specialmente in conseguenza della crescente attenzione riservata ai profili funzio-

degli interessi patrimoniali, in particolare. F. Massineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano 1957, p. 227; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1944, ma rist. 1997, p. 34; P. Rescigno, *Capacità di agire*, [in:] *Noviss. dig. it.*, p. 861; idem, *Capacità di agire*, [in:] *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, p. 209, e, più di recente, M. Giorgiani, *Della potestà dei genitori*, in *Comm. dir. it. fam.* Cian, Oppo e Trabucchi, IV, Padova 1992, p. 292, nota 20; idem, *In tema di capacità del minore di età*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 109.

⁵⁹ A. Di Majo, *Legittimazione negli atti giuridici*, [in:] *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, p. 53.

⁶⁰ Così intesa la legittimazione è un presupposto soggettivo necessario per il perfezionamento della fattispecie. In questo senso, con riferimento al negozio dispositivo, S. Pugliatti, *Gli istituti di diritto civile*, I, Milano 1943, pp. 132, 145; L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano 1975, p. 36 s., secondo il quale la legittimazione coincide con il potere di disposizione e si distingue dalla capacità di agire per la sua caratteristica di qualità del soggetto derivante da una situazione di fatto, necessaria per la validità degli atti di disposizione. L'a. evidenzia opportunamente che la legittimazione non si traduce necessariamente nella “possibilità oggettiva”, nel “presupposto di fatto” dell'azione: L. Mengoni, op. cit., p. 24. Difatti, come si è opportunamente osservato con riferimento al negozio giuridico, l'esercizio del potere di azione riguarda sia, in astratto, il *potere del soggetto*, sia, in concreto, l'*atto di volontà* attraverso il quale esso è esercitato: S. Pugliatti, *Considerazioni sul potere di disposizione*, [in:] *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica (Saggi)*, Milano 1951, p. 60.

⁶¹ Così A. Di Majo, op. cit., p. 53 s. In tal maniera, secondo l'a., si è superato lo iato esistente tra “la soggettività concepita in astratto – e la capacità è diretta espressione di tale soggettività – e le fattispecie concrete del commercio giuridico”.

⁶² Poiché la nozione di legittimazione esprime l'idoneità concreta del soggetto “a svolgere atti o attività o comunque a far valere interessi o diritti”, essa segnerebbe la transizione “dall'astratto al concreto», ossia dalla «possibilità generale e astratta” di partecipare al commercio giuridico alla concreta idoneità far valere interessi nel mondo del diritto, così: A. Di Majo, op. cit., pp. 63, 65. L'a., muovendosi nell'ottica segnalata, ritiene che la categoria della legittimazione sia idonea ad articolare maggiormente lo strumentario dell'interprete, consentendogli di esprimersi “non solo nel consueto linguaggio (della titolarità) dei diritti o poteri ma anche nel diverso linguaggio che postula la concreta idoneità del soggetto all'azione [...] derivante non già da una valutazione *a priori* della posizione del soggetto [...] bensì da una valutazione in concreto degli interessi in questione che abbia luogo alla stregua di principi, direttive, criteri contenuti nella norma di legge”.

⁶³ In contrapposizione alla tradizionale nozione di capacità di agire (che designa un qualità generale e costante), la legittimazione indicherebbe una possibilità concreta del soggetto “in rapporto all'atto nella sua concreta realizzazione, in quanto concernente una particolare materia”: A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano 1939, p. 186. Si è rilevato che, a ben vedere, la contrapposizione tra le due nozioni - così delineata - ha un valore meramente descrittivo. In particolare, si è osservato che l'astrattezza della nozione di capacità di agire non sia superabile *tout court* mediante il concetto di legittimazione, a seguito del quale pure sono introdotti nel sistema elementi di concretezza e specialità, v. A. Di Majo, op. cit., p. 55 s., secondo il quale la nozione di legittimazione non é comunque destinata ad instaurare a livello generale “un modo nuovo di porsi del soggetto [...] non più astratto ma concreto, e cioè con riferimento ai concreti interessi ed oggetti”.

nali, con la correlata valorizzazione della nozione di capacità di discernimento⁶⁴ – impone un ripensamento anche del concetto di legittimazione; il quale, più che essere letto in contrapposizione alla categoria della capacità, andrebbe con essa armonizzato. Le due complementari e correlate categorie costituiscono concetti di relazione (rispetto a singoli e specifici atti ed attività) ed esclusivamente la loro considerazione congiunta consente di indagare la condizione del soggetto in concreto, poiché rappresentano (insieme) l'effettiva posizione del soggetto rispetto a concreti atti ed attività.

Rispetto a queste problematiche assume peculiare rilievo l'istituto dell'amministrazione di sostegno, il quale sembra costituire un banco di prova qualificato per la verifica delle nozioni (relative) di legittimazione e capacità. Il legislatore afferma solamente che il beneficiario “conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno” (art. 409, comma 1, c.c.) e può “in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana” (art. 409, comma 2, c.c.); grava pertanto sull'interprete l'onere di ricostruire, alla luce dei principi e dei valori del sistema, il rapporto tra la capacità del beneficiario e la legittimazione dell'amministratore di sostegno.

Deve segnalarsi, al riguardo, che un'ardita giurisprudenza di merito, pur senza cimentarsi con tale interrogativo e, dunque, senza preoccuparsi di indagare il rapporto tra capacità del beneficiario e legittimazione dell'amministratore, ha fatto largo uso delle conclusioni qui raggiunte. Non di rado, difatti, nelle ipotesi in cui il beneficiario era impossibilitato alla cura dei propri interessi in ragione di una menomazione meramente fisica, l'amministrazione di sostegno è stata strutturata in modo da non incidere sulla sua capacità di agire, concorrente con quella dell'amministratore di sostegno. In tale direzione si pone, ad esempio, la nomina di un amministratore di sostegno - in favore di una signora la quale si apprestava a subire un intervento chirurgico che le avrebbe impedito la deambulazione per un lungo periodo di tempo – con il potere di compiere, in nome e per conto della beneficiaria, tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione in relazione ad ogni suo bene mobile e immobile e a quanto opportuno e necessario per le relative esigenze di protezione, i bisogni e le richieste; il giudice, nel caso di specie, puntualizza che la signora avrebbe conservato la facoltà di compiere da sola tutti i medesimi atti⁶⁵.

Allo stesso modo, in favore di una signora affetta da una grave infermità fisica ma perfettamente capace di intendere e volere, è stato nominato un amministratore

⁶⁴ Si noti che la capacità di discernimento è menzionata, per la prima volta, in un testo legislativo nella l. 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989. La relativa nozione è definita quale capacità funzionale, relativa, rispettosa delle peculiarità soggettive, idonea a consentire lo svolgimento della personalità umana, così F. Ruscello, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, [in:] *Vita not.*, 2000, I, p. 64 s., secondo il quale la capacità di discernimento costituisce una modalità attuativa del principio di uguaglianza.

⁶⁵ Trib. Parma, 2 aprile 2004, n. 536, [in:] *Giur. it.*, 2005, I, p. 1839 s.

di sostegno con il potere di compiere, in nome e per conto della beneficiaria, qualsiasi atto di ordinaria amministrazione relativo al suo patrimonio, con la precisazione che la destinataria della misura di protezione avrebbe comunque conservato la pienezza della capacità di agire⁶⁶; di recente, un giudice tutelare ha attribuito all'amministratore di sostegno il potere di rappresentanza non esclusiva e concorrente con la perdurante capacità della beneficiaria anziana, affetta da patologie organiche, le quali ne limitavano il movimento, ma non esplicavano alcuna influenza sulle sue facoltà intellettive e volitive⁶⁷.

In via generale, secondo l'orientamento giurisprudenziale in considerazione, ogniqualvolta il soggetto presenti *deficit* esclusivamente sul piano fisico ed abbia la capacità di intendere e di volere, poiché conserva inalterata l'attitudine a valutare l'opportunità e la convenienza degli atti e ad autodeterminarsi in modo libero e consapevole, "non può considerarsi destinatario di alcun provvedimento ablativo o limitativo della propria capacità di agire"⁶⁸. Secondo i giudici tutelari, la limitazione e la privazione della capacità di agire costituiscono un sacrificio imposto dalla necessità di soddisfare le esigenze di vita del beneficiario mediante il conferimento, ad un diverso soggetto, di poteri sostitutivi o di assistenza. Pertanto, qualora il destinatario della misura di protezione non presenti *deficit* psichici o intellettivi, ma si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi personali o patrimoniali per effetto di un'infermità o di una menomazione esclusivamente fisica, non vi è alcuna ragione di comprimere la sfera della sua capacità legale; in tali casi, "si impone [...] una rappresentanza [...] con effetti analoghi a quella negoziale"⁶⁹. Anche per la riferita giurisprudenza, quindi, non è escluso che il beneficiario conservi la piena capacità di agire a seguito della nomina di un amministratore di sostegno.

Al riguardo, va evidenziato che alcuni autori hanno in un certo qual modo parificato ed assimilato la posizione dell'amministratore di sostegno a quella del soggetto investito di procura volontaria⁷⁰. Non a caso, in maniera provocatoria ed

⁶⁶ Trib. Trieste, 28 ottobre 2005, [online] <www.personaedanno.it>.

⁶⁷ Trib. Milano, sez. IX civile, 11 maggio 2006, *ivi*.

⁶⁸ Trib. Reggio Emilia, 13 settembre 2006, *ivi*. Il provvedimento si segnala per il "taglio dottrinario" della motivazione nella quale, nello specifico, si evidenzia che esclusivamente l'interpretazione accolta consente di fare della misura di protezione, nella concretezza delle situazioni, uno strumento "duttile e non necessariamente incidente sullo *status personae*, propositivo e non interdittivo, espansivo e non inibitorio, personalizzato, modulabile e non standardizzato, frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli della popolazione veramente conforme al precetto costituzionale di promozione del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.); in quanto tale atto a garantirne la tutela in conformità al principio di proporzionalità ed adeguatezza degli interventi a tal fine occorrenti".

⁶⁹ Trib. Pinerolo, 9 novembre 2004.

⁷⁰ In tal senso v. U. Roma, op. cit., p. 1019, nota 49. L'assimilazione tra le posizioni dei due soggetti porta, secondo l'a., al superamento del diffuso convincimento secondo il quale: "la protezione del disabile postula necessariamente una sia pur minima incapacitazione del soggetto che viene sostituito o assistito da altri".

incisiva, l'amministrazione di sostegno è stata descritta come una procura "vigilata"⁷¹ o "di sostegno"⁷².

Non meraviglia ed appare anzi significativo che, in coerenza con il segnalato indirizzo dottrinario, anche in giurisprudenza sia stata formulata una suggestiva tesi, la quale parte dalla premessa che, nella generalità dei casi, l'amministratore di sostegno non assume le funzioni del procuratore o del mandatario, poiché esercita la sua rappresentanza in via esclusiva e non in via concorrente rispetto al beneficiario. Quest'ultimo, in relazione agli atti per il compimento dei quali è previsto l'intervento dell'amministratore di sostegno, di regola subisce la limitazione della capacità di agire correlata ai corrispondenti poteri attribuiti all'amministratore⁷³. In base a tale presupposto si afferma che, qualora la nomina dell'amministratore di sostegno sia funzionale all'impossibilità di provvedere ai propri interessi a causa di una menomazione esclusivamente fisica, manca una qualsivoglia ragione per comprimere la sfera della capacità legale e pertanto l'amministrazione di sostegno può essere strutturata, in concreto, come una sorta di "procura controllata, con attribuzione di poteri all'amministratore senza perdita di capacità del beneficiario (così come avviene sempre, *ex lege*, per gli atti minimi)"⁷⁴.

3. L'esclusione dei carcerati dai potenziali beneficiari della misura di protezione

Le considerazioni svolte aiutano a dare risposta ad un ulteriore interrogativo riguardante la possibile inclusione dei carcerati tra i potenziali beneficiari dell'amministrazione di sostegno. Com'è evidente, esso è in relazione stretta ed, anzi, presuppone risolta la questione dell'accezione – lata o ristretta – dell'inciso "menomazione fisica" contenuto nell'art. 404 c.c. Non è un caso che, secondo gli autori per i quali il legislatore, con l'inciso in questione, abbia inteso riferirsi esclusivamente alle situazioni obiettive di limitazione della capacità di movimento in conseguenza di una condizione di salute compromessa, i detenuti non rientrano fra

⁷¹ Così P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, [online] <www.filodiritto.com>. L'a. afferma che nessun ostacolo si frappone alla prospettazione, da parte del giudice tutelare, di un'amministrazione di sostegno "non incapacitante" la quale, in alcuni casi, sarebbe addirittura doverosa; in tali ipotesi, tuttavia, essa si configurerebbe come "una sorta di delega, di mandato unilaterale; con in più un pizzico di controllo – tanto o poco penetrante – da effettuarsi ad opera del giudice tutelare".

⁷² In questo senso A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, p. 1844. L'a. sottolinea che, con l'attribuzione della possibilità di avvalersi, per curare i propri interessi, della collaborazione di altri, risultano ampliate le possibilità di partecipare al traffico giuridico del soggetto fisicamente infermo. Sul punto cfr. G. F. Condo, *Attività negoziale dell'amministratore di sostegno*, [in:] *Notariato*, 2005, p. 402 ss.

⁷³ Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, [in:] *Giur. it.*, 2005, I, p. 1842.

⁷⁴ Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, cit., c. 1842, con la quale si puntualizza che l'amministrazione di sostegno, da un lato, non prevede "l'amputazione indiscriminata delle facoltà e delle libertà della persona", dall'altro, realizza "un intervento mirato, [...] ortopedico, calibrato sulle effettive esigenze del soggetto debole".

i destinatari della misura di protezione. Parere opposto esprimono coloro i quali accolgono una concezione diversa dell'inciso "menomazione fisica"⁷⁵, in perfetta consonanza con il concetto ampio e moderno di salute, riconducibile al sano e libero sviluppo della persona⁷⁶. Secondo questi ultimi i carcerati subiscono una limitazione fisica da intendersi in senso ampio, comprendente anche l'ipotesi della mera restrizione della libertà di circolazione⁷⁷.

Sul punto non sembra d'ausilio, per l'interpretazione del dato normativo, la circostanza che, nel progetto iniziale della legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno⁷⁸, i carcerati fossero menzionati espressamente quali beneficiari della misura di protezione.

Vale la pena, a questo punto, per rispondere all'interrogativo riguardante la possibile inclusione dei detenuti tra i potenziali beneficiari dell'amministrazione di sostegno, ripercorrere, seppure brevemente, il dibattito anteriore alla legge di riforma dei tradizionali istituti di protezione degli incapaci, al fine di trarne qualche utile spunto di riflessione.

Al riguardo, va ricordato che, com'è noto, storicamente e culturalmente, l'amministrazione di sostegno è, per così dire, figlia della legge cd. antimanicomiale 13 maggio 1978, n. 180, la quale ha avuto ricadute enormi nell'intero diritto civile⁷⁹. A seguito della chiusura dei manicomi, come si è rilevato, sono emersi "nuovi bisogni giuridico/esistenziali" dell'infermo di mente e, di conseguenza, è sorta la necessità di un ripensamento, in chiave giuridica, dei suoi atti e della sua attività⁸⁰.

La tendenza era quella non solo di proteggere, ma anche di promuovere il più possibile le, sia pur residue, capacità ed idoneità che l'infermo di mente e qualsiasi altro soggetto debole manifesta. È significativo, in questa direzione, che il primo progetto di riforma della disciplina del codice civile dell'infermità mentale (cd. bozza Cendon), all'art. 12, comma 1, identificasse quale potenziale destinatario dell'amministrazione di sostegno ogni maggiorenne che "per effetto di un disturbo fisico o mentale anche temporaneo o per impedimenti dovuti all'età, o per altri motivi, ha bisogno di essere protetto nel compimento degli atti della vita civile"⁸¹.

⁷⁵ V., per tutti, S. Vocaturo, *L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap*, [in:] *Riv. not.*, 2004, p. 243.

⁷⁶ È impossibile dar conto, in questa sede, degli innumerevoli contributi dottrinari sull'evoluzione del concetto di salute; il rinvio, per le problematiche riguardanti il diritto alla salute, è a P. Perlingieri, *Il diritto civile...*, p. 728 ss., con i riferimenti bibliografici *ivi* citati.

⁷⁷ Sul punto v., in particolare, U. Roma, op. cit., p. 1020; S. Delle Monache, op. cit., p. 40.

⁷⁸ Si tratta del progetto di legge s. 375, consultabile [online] <www.senato.it>, giunto ad approvazione definitiva con la l. n. 6 del 2004.

⁷⁹ Si osserva significativamente, sul punto, che "una persona che sia rinchiusa entro le mura di un'istituzione totale non stipula contratti importanti, non firma assegni o cambiali, non entra in nessuna associazione, non provoca incidenti stradali, non si sposa e non adotta bambini": P. Cendon, *Profili dell'infermità mentale nel diritto privato*, [in:] *Un altro diritto per il malato di mente. esperienze e soggetti della trasformazione*, Napoli 1988, p. 29.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁸¹ P. Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili" in una proposta di riforma del codice civile*, [in:] *Pol. dir.*, 1987, p. 623 ss.

Questa l'opinione, dunque, del gruppo di ricerca del quale la proposta legislativa era espressione. Basti considerare che, nella relativa relazione introduttiva, si affermava che destinatari della nuova misura di protezione fossero non soltanto i malati di mente, ma anche tutti coloro i quali, indipendentemente dal motivo, si trovassero nella necessità di una protezione nel compimento dell'attività giuridica, ossia "ogni altra persona bisognosa di un sostegno gestionario"⁸². Una decina d'anni dopo, in diverse occasioni, il relatore precisava il suo pensiero asserendo, sempre *de iure condendo*, che erano da considerare beneficiari dell'amministrazione di sostegno gli "individui svantaggiati a 360° [...] ma anche deboli in via transitoria [...] magari persone in difficoltà soltanto su alcuni piani"⁸³ e specificando che, fra i soggetti deboli della società, andassero senz'altro compresi le persone private della libertà personale, *in primis* i carcerati⁸⁴.

Il nuovo istituto sembrava quindi destinato a porsi, secondo le intenzioni dei proponenti, quale "modello generale per la soluzione dei problemi civilistico/patrimoniali della grande maggioranza delle persone disabili [...] chiunque abbia »bisogno di essere protetto nel compimento degli atti della vita civile«"⁸⁵; si auspicava che ad esso avrebbe fatto ricorso un numero "di persone anziane, o di lungodegenti, o di handicappati fisici, o di carcerati, o di alcoolisti, o di tossicodipendenti", più elevato rispetto agli infermi di mente⁸⁶.

Queste le ragioni per le quali una parte della dottrina, anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 6 del 2004 e la soppressione, in essa, del riferimento

⁸² Ibidem. L'a. elenca, accanto agli infermi di mente, gli anziani, i portatori di handicap fisici, gli alcoolisti, i lungodegenti, i carcerati, gli internati in manicomio giudiziario, i tossicodipendenti. Per un'analisi critica della cd. bozza Cendon cfr., in particolare, G. Lisella, *Infermità fisica...*, p. 53 ss.; J. Espinoza Espinoza, *Tutela giuridica dei soggetti deboli*, [in:] *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 413 ss.; F. Callegari, op. cit., p. 823 ss.; L. Lenti, *Una nuova disciplina codicistica dell'infermità mentale*, [in:] *Mondo giud.*, 1993, 121 ss.

⁸³ P. Cendon, *La follia si addice ai convegni*, [in:] *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 727 ss. L'a. auspicava la creazione di un diritto "parzialmente diverso per i diversi, un corpo di dettami che ambisca a rendere ognuno [...] meno diseguale", rivolto a "tutte le persone con difficoltà di accesso alla civiltà"; inoltre egli, partendo dall'osservazione che, in fondo, il c.c. costituiva il "grande libro (mancato) della persona", si faceva promotore di un diritto "alla (o della) debolezza, ovverosia il diritto a tutela adeguata in relazione a tutti gli elementi di diversità (in peggio) che possono far parte di quest'ultima": P. Cendon, *Il settimo libro del codice civile, il diritto dei soggetti deboli*, [in:] *Pol. dir.*, 1990, pp. 147 e 150 s.; idem, *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, [in:] *Pol. dir.*, 1996, p. 485 ss.

⁸⁴ P. Cendon, *Verso un nuovo diritto per i soggetti deboli*, [in:] *Pol. dir.*, 1994, p. 489. Secondo l'a., nello specifico, "è nell'incrinatura delle possibilità di scambio con il contorno circostante [...] che va colto il motivo unificante delle posizioni dei soggetti fragili [...] la debolezza, insomma, come assenza di relazionalità".

⁸⁵ P. Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili"...*, pp. 625 s. e 634.

⁸⁶ Ibidem, p. 627. Per l'a., l'amministratore di sostegno avrebbe dovuto essere "qualcosa di non molto distante da una sorta di fratello maggiore (un po' manager e un po' tuttofare casalingo) [...] da avvicinare alla figura infantil-natalizia dell'angelo custode": P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, [online] <www.filodiritto.com>. Ossia, in altri termini, una persona "che deve percepire, che deve avere la capacità di ascolto nei confronti della persona e deve saper trasformare dei bisogni, magari anche piccoli, in una risposta giuridica": idem, *La riforma dell'interdizione...*, p. 42.

esplicito ai carcerati tra i destinatari della misura di protezione, continua a ritenere che, tra i potenziali destinatari della misura di protezione, rientrino “tutti coloro che per qualsiasi motivo accusino difficoltà di accesso (non futili o capricciose) alle leve del diritto civile – più ampiamente, ai gangli della »vita organizzata«”⁸⁷. Secondo tale orientamento, l’amministrazione di sostegno non avrebbe smentito la sua prefigurata attitudine ad assicurare protezione non esclusivamente agli infermi di mente, bensì a chiunque “si trovi in difficoltà nell’esercizio dei propri diritti [...]: anziani [...], handicappati sensoriali, alcolisti, tossicodipendenti, soggetti colpiti da *ictus*, malati, morenti [...] extracomunitari, detenuti”⁸⁸.

Altra ed autorevole dottrina, invece, a parte il rilievo che, *ex se*, il mero dato testuale, ossia la soppressione del riferimento ai carcerati tra i destinatari della misura di protezione, non autorizza questa interpretazione, da tempo esprime viva preoccupazione per un potenziale ambito di applicazione soggettivo dell’amministrazione di sostegno così esteso; segnala, in particolare, i possibili profili di incostituzionalità – per violazione del principio di eguaglianza sostanziale – di uno statuto protettivo il quale non consegua ad una condizione di infermità⁸⁹.

Le perplessità riguardano la possibile applicazione indiscriminata della misura di protezione anche a soggetti i quali, pur in condizioni di debolezza e di svantaggio, non siano affetti da patologie. Il rischio paventato è che l’istituto, così interpretato, nella prassi finisca per tradire la propria *ratio* di strumento di realizzazione dell’uguaglianza sostanziale e divenga mezzo di controllo sociale di ogni forma di devianza o di semplice diversità⁹⁰, abbracciando “troppe, e troppo disparate, fattispecie”⁹¹.

Nello specifico, per i carcerati, deve essere fatta un’altra considerazione. A ben vedere, difatti, non può propriamente affermarsi che essi versino in una situazione di vera e propria impossibilità alla cura dei propri interessi. Invero, come nel caso di

⁸⁷ P. Cendon, *Un altro diritto per i soggetti deboli...*

⁸⁸ P. Cendon, *Un nuovo diritto per i malati di mente (e non solo)*, [online] <www.altalex.com>.

⁸⁹ Sul punto v. P. Perlingieri, *Gli istituti...*, p. 59. La riflessione e i timori sono espressi dall’a. con riferimento all’amministrazione di sostegno per impossibilità alla cura dei propri interessi discendente dall’insufficienza mentale; essa “per giustificare uno statuto particolare di incapacità o limitata capacità e quindi per derogare al principio di eguaglianza [...] deve rappresentare obiettivamente uno stato patologico sia pure individuato mediante una complessa valutazione delle condizioni personali del soggetto nonché di quelle sociali, culturali e ambientali [...] L’eguaglianza sostanziale [...] costituisce l’unica legittimazione costituzionale dello statuto di protezione e di promozione che pertanto non può che essere funzionalizzato a tale esigenza”. In senso conforme G. Lisella, *Infermità fisica...*, p. 58, secondo il quale: “risulta difficile legittimare a livello costituzionale una dichiarazione d’incapacità legale non dovuta alle precarie condizioni di salute del soggetto, posto che soltanto queste possono [...] giustificare in applicazione del principio di eguaglianza sostanziale uno statuto particolare di deroga all’eguaglianza formale”.

⁹⁰ In questo senso G. Lisella, *Infermità fisica...*, p. 58; idem, *Rilevanza della “condizione di anziano” nell’ordinamento giuridico*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 801; F. Callegari, op. cit., p. 824 ss., il quale denuncia il rischio di “bollare” – con l’istituto – qualsiasi inefficienza mentale o semplicemente fisica.

⁹¹ Così G. Bonilini e A. Chizzini, op. cit., p. 9, secondo i quali sarebbe stata preferibile la scelta di affiancare all’amministrazione di sostegno altri istituti o, almeno, “di formulare in modo più adeguato, a far fronte alla miriade di situazioni concrete, la norma-base, consegnata all’art. 404 cod. civ.”

chi abbia una menomazione meramente fisica, il detenuto si trova non nell'impossibilità assoluta di curare i propri interessi, bensì relativa⁹². A lui è preclusa esclusivamente la cura diretta o, meglio, personale, dei propri interessi, ben potendo egli provvedervi indirettamente, mediante gli abituali e classici strumenti privatistici di sostituzione nell'altrui attività giuridica⁹³.

Nel sistema non mancano tradizionali strumenti civilistici di sostituzione nell'attività giuridica altrui: si pensi al mandato con rappresentanza, alla procura, alla *negotiorum gestio*. Al carcerato, nell'impossibilità di curare personalmente i propri interessi per una situazione obiettiva di privazione della libertà personale, come ad ogni altro soggetto dell'ordinamento, è dunque consentito farsi sostituire da altri nel compimento della propria attività giuridica negoziale.

L'osservazione non è di poco conto; essa tuttavia, oltre che essere capziosa, manifesta, come non si è mancato di osservare, una (comprensibile) inclinazione ad una lettura dell'istituto "con la lente dell'apparato categoriale classico"⁹⁴.

4. L'inapplicabilità dell'istituto per la mera sostituzione nell'altrui attività giuridica

Il legislatore si limita a menzionare, quale presupposto per la nomina di un amministratore di sostegno, "l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi" (art. 404 c.c.), senza attribuirle qualifiche di alcun tipo. Non precisa, ad esempio, che debba trattarsi di impossibilità di provvedere ai propri interessi direttamente o personalmente.

In assenza di altre indicazioni sembra difficile prospettare l'interpretazione dell'impossibilità alla cura dei propri interessi quale impedimento di natura assoluta, per l'oggettiva inesistenza di soluzioni alternative o di altri strumenti offerti dall'ordinamento al fine del suo superamento⁹⁵.

Ci si domanda tuttavia se poiché, come si è visto, alla nomina di un amministratore di sostegno non consegue necessariamente la privazione o la limitazione della capacità di agire del beneficiario, non sia possibile affiancare il nuovo istituto di protezione ai classici strumenti civilistici di sostituzione nell'attività giuridica, quale loro misura alternativa.

L'interrogativo è legittimo e, ad esso, una parte della dottrina fornisce risposta affermativa. Si sostiene che l'amministrazione di sostegno costituirebbe uno strumento ulteriore – rispetto a quelli tradizionali – a disposizione del beneficiario e,

⁹² L'osservazione, con riferimento ai soggetti con deficit meramente fisici, è di S. Delle Monache, op. cit., p. 38 s.

⁹³ Sul punto cfr. G. Bonilini e A. Chizzini, op. cit., p. 6; G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno, una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano 2005, p. 35.

⁹⁴ Così, per l'infermità o la menomazione meramente fisica, U. Roma, op. cit., p. 1018.

⁹⁵ In questo senso A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, p. 1843.

nello specifico, del carcerato per consentirgli, con il meccanismo della sostituzione dell'amministratore di sostegno a sé nel compimento dell'attività giuridica, di continuare ad agire validamente nel mondo del diritto, nonostante la propria condizione di reclusione; l'istituto ampliirebbe il ventaglio di possibilità per la cura dei propri interessi, in particolare per la persona priva di libertà personale. Essa andrebbe strutturata, in tal caso, in maniera in qualche modo analoga alla rappresentanza volontaria⁹⁶.

Nello specifico, la riflessione è incentrata su un peculiare aspetto della rappresentanza volontaria, ossia sulla circostanza che il conferimento del potere rappresentativo da parte del rappresentato non è mai traslativo⁹⁷. Si afferma che, così come nella rappresentanza volontaria il rappresentato non si spoglia dei propri poteri conferendoli al rappresentante, nessuna ragione osterebbe alla ricostruzione negli stessi termini del meccanismo del conferimento dei poteri nell'amministrazione di sostegno; anche in essa la posizione di potere attribuita al rappresentante non sarebbe sottratta al rappresentato, il quale non perderebbe così la generale legittimazione a disporre dei propri diritti. In altri termini, la legittimazione dell'amministratore di sostegno non escluderebbe quella (originaria) del beneficiario, si tratterebbe di una legittimazione "di secondo grado, contingente, la quale per essere propria del rappresentante, non può assorbire, né rendere superflua l'originaria posizione di competenza del soggetto titolare degli interessi dedotti"⁹⁸.

Il quadro è coerente con la visione, qui accolta, dell'amministrazione di sostegno quale misura non determinante necessariamente l'incapacità o la limitazione della capacità di agire del beneficiario. Va però escluso che la capacità concorrente del rappresentante e del rappresentato, nella rappresentanza volontaria, coincida e sia del tutto sovrapponibile con quella dell'amministratore di sostegno e del beneficiario.

Al riguardo, appare riduttiva della complessità del problema e difficilmente condivisibile l'opinione giurisprudenziale secondo la quale un'unica differenza significativa permane tra l'istituto della rappresentanza negoziale (volontaria) e l'amministrazione di sostegno (di nomina giudiziale); essa risiederebbe nella circostanza che, nell'amministrazione di sostegno, a differenza della rappresentanza volontaria, l'amministratore rende conto del proprio operato non solamente al beneficiario (rappresentato), bensì anche e soprattutto al giudice tutelare⁹⁹. Il che conferirebbe all'istituto, secondo la prospettazione in considerazione, una "dimensione di protezione"¹⁰⁰, la quale potrebbe indurre un soggetto nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per una limitazione fisica conseguente, ad esempio, alla privazione

⁹⁶ Ibidem, p. 1847.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ A. Bulgarelli, *Eutanasia della capacità...*, p. 4 ss.

⁹⁹ V., per tutte, Trib. Milano, sez. IX civile, 11 maggio 2006, [online] <www.personaedanno.it>.

¹⁰⁰ Ibidem.

della libertà personale a preferire l'istituto dell'amministrazione di sostegno rispetto alla procura volontaria.

La peculiarità rappresentata dal controllo dell'organo pubblico sull'attività svolta dall'amministratore di sostegno consentirebbe, secondo questa giurisprudenza, la connotazione della misura di protezione quale "strumento espansivo delle facoltà del soggetto debole"¹⁰¹.

La tesi, indubbiamente suggestiva, è seguita anche da una parte della dottrina. Si sostiene, ad esempio, che, così interpretata, l'amministrazione di sostegno renderebbe possibile per il beneficiario, accanto alle medesime finalità della procura volontaria, il raggiungimento di finalità ulteriori, in virtù del controllo giudiziale; quest'ultimo, attraverso la "copertura gestorio/consulenziale"¹⁰² assicurerebbe al beneficiario "un flusso periodico di informazioni e maggiori possibilità di reazione contro gli atti indesiderabili del vicario"¹⁰³.

L'amministrazione di sostegno, insomma, rivestirebbe una sorta di valore aggiunto rispetto alla rappresentanza negoziale; esso risiederebbe nel controllo giudiziale sull'operato dell'amministratore, esercitato in via preventiva, attraverso la conformazione dei poteri dell'amministrazione di sostegno come una sorta di "delega volontaria, una procura per il tramite dell'autorità giudiziaria"¹⁰⁴, ma anche in via successiva, mediante la presentazione del rendiconto periodico. In tal modo l'istituto si presterebbe a realizzare, ad un tempo, le esigenze di protezione e sostegno e quelle tradizionalmente assolte dai meccanismi giusprivatistici negoziali di sostituzione nell'altrui attività giuridica, con maggiori garanzie per il beneficiario¹⁰⁵.

Invero la tesi suscita non poche perplessità. Molte sono le ragioni che invitano alla prudenza in merito all'applicabilità del nuovo istituto di protezione in alternativa agli strumenti negoziali classici di sostituzione nell'attività giuridica. Anzitutto mi sembra che debba essere preso in considerazione un dato pressoché ignorato, ossia le conseguenze derivanti dalla natura giuridica di ufficio di diritto privato dell'amministrazione di sostegno.

¹⁰¹ Trib. Pinerolo, 9 novembre 2004. Il controllo, come si osserva nel provvedimento, può essere effettuato o esclusivamente *ex post* "se nel decreto l'unico onere per l'amministratore è quello di rendere il conto", oppure anche *ex ante* "se il Giudice Tutelare, applicando, con il meccanismo dell'art. 411, comma 4, c.c., gli effetti e le limitazioni di cui agli artt. 374 e 375 c.c., richiede per la validità degli atti dell'amministratore o dello stesso beneficiario l'autorizzazione preventiva al loro compimento".

¹⁰² P. Cendon, *Infermi di mente e altri "disabili"*..., p. 626.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ G. Savorani, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, [in:] *Pol. dir.*, 2006, p. 142.

¹⁰⁵ Sul punto v. U. Roma, *op. cit.*, p. 1024. L'a., pur convenendo sul fatto che l'amministrazione di sostegno presenta per il beneficiario maggiori garanzie rispetto all'attività del rappresentante, di contro rileva, contrariamente all'opinione qui espressa, che essa però postula pur sempre "un'abdicazione, di estensione variabile, della capacità di agire". Egli ritiene che, qualora si provveda alla nomina di un amministratore di sostegno in favore di un soggetto affetto da una mera infermità fisica, la limitazione della capacità di agire "vale a potenziare, non già ad escludere, l'esplicazione della personalità del soggetto in ambito negoziale e l'attuazione delle sue determinazioni".

Va segnalato che, al riguardo, la riflessione si è incentrata sulla caratteristica della doverosità dell'esercizio delle funzioni¹⁰⁶. La circostanza che l'amministrazione di sostegno, in quanto ufficio di diritto privato, non ammetta il rifiuto è segnalata positivamente poiché in tal modo essa assicurerebbe l'ulteriore vantaggio dell'obbligatorietà dello svolgimento dell'incarico¹⁰⁷ e, di conseguenza, consentirebbe il superamento delle eventuali difficoltà a rinvenire qualcuno disposto ad assumere il gravoso impegno della cura di interessi altrui¹⁰⁸.

Occorre domandarsi, però, perchè mai si dovrebbe, per così dire, scomodare un ufficio di diritto privato attribuendogli una funzione diversa rispetto a quella di protezione. Mediante l'utilizzazione di un ufficio di diritto privato al mero fine della sostituzione nell'attività negoziale non si assicura, difatti, alcuna protezione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Non si dubita, invero, che identiche strutture possano assolvere a funzioni diverse¹⁰⁹ e che, probabilmente, in mancanza di altre soluzioni per la sostituzione nell'attività giuridica, troverebbe giustificazione la funzione nuova assolta dall'istituto. Tuttavia non può trascurarsi che nel sistema siano già previsti strumenti privati per la sostituzione nell'attività giuridica negoziale, come gli istituti della procura e del mandato con rappresentanza (artt. 1387 ss. c.c.) oppure la gestione di affari altrui (art. 2028 c.c.)¹¹⁰. Per realizzare il medesimo assetto di interessi si potrebbe continuare a fare ricorso ad essi, senza affiancarvi l'istituto di protezione dell'amministrazione di sostegno, il quale sarebbe in tal modo abusato, utilizzato a fini distorti rispetto a quelli per i quali è sorto.

Invero va evidenziata un'altra circostanza. Nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, ai sensi dell'art. 405, comma 5, n. 2, c.c., deve essere indicata la durata dell'incarico, il quale può essere sia temporaneo, qualora l'impossibilità di provvedere ai propri interessi sia temporanea, sia a tempo indeterminato. Per l'ipotesi di amministrazione di sostegno temporanea, la fine della durata dell'incarico deve essere stabilita dal giudice tutelare o attraverso un procedimento con il quale accerta che si sono verificati i presupposti per la cessazione di esso (art. 413 c.c.) – come avviene per l'interdizione e l'inabilitazione – oppure mediante l'indicazione, nel relativo provvedimento di nomina, del termine finale per la cessazione automatica dell'amministrazione di sostegno.

¹⁰⁶ Sottolineano questa peculiarità dell'ufficio di diritto privato, in particolare, F. Macioce, *Ufficio (dir. priv.)*, [in:] *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, p. 647 s.; V. Frosini, *Osservazioni sulla struttura giuridica dell'ufficio*, [in:] *Riv dir civ.*, I, p. 143 ss.; U. Natoli, *L'amministrazione dei beni ereditari*, Milano 1968, I, p. 110 s.

¹⁰⁷ In tal senso G. Savorani, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, [in:] *Pol. dir.*, 2006, p. 143; A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, p. 1843.

¹⁰⁸ La difficoltà è segnalata, in particolare, da G. Lisella, *Infermità fisica...*, p. 60.

¹⁰⁹ Sul punto v. P. Perlingieri, *Il diritto civile...*, p. 112 e 603 ss., secondo il quale, per contro, funzioni identiche ben possono realizzarsi mediante strutture diverse.

¹¹⁰ In questo senso v., in particolare, G. Bonilini e A. Chizzini, *op. cit.*, p. 6; G. Ferrando, *L'amministrazione di sostegno...*, p. 35

In quest'ultima ipotesi, è indubbio che il termine finale dipende dalla causa dell'impossibilità alla cura dei propri interessi; vi è una necessaria correlazione tra la temporaneità dell'amministrazione di sostegno e la causa della menomazione fisica¹¹¹. La circostanza, però, non offre elementi a sostegno della tesi secondo la quale, tra i possibili beneficiari dell'amministrazione di sostegno, rientrano anche i detenuti, poiché la loro limitazione fisica è a termine¹¹².

È opportuno fare anche un'ulteriore riflessione. Sono immaginabili i problemi di ordine anche pratico che si porrebbero utilizzando l'amministrazione di sostegno quale alternativa ai tradizionali strumenti di sostituzione nell'altrui attività giuridica, come il prevedibile effetto di, per così dire, ingolfamento degli uffici dei giudici tutelari; il che renderebbe difficile o praticamente impossibile l'auspicato controllo giudiziale sull'operato dell'amministratore.

Accanto a questi più immediati rilievi, va segnalato che una parte della dottrina – la quale accede ad una nozione lata di menomazione fisica (intesa quale “limitazione fisica”) e, pertanto, nega la necessaria identificazione dell'impedimento fisico con la condizione di infermità, facendola coincidere con ogni “concreta impossibilità di godere della propria libertà personale, proprio in quanto costretti contro la propria volontà in un determinato e ristretto spazio fisico, con assoluta e conseguente incapacità di circolare sul territorio”¹¹³ – annovera i carcerati tra i beneficiari dell'amministrazione di sostegno. Essa tuttavia, una volta aperta la strada all'uso dell'istituto per l'impossibilità alla cura dei propri interessi conseguente ad una mera limitazione fisica, avverte disagio con riferimento ad altre pur possibili ipotesi e, per superare l'*empasse*, ricorre a tesi invero artificiose. Si pensi alla ricostruzione secondo la quale, poiché il legislatore richiede che l'impossibilità di provvedere alla cura dei propri interessi discenda da un'infermità o da una menomazione fisica o psichica, va escluso che essa possa invece derivare da scelte personali. Ne consegue che sarebbero da escludere dal novero dei possibili beneficiari dell'amministrazione di sostegno tutti coloro i quali si trovano nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per propria scelta come, ad esempio, il personale in servizio sulle navi mercantili; i soggetti che hanno la residenza all'estero; i religiosi ritirati in eremi o in clausura¹¹⁴.

In tal modo, la *ratio* della disciplina finisce per coincidere con la necessità di tutelare e attribuire protezione – mediante l'applicazione della misura di sostegno – non a chiunque si trovi nell'impossibilità di curare i propri interessi, bensì esclusivamente a coloro i quali si trovino nell'impossibilità di curare i propri interessi incolpevole¹¹⁵.

¹¹¹ In questo senso v. U. Roma, op. cit., p. 1011.

¹¹² Sul punto cfr. A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, per il quale i destinatari della misura di protezione non sono solamente le persone soggette a misure coercitive intramurarie, ma tutti i detenuti in espiazione di pena, anche se in detenzione domiciliare.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Così *ibidem*, p. 1845 ss.

¹¹⁵ In questo senso A. Bulgarelli, *La "Procura di sostegno"...*, p. 1845.

Il legislatore tuttavia richiede soltanto, quale presupposto per l'applicazione della misura di protezione, non una qualsiasi impossibilità di provvedere ai propri interessi, bensì esclusivamente l'impossibilità derivante da una infermità o menomazione fisica (art. 404 c.c.).

Aderendo alla riferita tesi si finirebbe invece per attribuire rilievo non solamente alla causa dell'impossibilità, sebbene individuata atipicamente (infermità o menomazione fisica o psichica), bensì anche alla causa della limitazione fisica, (ossia, con un bisticcio di parole, alla causa della causa dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi), richiedendo che essa non discenda da scelte personali ma sia incolpevole.

Opportunamente, invece, una parte della dottrina, pur favorevole ad includere fra i beneficiari dell'amministrazione di sostegno coloro che si trovano nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi per una menomazione meramente fisica, esclude dall'ambito di applicazione della misura coloro che si trovano nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi non conseguente ad una infermità o menomazione fisica¹¹⁶. In altri termini: il presupposto richiesto dal legislatore per la nomina di un amministratore di sostegno va rinvenuto esclusivamente nell'impossibilità di provvedere convenientemente ai propri interessi derivante da una condizione di salute – psichica o anche solamente fisica – compromessa e non in ogni condizione di limitazione fisica; il che porta ad escludere dall'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto di protezione le persone prive della libertà personale.

Mi sembra doverosa, infine, un'ultima considerazione. Nell'ordinamento italo-comunitario il valore normativo della dignità umana è al primo posto ed è posto in collegamento con i principi di uguaglianza e di solidarietà¹¹⁷. Ne consegue che, per evitare la banalizzazione della clausola di dignità umana, in ragione della sua forte carica di idealità, è necessario raccorderla con i postulati dello Stato di diritto, con gli altri valori fondanti l'ordinamento comunitario della solidarietà e dell'uguaglianza sostanziale¹¹⁸, in modo da rendere possibile la considerazione

¹¹⁶ G. Lisella, *Infermità fisica...*, p. 60.

¹¹⁷ Nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si afferma, da un lato, che l'Unione "si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà", dall'altro, che la persona umana è al centro della sua azione. Significativamente, inoltre, l'articolo di apertura della Carta proclama: "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata". La clausola generale di dignità esprime, quindi, uno dei principi cardine del sistema comunitario, un valore normativo di rilevanza sovraordinata. Anche il Trattato di Lisbona, non ancora in vigore, modificando i Trattati precedenti, ne ha inserito l'art. 1 bis, secondo il quale: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani" e, nel nuovo capo I, l'art. 10 A, a mente del quale: "L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che [...] essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà".

¹¹⁸ A questi ultimi si fa espresso riferimento anche nel preambolo della parte I del Trattato costituzionale, nel quale si richiamano le "eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto".

globale della persona, della sua stessa qualità umana, a prescindere dalle condizioni in cui versa¹¹⁹.

Ad ogni soggetto debole - con la precisazione che la condizione di debolezza va individuata in concreto, con riferimento alle specifiche e peculiari situazioni¹²⁰ - va senz'altro indirizzata la solidarietà dell'intero ordinamento. Tuttavia la realizzazione del valore normativo della persona umana e dei principi di uguaglianza sostanziale e di solidarietà - i quali costituiscono i parametri normativi anche per l'interpretazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno¹²¹ - non passa attraverso l'inclusione tra i beneficiari dell'istituto di protezione di qualsivoglia soggetto debole il quale si trovi nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi non discendente da una infermità o menomazione fisica o psichica. Si impone, piuttosto, una riflessione a tutto tondo sulla condizione delle persone deboli nell'ordinamento italo-comunitario e sul livello di soddisfazione, per ciascuna di esse, del valore della dignità umana.

¹¹⁹ La dignità umana, come si è autorevolmente sostenuto, "non dipende dalle circostanze esteriori, né tanto meno dalle condizioni personali o dai ruoli sociali rivestiti dall'individuo, ma è valore che inerisce all'uomo in quanto tale": P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, [in:] *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 88 s.

¹²⁰ Essa ben può dipendere "dalle circostanze cc.dd. di fatto, verso le quali l'interprete deve manifestare maggiore attenzione nel concretizzare le scelte solidaristiche dell'ordinamento": P. Perlingieri, *Prefazione a La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, p. XII.

¹²¹ Come da tempo affermato in dottrina con riferimento alla modifica dei tradizionali istituti di protezione degli incapaci, per i quali si proponeva l'abbandono delle soluzioni "rigide ed assolute" in favore di strumenti flessibili e maggiormente adeguati alle specifiche esigenze e difficoltà della persona concreta, alle residue manifestazioni della "indefinibile e misteriosa realtà che è la psiche umana": P. Perlingieri, *Gli istituti...*, p. 48, 50, 59. Nel senso della necessaria flessibilità e proporzionalità delle misure di protezione dell'incapace, v. G. Ferrando, *Protezione dei soggetti...*, p. 129.

Piotr Prusinowski
Olsztyn

Kierownictwo pracodawcy i jego znaczenie prawne

Ustawą z dnia 2 lutego 1996 r. ustawodawca dokonał nowelizacji kodeksu pracy¹, w tym uzupełnił treść art. 22 § 1 k.p. Do dotychczasowej treści dodał, że praca musi być wykonywana pod kierownictwem pracodawcy.

Nie jest to nowy element² definicji umowy o pracę. Uprzednio tak doktryna, jak i orzecznictwo zgodnie akcentowały, że nie może być mowy o stosunku pracy, jeśli w relacjach między stronami nie występuje cecha podporządkowania³. Wobec wprowadzonej nowelizacji powstało pytanie, czy użyte przez ustawodawcę sformułowanie „kierownictwo” jest tożsame z pojęciem „podporządkowanie”. Szczególnie, czy ustawodawca nie użył go w wąskim zakresie.

W odpowiedzi większość teoretyków i praktyków podziela pogląd, według którego między wskazanymi pojęciami należy postawić znak równości⁴. Można jednak spotkać stanowisko w części odmienne, zgodnie z którym zwrot

¹ Ustawa z dnia 2 lutego 1996 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 24, poz. 110), która weszła w życie z dniem 2 czerwca 1996 r.

² M. Grzybowski, *Wstęp do nauki prawa pracy*, Kraków 1947, s. 96; W. Szubert, *Zarys prawa pracy*, Warszawa 1972, s. 86; M. Świącicki, *Charakterystyka prawna stosunku pracy*, „Państwo i Prawo” 1957, nr 9, s. 337; W. Masewicz, *Nadużycie prawa w prawie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1961, nr 2, s. 21; Z. Salwa, *Socjalistyczna dyscyplina pracy*, Warszawa 1961, s. 48 i nast.; W. Ludwiczak, *Umowa zlecenia*, Poznań 1955, s. 47; A. Chobot, *Podporządkowanie pracownika nauki w wykonywaniu obowiązku twórczej pracy badawczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 4, s. 23; T. Zieliński, *Problem „swobodnego uznania” w prawie pracy*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 11, s. 704; R. Mroczkowski, *Instytucja podporządkowania pracownika według polskiego kodeksu pracy. Zarys problematyki prawnej*, Lublin 1976, s. 53.

³ W doktrynie praw wyróżnia się zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne, zaś przesłanka podporządkowania jest główną cechą rozdzielającą te dwa pojęcia. Zob. A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne*, [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999, s.137 i nast.

⁴ Przykładowo: H. Lewandowski, Z. Góral, *Przeciwdziałanie stosowaniu umów cywilnoprawnych do zatrudnienia pracowniczego*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1996, nr 12, s. 25; K. Rączka, *Stosunek pracy a cywilne umowy o świadczenie pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1996, nr 11, s. 41; J. Iwulski, W. Sanetra, *Kodeks Pracy. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 83; Z. Kubot, T. Kuczyński, Z. Masternak, H. Szurgacz, *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 73.

„pod kierownictwem” zawęża określone poprzednio pojęcie „podporządkowanie”. Zwolennicy tego poglądu zwracają uwagę, że uprzednio doktryna⁵ jako podporządkowanie uznawała również zależności ekonomiczne między pracownikiem a pracodawcą.

Ustawodawca, dokonując kolejnej nowelizacji kodeksu pracy od dnia 28 listopada 2002⁶, do art. 22 § 1 dodał, że pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy na rzecz pracodawcy w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym.

Po nowelizacji art. 22 § 1 k.p. kierownictwo można przeciwstawić wyznaczaniu przez pracodawcę pracownikowi miejsca i czasu świadczenia pracy. Stąd pojęcie kierownictwa po nowelizacji z 2002 r. można odnosić jedynie do kierownictwa w zakresie świadczenia pracy⁷. Stanowisko to ma charakter w istocie normatywny, nie wpływa na ocenę w praktyce charakteru łączącego strony stosunku prawnego.

Wspomniana nowelizacja z 2002 r. może wywierać również inny skutek w przedmiotowej materii. Do czasu tej zmiany pojęcie „kierownictwo” mogło być interpretowane dość szeroko⁸, obejmując również zależności ekonomiczne stron. Dawało to podstawy do obejmowania stosunkiem pracy także prac cechujących się dużym stopniem samodzielności. Zastrzeżenie w art. 22 § 1 k.p., że praca świadczona w ramach zatrudnienia pracowniczego musi odbywać się w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, może wywołać wątpliwości co do kwalifikacji stosunku pracy, w którym o miejscu i czasie pracy decyduje w dużej mierze wykonawca⁹.

Wydaje się jednak, że wskazane rozbieżności nie mają większego znaczenia praktycznego. Zakres omawianych pojęć, nawet jeśli się między sobą różni, to w stopniu nieznacznym, a w każdym razie niemającym wpływu na ocenę typu badanego stosunku prawnego. W konsekwencji należy stwierdzić, że dotychczasowe wypowiedzi orzecznictwa i piśmiennictwa na temat „podporządkowania” pracowniczego są aktualne również w obecnym stanie prawnym. Określenie kierownictwa w umownym stosunku pracy wymaga uwzględnienia wszystkich środków prawnych służących oddziaływaniu na

⁵ A. Chobot, A. Kijowski, *Podstawowe problemy rozwoju prawa pracy*, IX Zjazd Katedr Prawa Pracy, Toruń 1990, s. 41–42.

⁶ Ustawa z dnia 26 lipca 2002 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 135, poz. 1146).

⁷ Patrz M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks Pracy. Komentarz*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 2003, s. 74 oraz M. Gersdorf, *Cechy charakterystyczne stosunku pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 10, s. 19. Ł. Pisarczyk stwierdził, że po nowelizacji kodeksu pracy w 2002 r. pod pojęciem „podporządkowanie pracownika” należy rozumieć kierownictwo podmiotu zatrudniającego oraz wyznaczanie przez niego czasu i miejsca wykonywania pracy – zob. idem, *Różne formy zatrudnienia*, Warszawa 2003, s. 15.

⁸ Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002, s. 233 i nast.

⁹ Z. Góral, *Najnowsze tendencje w polskim prawie pracy na tle integracji europejskiej*, „Prace Naukowe Wydziału Administracji. Zeszyty Naukowe” vol. 26, Płock 2003, s. 212.

proces świadczenia pracy¹⁰. Są nimi przykładowo: dobór pracowników, kierowanie procesem pracy przez wyznaczanie zadań oraz oznaczanie czasu i miejsca ich wykonywania, pośrednie oddziaływanie na pracowników w drodze przyznawania nagród oraz stosowania kar porządkowych¹¹.

Niewątpliwie zabieg legislacyjny wprowadzający do treści art. 22 § 1 k.p. postanowienie o kierownictwie pracodawcy jest korzystny z punktu widzenia czytelności zawartej definicji. Również sam zwrot „kierownictwo” jest właściwszy niż używane dotychczas w doktrynie pojęcie „podporządkowanie”. Oceniając ze strony odbiorcy, termin „kierownictwo” w większym stopniu akcentuje równość między stronami. Przyjaźniej jest pozostawać pod czyimś kierownictwem niż podlegać komuś. Nadto, w świadomości pracownika bardziej koresponduje z zakresem przyjętych obowiązków. Podporządkowanie mogłoby odnosić się równie dobrze do wzorca „pryncypała” z szerszym zakresem uprawnień, niż wynikałoby to z łączącej strony umowy o pracę. Dodatkowo słowo „kierownictwo” odnosi się do uprawnień pracodawcy. Przedstawia relacje między stronami z perspektywy pracodawcy. Tymczasem zwrot „podporządkowanie” odzwierciedla obowiązki pracownika. Nowelizację kodeksową można zatem traktować w swojej wymowie jako podkreślenie roli pracodawcy, a w konsekwencji istoty stosunku pracy.

Przechodząc do próby zdefiniowania pojęcia „kierownictwo pracodawcy”, można wskazać, że przedstawiciele doktryny i praktyki¹² wyinterpretowali szereg cech, których spełnienie pozwala przyjąć istnienie pracy podporządkowanej pracodawcy, zgodnie z art. 22 § 1 k.p. Panuje zgodny pogląd, że podporządkowanie pracownika obejmuje prawo wydawania przez pracodawcę poleceń¹³.

¹⁰ Za W. Masewiczem można stwierdzić, że granice podporządkowania determinowane są przez wiele czynników, takich jak: kontekst ustrojowy, etap rozwoju cywilizacyjnego, dominujące cechy osobowe ludzi zatrudnionych, styl zarządzania, stan prawny, postulowany wzorzec osobowy pracownika – por. idem, *Środki dyscyplinujące pracownika*, Warszawa 1981, s. 21.

¹¹ Por. J. Strugała, *Realizacja uprawnień kierowniczych podmiotu zatrudniającego*, [w:] *Studia nad Kodeksem pracy*, red. W. Jaśkiewicz, Poznań 1975, s. 177.

¹² Próba zdefiniowania pojęcia „kierownictwo pracodawcy” wpisuje się w spór ogólniejszej natury dotyczący pozycji stron w umownym stosunku pracy. Prezentowane dotychczas poglądy dają się sprowadzić do trzech zasadniczych koncepcji. Zwolennicy pierwszej wysuwają tezę o równorzędności prawnej pracownika i pracodawcy (W. Szubert, *O charakterze prawnym stosunku pracy*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 7, s. 87 i nast.; Z. Salwa, *Prawo pracy w zarysie*, Warszawa 1971, s. 113; A. Malanowski, *Nadużycie prawa w pracowniczym stosunku pracy*, Warszawa 1972, s. 71), według drugiej koncepcji pracodawca zajmuje wobec pracownika pozycję władczą, zaś istotą trzeciej, nazwanej koncepcją dualistyczną, jest podział treści stosunku pracy na dwie sfery praw i obowiązków: sferę obligacyjną oraz sferę organizacyjną (T. Zieliński, *Problem „swobodnego uznania” w prawie pracy*, „Państwo i Prawo” 1961, nr 11, s. 704–716; C. Przymusiński, *Odpowiedzialność „organizacyjna” pracowników*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1962, nr 1, s. 13–15).

¹³ Poprzestanie jedynie na obowiązku wykonywania poleceń stanowi wąskie rozumienie kryterium kierownictwa pracodawcy. Wydaje się, że zwolennikami takiej wykładni pojęcia kierownictwa pracodawcy są: Z. Hajn, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16.12.1998 II UKN 394/98*, OSP 2000, nr 12, s. 594–595; W. Muszalski, *Charakter prawny pracy członka zarządu spółki handlowej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 10, s. 67.

Natomiast rozbieżności powstają przy pytaniu, czy w skład kierownictwa pracodawcy można zaliczyć sferę organizacyjną procesu świadczenia pracy¹⁴, jak również czy pojęcie to obejmuje możliwość karania i nagradzania pracownika¹⁵.

Powszechnie przyjmuje się, że pojęcie „kierownictwo pracodawcy” obejmuje nie tylko typowe zależności związane z wydawaniem pracownikowi poleceń, ale również obowiązek świadczenia pracy w określonym miejscu i czasie, przestrzegania zasad organizacji pracy i porządku pracy określonego w regulaminie (szersze ujęcie podporządkowania pracowniczego)¹⁶. W nauce prawa pracy pojawiły się również głosy postulujące uwzględnienie w zakresie podporządkowania pracownika zależności ekonomicznych występujących między wykonawcą pracy a zatrudniającym¹⁷.

Można pogrupować cechy podporządkowania pracownika w trzech płaszczyznach¹⁸.

¹⁴ Można spotkać się z poglądami, w myśl których więź organizacyjna to hierarchiczne powiązanie pracownika z pracodawcą (H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, t. 1, Jena 1926, s. 36 i nast.). Niektórzy autorzy interpretowali element organizacyjny jako osobowoprawną zależność, a zarazem współpracę pracownika z pracodawcą (A. Walas, *Prawo wypowiedzenia umowy o pracę*, Kraków 1961, s. 11 i 15; W. Jaśkiewicz, *Prawo pracy. Zagadnienia ogólne*, t. 1, Poznań 1963, s. 161–163).

¹⁵ Przykładowo zdaniem C. Jackowiaka podporządkowanie pracownika polegać ma na prawie pracodawcy do wydawania poleceń i stosowania środków upominawczych. Z podporządkowania wyłączyć natomiast należy stosowanie kar regulaminowych o charakterze majątkowym, gdyż naruszają one elementy majątkowe, w których strony występują jako równorzędni partnerzy. Zob. C. Jackowiak, *Charakter prawny sporu ze stosunku pracy*, „Sprawozdania Poznańskiego Towarzystwa Przyjaciół Nauk”, II półrocze 1963, nr 3, s. 302–303.

¹⁶ T. Duraj, *Podstawy zatrudnienia menedżerów najwyższego szczebla w przedsiębiorstwach*, Warszawa 2006, s. 384; Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora T. Zielińskiego*, Warszawa 2002.

¹⁷ Za takim zakresem podporządkowania pracownika opowiedzieli się: M. Świątkowski, *Prawo pracy*, Kraków – Gdańsk 2001, s. 290; A. Chobot, A. Kijowski, op. cit., s. 41–42; A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia. Kierunki rozwoju i nowelizacji*, Warszawa 1997, s. 174–175.

¹⁸ W literaturze obcej, głównie francuskiej, wyodrębnia się na ogół trzy rodzaje uprawnień kierowniczych pracodawcy: 1) uprawnienia prawodawcze, których wyrazem zewnętrznym jest regulamin pracy; 2) uprawnienia dyrektywne, będące uprawnieniami kierowniczymi w ścisłym znaczeniu; 3) uprawnienia dyscyplinarne, służące wymuszaniu posłuchu ze strony pracowników. Zob. J. Pélissier, A. Supiot, H. Jeammand, *Droit du travail*, Dalloz 2000, s. 862; T. Żyliński, *Władza pracodawcy nad pracownikiem we Francji*, Wrocław 1977, s. 7; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, Paryż 1957, s. 219 i nast.; A. Brun, H. Galland, *Droit du travail*, Paryż 1958, s. 766 i nast.; A. Hueck, H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, t. I, Berlin 1959, s. 142–143. Można również w literaturze francuskiej i włoskiej znaleźć podział, według którego wyodrębnia się dwa rodzaje uprawnień kierowniczych: dyrektywne i dyscyplinujące. Zob. H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy*, Warszawa 1977, s. 13–14.

1. Organizacja zakładu pracy (podporządkowanie organizacyjne)

Zgodnie z art. 3 k.p. pracodawcą jest jednostka organizacyjna, chociażby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeśli zatrudnia ona pracownika. Z kolei, w myśl art. 3¹ § 1 k.p., czynności w sprawach z zakresu prawa pracy za pracodawcę wykonuje osoba lub organ zarządzający tą jednostką, albo inna wyznaczona do tego osoba. Gdy pracodawcą jest osoba fizyczna, może ona samodzielnie dokonać czynności wskazanych powyżej.

Z przepisów wynika zatem, że istnieje różnorodność pracodawców. Można jednak wyprowadzić wnioski, że zakład pracy (przedmiotowo) tworzy z założenia pewną organizację ukonstytuowaną w określonej strukturze – zgrupowanie majątku, zadań i ludzi. Owe zadania realizuje się poprzez świadczenie pracy, zaś sama praca jest wykonywana w strukturze i według zasad określonych przez pracodawcę lub osób działających w jego imieniu. Dotyczy to także osób fizycznych zatrudniających kilku czy nawet jednego pracownika. Jednak wtedy cecha pracy w zorganizowanej strukturze pracodawcy może być trudna do uchwycenia.

Charakterystyczne, że to pracodawca określa struktury, w których praca ma być realizowana¹⁹. Strony zawierając umowę o pracę wskazują rodzaj pracy, do wykonania której zobowiązuje się pracownik. Określony rodzaj pracy pośrednio określa miejsce pracownika w zorganizowanej strukturze pracodawcy. W zależności od tego konkretnemu pracownikowi przysługują określone uprawnienia i obciążają go obowiązki. Nadto, owo miejsce determinuje relacje między pracownikiem a pozostałymi członkami zespołu. Należy pamiętać, że to pracodawca jest organizatorem procesu pracy. To on ponosi ryzyko działalności zakładu pracy. Stąd głównie do pracodawcy należy określanie zasad, jakie będą obowiązywać przy świadczeniu pracy, a także warunków wzajemnych świadczeń stron. Celnie w tym zakresie Sąd Najwyższy²⁰ podniósł, że w ramach podporządkowania pracowniczego mieści się także konieczność przestrzegania ustalonych przez pracodawcę reguł porządkowych. Są one określone głównie w regulaminie pracy. Zgodnie z art. 104¹ § 1 k.p., ów akt prawny określa prawa i obowiązki pracodawców i pracowników związane z porządkiem w zakładzie pracy. Kodeks wymienia przykładowo, że regulamin określa organizację pracy, system i rozkład czasu pracy, termin, miejsce i czas wypłaty wynagrodzenia, obowiązki dotyczące BHP, ochrony przeciwpożarowej, nadto sposób potwierdzania przez pracowników przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności.

¹⁹ Występowanie relacji hierarchicznych (pionowych) przemawia za istnieniem podporządkowania pracowniczego, por. Ł. Pisarczyk, op. cit., s. 16.

²⁰ Uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 1998 r., II UKN 479/97, OSNAPiUS 1999, nr 1, poz. 34; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 1979 r., II URN 19/79, „Nowe Prawo” 1981, nr 6, s. 82.

Dodać należy, że pracodawca może regulować prawa i obowiązki za pomocą innych aktów, przykładowo – regulaminu wynagrodzenia czy korzystania z zakładowego funduszu świadczeń socjalnych. W każdym razie charakterystyczne jest, że regulacje te określają prawa i obowiązki pracowników w sposób generalny. Są zaadresowane do wszystkich zatrudnionych albo do określonej części. Co więcej, to pracodawca jest uprawniony do statuowania owych aktów prawnych. Pracownicy mogą oddziaływać na ich treść jedynie pośrednio przy pomocy związków zawodowych lub reprezentacji załogi. Nie zmienia to faktu, iż to pracodawca ma głos decydujący i ostateczny, ograniczają go jedynie normy prawa pracy²¹.

Z kolei pracownik, zawierając umowę o pracę, jest obowiązany generalnie i bezwarunkowo przyjąć reguły zachowania obowiązujące w danym zakładzie pracy. Negocjacje dotyczące umowy o pracę z reguły nie dotyczą warunków ogólnie obowiązujących u danego pracodawcy. Można dodać, że podporządkowanie organizacyjne charakteryzuje to, że pracodawca dostarcza pracownikowi środki pracy (materiały, narzędzia, ubiór roboczy) oraz organizuje stanowisko pracy²².

Dla stosunku pracy istotne jest, że pracownik wykonuje swoje obowiązki w określonym przez pracodawcę miejscu i czasie²³. Podmiot zatrudniający jako organizator pracy decyduje, gdzie i w jakich godzinach będzie realizowany proces pracy. I tak art. 100 § 2 k.p. nakłada na pracownika obowiązek przestrzegania czasu pracy ustalonego w zakładzie pracy. Z kolei pracodawca, zgodnie z art. 94 pkt 2 k.p., jest obowiązany do organizowania pracy w sposób zapewniający pełne jego wykorzystanie. W procesie pracy szczególnie ważny jest system i rozkład czasu pracy. Pracodawca określa go generalnie w regulaminie pracy (art. 104¹ § 1 pkt 2 k.p.). Podobnie kwestia umiejscowienia pracy została uregulowana przez ustawodawcę (art. 29 § 1 pkt 2 k.p.) jako jeden z nieodzownych elementów umowy o pracę. Zawierając umowę, strony określają miejsce pracy pracownika. Przy czym to pracodawca określa strukturę zakładu pracy, a w niej konkretne stanowisko pracy i jego umiejscowienie. Skierowanie pracownika do pracy w innym niż umówione miejscu jest dopuszczalne jedynie wyjątkowo i wiąże się z dodatkowymi świadczeniami pracodawcy (np. obowiązkiem wypłaty diet lub zwrotu kosztów dojazdu).

Dla odróżnienia stosunku pracy od innych zobowiązań cywilnoprawnych ważne jest, czy pracownik może swobodnie dysponować swoim czasem pracy

²¹ W literaturze przedmiotu podkreśla się, że podporządkowanie pracownika pracodawcy pełni funkcje organizacyjną (stwarza warunki prawidłowego funkcjonowania organizmu, jakim jest zakład pracy). Zob. R. Mroczkowski, *Instytucja podporządkowania pracownika według polskiego kodeksu pracy. Zarys problematyki prawnej*, Lublin 1976, s. 53.

²² Zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 lutego 1959 r., 4 CR 371/58, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1960, nr 2, s. 69 i w wyroku z dnia 22 stycznia 1970 r., II PR 298/69, niepublikowany.

i wykonywać świadczenie w czasie według swojego uznania. Pracownik bowiem z zasady jest w tej materii ograniczony generalnymi dyspozycjami pracodawcy. Podobnie co do miejsca pracy – to pracodawca z reguły decyduje, gdzie praca będzie wykonywana. Pracownik nie może o tym swobodnie decydować.

Ustawodawca, dokonując nowelizacji kodeksu pracy od dnia 28 listopada 2002 r., do art. 22 § 1 dodał, że pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy na rzecz pracodawcy w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym. W konsekwencji prawo pracodawcy do wyznaczania pracownikowi miejsca i czasu świadczenia pracy stało się ustawową cechą charakterystyczną umowy o pracę. Przepis powyższy przesądza, że określenie miejsca i czasu pracy pracownika należy do władczych prerogatyw pracodawcy. W rezultacie wyznaczanie osobie zatrudnionej w sposób jednostronny przez pracodawcę miejsca, w którym ma ona wykonywać pracę, a także określanie godzin jej pracy, wskazuje na istnienie cechy charakterystycznej dla umowy o pracę.

2. Polecenia pracodawcy

Kluczowa i niezbędna cecha podporządkowania przejawia się we wzajemnych relacjach między stronami. Pracodawca jest organizatorem procesu pracy i ponosi w tym zakresie ryzyko. Stąd przysługują mu szerokie uprawnienia władcze realizowane i kierowane do poszczególnych pracowników, jak i generalnie do ogółu.

Charakterystyczne dla umowy o pracę jest to, że zobowiązanie pracownika określone jest ogólnie. Sam kodeks (art. 22 § 1 k.p. i 29 § 1 pkt 1 k.p.) wskazuje, że umawiające się strony nie konkretyzują przy zawieraniu zobowiązania poszczególnych obowiązków. Mówi się tylko o rodzaju pracy. Najczęściej strony określają jedynie w umowie stanowisko, zawód, specjalność bądź funkcję, jaką pracownik ma pełnić. Uściślenie zakresu czynności, do których zobowiązany jest pracownik, następuje często w drodze pisemnego zakresu obowiązków wręczanego pracownikowi przez pracodawcę.

Pracodawca dopiero w trakcie procesu pracy konkretyzuje treść obowiązków pracownika²⁴. Realizuje to w formie poleceń. W doktrynie istnieje spór o charakter prawny poleceń. Można wyodrębnić trzy zasadnicze stanowiska, według których polecenia są postrzegane jako:

²³ W skład podporządkowania organizacyjnego wchodzi możliwość wyznaczania pracownikowi miejsca i czasu świadczenia pracy. Tak przykładowo: J. Strusińska-Żukowska, *Umowa o pracę z samym sobą*, „Prawo Pracy” 1996, nr 11, s. 26.

²⁴ Szerzej: H. Lewandowski, *Uprawnienia kierownicze w umownym stosunku pracy*, Warszawa 1977 s. 22–23.

- czynności czysto faktyczne²⁵,
- czynności faktyczne mające znaczenie prawne²⁶,
- jednostronne czynności prawne²⁷.

Kompromisem między tymi poglądami jest podział poleceń na kierujące, będące czynnościami faktycznymi i zmieniające, będące czynnościami prawnymi²⁸. Polecenie pracodawcy zakwalifikowano jeszcze jako normę indywidualną i konkretną, aktualizującą obowiązek pracownika. Według tej koncepcji, polecenie zalicza się do zawiadomień, czyli zachowań służących do podania wiadomości drugiej stronie²⁹.

Bez względu na wskazane rozbieżności, można stwierdzić, że prawo do wydawania poleceń jest nieodzownym atrybutem pracodawcy, charakterystycznym jedynie dla stosunku pracy. Zatem pracodawca jest uprawniony do wyznaczania poszczególnych zadań i sposobu ich wykonania, podejmuje decyzję o włączeniu lub wyłączeniu pracownika do określonego zespołu (praca skoooperowana), określa miejsce i rozkład czasu pracy. Dodatkowo, pracodawca w ramach tego uprawnienia ma prawo decydować o terminie urlopu wypoczynkowego. Obowiązek stosowania się do poleceń przełożonych został wyeksponowany w art. 100 § 1 k.p.³⁰ Można powiedzieć, że wykonywanie poleceń jest podstawą i kluczem wzajemnych relacji między stronami stosunku pracy. Uprawnienie to może być realizowane przez pracodawcę w różnej formie, a ich przejawem mogą być nakazy, zakazy czy wskazówki przekazywane na bieżąco pracownikowi w procesie pracy, jak również zarządzenia czy instrukcje, ustne lub pisemne, adresowane do mniejszej bądź większej grupy pracowników³¹.

²⁵ L. Krakowski, *Z problematyki nadużycia prawa w stosunkach pracy*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 12, s. 979; R. Seler, *Istota i funkcja nominacji*, „Praca i Zabezpiecznie Społeczne” 1967, nr 7, s. 14.

²⁶ A. Kijowski, *Odpowiedzialność marynarzy za naruszenie obowiązków pracowniczych w prawie PRL*, Poznań 1972, s. 51–53; J. Wratny, *Kilka uwag w sprawie charakteru prawnego polecenia służbowego*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 8, s. 134–135.

²⁷ Z. Kubot, *Pozycja prawna stron w stosunku pracy*, Wrocław 1978, s. 47–49.

²⁸ J. Strugała, *Realizacja uprawnień kierowniczych podmiotu zatrudniającego*, [w:] *Studia nad kodeksem pracy*, red. W. Jaśkiewicz, Poznań 1975, s. 177–178, 187–198, oraz nieco odmiennie idem, *Podporządkowanie i dyspozycyjność pracownika*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1977, nr 1, s. 24.

²⁹ A. Chobot, *Obowiązki pracownicze oraz środki prawne zabezpieczające ich wykonanie*, [w:] *Studia nad kodeksem pracy...*, s. 117–118.

³⁰ Norma postępowania ustanowiona poleceniem jest zindywidualizowanym i skonkretyzowanym odbiciem normy prawnej nakazującej pracownikowi określone zachowanie. Taką indywidualną i konkretną normę wyprowadzoną w drodze subsumcji z generalnej i abstrakcyjnej normy prawnej nazywa się pochodną normy prawnej. Zob. M. Skąpski, *Zagadnienia stosunku pracy między członkami rodziny*, Warszawa 2000, s. 81; Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 154.

³¹ H. Lewandowski i Z. Góral, [w:] *Prawo pracy po zmianach*, pod red. K. Rączki, PWE, Warszawa 1997, s. 99–100.

Podkreślił to Sąd Najwyższy³², stwierdzając, że brak obowiązku wykonywania poleceń przemawia przeciwko możliwości uznania stosunku prawnego za umowę o pracę. Rozważając tę kwestię, J. Piątkowski podkreślił: „istotą pracy umownie podporządkowanej jest więc możliwość codziennego konkretyzowania pracownikowi jego obowiązków zawodowych, a w szczególności określania czynności mieszczących się w zakresie uzgodnionego rodzaju pracy i sposobu ich wykonywania”³³.

Za pomocą poleceń pracodawca dookreśla, co i w jaki sposób oraz kiedy pracownik powinien wykonać. Może to czynić permanentnie, stosownie do potrzeb. Zakres i szczegółowość poleceń zależy jedynie od pracodawcy. Kieruje się on w tym względzie charakterem pracy, kwalifikacjami i doświadczeniem pracownika. Jednak nawet gdy faktycznie pracodawca w procesie pracy zmniejsza zakres oddziaływania na pracownika poleceniami, nie znaczy to, że traci swoje uprawnienia w tym względzie. Czym innym jest posiadanie prawa, a zupełnie innym korzystanie z niego.

Za pomocą poleceń pracodawca może przydzielać zadania i czynności oraz wskazywać nieraz drobiazgowo sposób ich wykonania. Z kolei pracownik z samego założenia godzi się na wykonywanie poleceń pracodawcy i jest to jego obowiązek, z którego może być rozliczony. Co więcej, pracownik nie ma możliwości uchylecia się od obowiązku wykonywania poleceń (np. w drodze porozumienia)³⁴.

3. Stosowanie kar porządkowych

Pracownik zawierający umowę o pracę jednocześnie godzi się na ocenę jego pracy przez pracodawcę. Ocena pracy może prowadzić do stosowania określonych środków dyscyplinujących, a także nagród. Konstrukcja taka jest charakterystyczna dla stosunku pracy i stanowi nieodzowny atrybut kierownictwa pracodawcy³⁵.

³² Wyrok z dnia 11 kwietnia 1997 r., I PKN 89/97, OSNAPiUS 1998, nr 2, poz. 35.

³³ J. Piątkowski, *Zagadnienia prawa stosunku pracy*, Toruń 2000, s. 41.

³⁴ Oddziaływanie poleceń jest stanowcze w tym sensie, że wyłącznie wola wydającego polecenie określa wskazany pracownikowi sposób jego zachowania się i bezwzględnie wymaga tego zachowania. Por. K. Opałek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 152.

³⁵ Akt zastosowania kary porządkowej stawia pracownika wobec pracodawcy w roli podmiotu prawnie podporządkowanego. Kompetencje represyjne należy traktować jako jeden z rodzajów władzy pracodawcy nad pracownikiem. Tak Z. Kubot, *Pozycja prawna stron...*, s. 79–80. Należy zasygnalizować, że w literaturze przedmiotu coraz wyraźniej rysuje się pogląd, zgodnie z którym odpowiedzialność porządkowa nie jest elementem konstytutywnym stosunku pracy, a wręcz stanowi relikw socjalizmu. Tak: M. Święcicki, *Niektóre sporne zagadnienia prawa stosunku pracy*, Warszawa 1966, s. 367, 370; J. Piątkowski, *Wprowadzenie do nowego prawa stosunku pracy*, Toruń 1996, s. 281–282.

Z uwagi na to, że pracodawca ponosi ryzyko procesu pracy, musi mieć prawo doboru pracowników spełniających jego oczekiwania, jak również musi mieć prawo egzekwowania zachowań pracowniczych zgodnie ze swoimi potrzebami. Przez szeroko rozumianą odpowiedzialność pracowniczą należy rozumieć ogół dolegliwości przewidzianych przez normy prawa na wypadek przekroczenia przez pracownika obowiązków wynikających ze stosunku pracy³⁶. Kodeks pracy przewidział dla pracodawcy zestaw środków umożliwiających karanie i nagradzanie pracowników. Stosowanie kar porządkowych jest dopuszczalne w razie naruszenia przez pracownika ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów przeciwpożarowych, a także przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności.

Przedstawione trzy płaszczyzny kierownictwa pracodawcy stanowią model wzorcowy. Jednak bogactwo stanów faktycznych, w których świadczona jest praca, zmusza do szerszego spojrzenia na kierownictwo podmiotu zatrudniającego.

Można zauważyć, że charakter umowy o pracę nie uzewnętrznia się jedynie we wzajemnych relacjach stron w trakcie świadczenia pracy, ale także w treści postanowień umownych sformułowanych przy nawiązaniu stosunku pracy. Ważne jest, czy pracownik niejako z góry godzi się na sposób i reguły działania zakładu pracy, w tym również na swoje miejsce w strukturze, czy przyjmuje na siebie bezwarunkowo obowiązek wykonywania poleceń pracodawcy, a nadto czy poddaje się pod nadzór pracodawcy. Dla umowy o pracę charakterystyczne jest, iż pracownik „wchodząc” do zakładu pracy (znaczenie przedmiotowe) przyjmuje ustalone reguły i zasady. Ma niewielką możliwość negocjacji w tym zakresie.

W konsekwencji, oceniając umowę o pracę, należy badać zarówno faktyczną treść umowy w trakcie jej realizacji, jak i postanowienia umowne w chwili zawierania stosunku prawnego. Ten pryzmat może mieć niekiedy decydujące znaczenie dla oceniania istoty zobowiązania. W tym miejscu można odwołać się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r. Zgodnie z jego sentencją, „podporządkowanie pracownika (art. 22 § 1 k.p.) może polegać na określeniu przez pracodawcę czasu pracy i wyznaczeniu zadań, natomiast co do sposobu ich realizacji pracownik ma pewien zakres swobody, zwłaszcza gdy wykonuje zawód twórczy”³⁷. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „pojęcie podporządkowania pracownika pracodawcy ewoluuje w miarę rozwoju stosunków społecznych. W miejsce dawnego systemu ścisłego hierarchicznego podporządkowania pracownika i obo-

³⁶ W. Sanetra, *Wina w odpowiedzialności pracowniczej*, Warszawa – Wrocław 1975, s. 19.

³⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r., I PKN 277/99, OSNAPiUS 2001, nr 1, poz. 18; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2002 r., I PKN 776/00, OSNAPiUS 2004, nr 6, poz. 94.

wiązku stosowania się do dyspozycji pracodawcy nawet w technicznym zakresie działania, pojawia się nowe podporządkowanie autonomiczne, polegające na wyznaczaniu pracownikowi przez pracodawcę zadań bez ingerowania w sposób wykonywania tych zadań”.

Oprócz zawodów twórczych do grupy pracowników, wobec których może mieć zastosowanie owo „podporządkowanie autonomiczne”, należy zaliczyć osoby zajmujące kierownicze stanowiska u pracodawcy³⁸ czy wręcz zarządzające zakładem pracy lub jego częścią³⁹. Osoby takie mogą być zatrudniane na podstawie umowy o pracę, przy czym wykonywanie pracy podporządkowanej ma cechy specyficzne, odmienne od „zwykłego” stosunku pracy⁴⁰. Z kolei konstrukcja podporządkowania autonomicznego⁴¹ przybliży umowę o pracę do rozwiązań zastrzeżonych dla umów cywilnoprawnych (szczególnie umów-zlecenia). W każdym razie rozwiązanie to w wielu wypadkach utrudni albo wręcz uniemożliwi precyzyjne odróżnienie podporządkowania pracowniczego od zależności właściwych dla zobowiązania cywilnoprawnego. Wobec owych wątpliwości kluczowym i przesądającym może być określenie woli stron w chwili zawierania umowy.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „kierownictwo”⁴². W konsekwencji można jedynie w oparciu o wykładnię systemową wyodrębnić jego najważ-

³⁸ Podporządkowanie pracownika przyjmujące postać związania pracownika postawionymi przed nim zadaniami, szczególnie wobec zatrudnionych na stanowiskach kierowniczych, nie jest koncepcją nową. Wskazywali na nią: P. Kłosiewicz, *Zagadnienia prawne stosunku pracy i odpowiedzialności dyrektora przedsiębiorstwa państwowego*, Warszawa 1973, s. 39; T. Liszcz, *Stosunek pracy dyrektora przedsiębiorstwa państwowego w PRL*, Lublin 1986, s. 21.

³⁹ Zagadnienie możliwości zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób zarządzających zakładem pracy od dawna było przedmiotem wypowiedzi przedstawicieli doktryny. Przykładowo, M. Gersdorf (*Umowa o pracę a umowa o dzieło i zlecenie*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1993, nr 9, s. 53) twierdziła, że szereg prac nie wymaga szczególnego podporządkowania w procesie ich wykonywania. Stąd też zobowiązanie do ich wykonywania może wynikać z umów cywilnoprawnych, których przedmiotem jest świadczenie pracy. Tym niemniej nie stanowi to jednak podstawy dla przyjęcia tezy, że zastosowanie umowy o pracę w takich przypadkach może być z jakiegoś powodu kwestionowane.

⁴⁰ W wyroku z dnia 25 listopada 2004 r., I PK 42/04, OSNAPiUS 2005, nr 14, poz. 209, Sąd Najwyższy stwierdził, że osoba zarządzająca zakładem pracy w imieniu pracodawcy może być zatrudniona na podstawie stosunku pracy lub na podstawie umowy cywilnoprawnej. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 1935 r., C I 1242/35, Zb.Urz. 1936, poz. 336.

⁴¹ Autonomię w podporządkowaniu nader interesująco przedstawił A. Supiot, *Zatrudnienie pracownicze i zatrudnienie niezależne*, [w:] *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*, Warszawa 1999, s. 148–154. Wskazał, że w takich przypadkach kontrola pracodawcy nie zanika, a jedynie jej przedmiot ulega zmianie. Zamiast dotyczyć sposobu, w jaki dana czynność jest wykonywana, dotyczy bardziej wyników tej czynności.

⁴² W literaturze przedmiotu akcentuje się, że brak w ustawodawstwie jednolitej i spójnej interpretacji pojęcia pracowniczego podporządkowania, przy zawadności pozostałych kryteriów oceny prawidłowości wyboru podstawy zatrudnienia, prowadzi do przerzucenia ciężaru decyzyjnego na orzecznictwo sądowe. W zależności od sposobu pojmowania przez konkretny sąd zakresu podporządkowania pracowniczego, ocena konkretnego stanu faktycznego może być odmienna. Zob. T. Duraj, *Podstawy zatrudnienia menedżerów najwyższego szczebla w przedsiębiorstwach*, Warszawa 2006, s. 391–392.

niejsze cechy. Jednak owe cechy mogą być w części właściwe także dla umów cywilnoprawnych⁴³. Nadto, można je wyliczyć jedynie przykładowo, próbując ogólnie zakwalifikować. Dodatkowym problemem jest to, że w konkretnym przypadku poszczególne cechy podporządkowania pracowniczego mogą pozostać w ukryciu. Przecież pracodawca nie musi korzystać z prawa do wymierzania pracownikowi kar porządkowych, również polecenia może wydawać sporadycznie albo wcale. Wszystko zależy od konkretnych okoliczności sprawy.

Nie jest tajemnicą, że cechy podporządkowania pracowniczego mogą być w określonym zakresie charakterystyczne również dla zobowiązań cywilnoprawnych, a nadto, że mogą występować z różnym nasileniem⁴⁴. Można zastanowić się zatem nad regułą umożliwiającą rozróżnienie, czy dany stan faktyczny charakteryzuje się podporządkowaniem pracowniczym, czy też więź łącząca strony nosi znamiona innej zależności.

Można w konsekwencji wytypować następujące propozycje badawcze:

– **większościową**, polegającą na przyjęciu, że umową o pracę jest taki stosunek prawny, któremu w przeważającej części można przypisać cechy podporządkowania pracowniczego;

– **wyłączną**, zgodnie z którą dany stosunek prawny musi wypełniać wszystkie przesłanki charakterystyczne dla podporządkowania pracowniczego;

– **hierarchiczną**, w myśl której zostaną wyróżnione pewne cechy mające charakter podstawowy i bezwzględny. Ich spełnienie wystarczy dla ustalenia istnienia podporządkowania pracowniczego.

Podane reguły ocenne są zawodne. Pierwsza z nich jest o tyle trudna do przyjęcia, że wymaga dokonania gradacji cech większościowych. Nie sposób jednoznacznie ocenić, kiedy owa większość będzie występować i w jaki sposób ją wytypować. Nadto, reguła ta zakłada możliwość niewystępowania poszczególnych cech (np. wydawania poleceń). Podobnie nieprzydatna jest następna metoda badawcza (wyłączna). Zasada swobody kształtowania stosunków prawnych dotyczy również umów o pracę. Strony mają prawo ułożyć wzajemną więź tak, aby odpowiadała ich potrzebom, zwłaszcza w warunkach gospodarki rynkowej. Znane są przypadki umów o pracę, gdzie czas i miejsce pracy nie odgrywają pierwszoplanowej roli, co więcej, łączność pracownika z zorganizowaną strukturą zakładu pracy jest często iluzoryczna. W konsekwencji podporządkowanie organizacyjne albo nie zachodzi wcale, albo jest w minimalny sposób zaakcentowane. Uniemożliwienie stronom zawarcia

⁴³ Dynamika rozwoju prawa zmierza do ewoluowania zatrudnienia niezależnego (niepodporządkowanego) w kierunku coraz większego zwiększenia zależności gospodarczej między stronami. Zjawisko to przybliży zatrudnienie cywilnoprawne do modelu pracowniczego. Szczegółowe rozważania zob. A. Supiot, op. cit., s. 156–159.

⁴⁴ Stopniowanie występowania podporządkowania pracowniczego w danym stosunku pracy można spotkać w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Przykładowo Sąd Najwyższy posłużył się określeniem „niewielki stopień podporządkowania” w wyroku z dnia 10 października 2003 r., I PK 466/02, „Prawo Pracy” 2004, nr 3, s. 35.

umowy o pracę w takich okolicznościach byłoby zbyt daleko posuniętym rygoryzmem prawnym.

Kuszącą propozycją jest przyjęcie metody hierarchizującej. Wyodrębnienie cech podstawowych i bezwzględnych ułatwiłoby ich klasyfikację. Niewątpliwie możliwość wydawania pracownikowi poleceń i sprawowania nad nim nadzoru stanowi podstawę podporządkowania pracowniczego. Bez nich dane zobowiązanie nie mogłoby być stosunkiem pracy. Kwestia podporządkowania organizacyjnego może być złagodzona na skutek okoliczności i celów zawarcia danej umowy o pracę. Jednak i w tym wypadku metoda hierarchizująca może okazać się zawodna. Trudno jednoznacznie określić, czy ustawodawca zgadza się na wartościowanie poszczególnych cech podporządkowania pracowniczego. Nadto, jak już wspomniano, w określonych przypadkach cecha polegająca na możliwości wydawania poleceń pracownikowi oraz sprawowania nadzoru pozostaje ukryta, tj. pracodawca nie korzysta ze swoich atrybutów władczych. Nie znaczy to jednak, że nie mamy wówczas do czynienia ze stosunkiem pracy. Wtedy często to podporządkowanie organizacyjne jest jedynym wyznacznikiem ocennym charakteru więzi łączącej strony⁴⁵. Na ów problem zwrócił uwagę również Sąd Najwyższy⁴⁶. W poglądach doktryny zaznaczono, że kierownictwo pracodawcy stanowi model teoretyczny, który doznaje wyjątków (przykładowo przy zatrudnianiu pracowników wykonujących tzw. wolne zawody). O przymocie pracownika decyduje podporządkowanie organizacyjne (zwane przez niektórych autorów „zewnętrznym”)⁴⁷.

Reasumując, przy ocenie występowania podporządkowania pracowniczego należy przede wszystkim dokładnie określić warunki i cele, jakie legły u podstaw nawiązania danej więzi prawnej. Nie należy jej oceniać jedynie przez pryzmat zachowania stron, ale przede wszystkim uwzględniając otoczenie zewnętrzne i warunki, w jakich praca jest świadczona. Dopiero po powyższym rozpoznaniu można przejść do oceny istotnych elementów podporządkowania pracowniczego. Wydaje się, że pomocna w procesie badawczym będzie metoda większościowa i wyłączna. Wypada się zgodzić z Sądem Najwyższym, że w zobowiązaniu pracowniczym musi występować tak podporządkowanie osobowe (polecenia i nadzór), jak i podporządkowanie organizacyjne.

W nauce prawa pracy⁴⁸ podkreśla się, że kierownictwo pracodawcy wyznacza zakres stosunku pracy. Warto jednak zastrzec, że elementy kierownictwa pracodawcy mogą zachodzić z różnym natężeniem, a nadto, pewne cechy

⁴⁵ Ł. Pisarczyk, op. cit., s. 16.

⁴⁶ Wyrok z dnia 9 lutego 1999 r., I PKN 562/98, OSNAPiUS 2000, nr 6, poz. 223.

⁴⁷ E. Sisale, *O istocie umowy o pracę*, Warszawa 1930, s. 63-64; S. Garlicki, *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Warszawa 1971, s. 66.

⁴⁸ Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy...*, s. 233; A. Chobot, *Nowe formy zatrudnienia...*, s. 174-175.

mogą być ukryte, co wcale nie oznacza, że strony, nawiązując umowę, ich nie przewidziały. Z kolei po stwierdzeniu, że wszystkie cechy kierownictwa pracowniczego występują, należy ocenić, czy ich natężenie jest wystarczające do przyjęcia, że mamy do czynienia z zobowiązaniem pracowniczym, a nie z zależnościami właściwymi dla umów cywilnoprawnych⁴⁹. Ów stopień natężenia oraz sam fakt, że cechy właściwe podporządkowaniu pracowniczemu występują, należy jednak oceniać przez pryzmat okoliczności, w jakich funkcjonuje dane zobowiązanie, a także woli stron w zakresie uregulowania reżimu prawnego łączącego ich stosunku prawnego. Wszechstronne zbadanie konkretnej więzi prawnej pozwala dopiero na określenie, czy wiążąca strony umowa nosi znamiona podporządkowania pracowniczego.

W uzupełnieniu należy podnieść, że w obowiązującym stanie prawnym trudno dopatrzeć się podstaw do hierarchizacji poszczególnych cech kierownictwa pracowniczego. Muszą one występować łącznie, a nadto trudno wskazać, które z nich są ważniejsze i decydujące o ocenie prawnej zobowiązania.

⁴⁹ Można spotkać się ze stanowiskiem, zgodnie z którym kierownictwo pracodawcy jest jedyną cechą rzeczywiście odróżniającą stosunek pracy od umów cywilnoprawnych, a w konsekwencji musi występować z całym właściwym sobie natężeniem. Tak Z. Hajn, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1998*, II UKN 394/98, OSP 2000, nr 12, poz. 17

Dorota Krekora-Zajac
Warszawa

Consulting zarządczy – od historii do współczesności

Słowo *consulting* pochodzi z języka łacińskiego (łac. *consultus* – ‘rozważny, doświadczony, biegły w czymś, świadomy’; *consultor* – ‘doradca’¹), zaś *consulting* ma swoją genezę w języku angielskim i oznacza czynność polegającą na udzielaniu porad (ang. *consultant* – ‘osoba udzielająca rad’²). Istotą consultingu jest więc posiadanie przez podmiot świadczący tę usługę szczególnej wiedzy, nieznannej szerokim kręgom osób.

Dokonujący się we wszystkich branżach gospodarki postęp techniczny, jak również szeroko rozumiana specjalizacja poszczególnych dziedzin życia spowodowały, iż ciągle wzrasta zapotrzebowanie na specjalistyczne usługi i związaną z nimi fachową wiedzę. Nieodłącznymi elementami prowadzenia działalności gospodarczej staje się zatem, z jednej strony, udzielanie informacji, służeń fachową radą czy opinią, z drugiej – korzystanie z nich. Współczesne ramy organizacyjno-prawne działalności nakierowanej na pomoc przedsiębiorcy w jak najszerszym zakresie stanowi właśnie consulting. Wśród różnych teorii, jakie występują w doktrynie, należałoby zaaprobować definicję przedstawiającą *consulting* zarządczy jako zakontraktowane usługi doradcze świadczone przedsiębiorstwom przez wykwalifikowane i przeszkolone osoby – konsultantów³. Według tej teorii konsultanci powinni rozpoznawać problemy zarządcze, poddawać je analizie i proponować konkretne rozwiązania. Powinni również wspierać przedsiębiorstwo klienta w sposób obiektywny i niezależny, wykonywać swoją pracę zgodnie z życzeniem klienta, a często też pomagać w procesie implementacji tych rozwiązań.

Ten rodzaj specjalistycznego doradztwa zaistniał już w czasach rewolucji przemysłowej. Związany był z powstaniem nowoczesnych fabryk i innymi przekształceniami instytucjonalnymi i społecznymi, w tym z docenieniem roli

¹ K. Kumaniecki, *Słownik łacińsko-polski*, PWN, Warszawa 1973, s. 121.

² J. Philips, *Oxford Wordpower. Słownik angielsko-polski z indeksem polsko-angielskim*, Oxford 1997, s. 162.

³ L. E. Greiner i R. O. Metzger, *Consulting to management*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall 1983, s. 7.

zarządzania przedsiębiorstwami. Właśnie w owym okresie przyjęto, iż metody i zasady stosowane dla różnych przedsiębiorstw i sytuacji należy zidentyfikować i opisać, a przedsiębiorca musi zostać przekonany do poszukiwania lepszego sposobu prowadzenia i kontrolowania swojego biznesu. Warunki te nie były realizowane aż do drugiej połowy XIX wieku, czyli do okresu narodzin ruchu „zarządzania naukowego”⁴.

Consulting pierwszej generacji powstał na bazie koncepcji Fredericka W. Taylora dotyczącej prowadzenia przedsiębiorstwa w celu racjonalizacji przebiegu pracy⁵. Autor oparł swoją koncepcję na podstawie wieloletnich obserwacji organizacji pracy w różnych przedsiębiorstwach, w których pracował. W 1911 r. wydał książkę pt. *Principles of Science Management*, w której opisał sposoby zwiększania efektywności pracy.

Według tej teorii konsultantami mieli być nie praktycy, lecz świeżo upieczeni absolwenci najlepszych uniwersytetów. Ich wiedza byłaby wykorzystywana jedynie w fazie produkcji. Celem tych konsultantów było podniesienie wydajności produkcji i jak najefektywniejsze wykorzystanie pracy maszyn i pracowników. Należy przy tym zaznaczyć, iż ich wiedza na temat ludzkiej motywacji, jak i technicznej wytrzymałości materiałów stosowanych w produkcji była niewielka. Efektem tego było zaledwie krótkotrwałe podniesienie wydajności produkcji. Teorię F.W. Taylora rozwijali i wprowadzali w życie inni wybitni prekursorzy amerykańskiej nauki organizacji i zarządzania, m.in. Morris Llewelyn Cooke.

W tym czasie rozwijały się już wyspecjalizowane w usługach doradczych przedsiębiorstwa. Dla przykładu można podać, iż w latach 20. XX wieku na Węgrzech „Taylor Office” oferowało w swych reklamówkach pierwszą wizytę bezpłatną, dostęp do 60 ekspertów oraz alternatywne rozwiązanie w celu osiągnięcia wyższej produktywności we wszystkich operacjach⁶. Innym przedstawicielem kierunku zarządzania naukowego, już w praktyce, był amerykański właściciel manufaktury Charles T. Sampson, który w roku 1870 zreorganizował cały proces produkcyjny w swojej fabryce butów tak, aby móc zatrudnić niewykwalifikowanych robotników z Chin. Rok później, w ramach działalności consultingowej, Sampson przekazał swoje doświadczenia właścicielowi pralni, który przyjął radę i zastosował metody użyte poprzednio przez Sampsona.

Takie postacie, jak Frederick W. Taylor, Frank i Lillian Gilbreth, Henry L. Gantt i Harrington Emerson, miały znaczący wpływ na rozwój consultingu. Wierzyli oni w możliwość zastosowania metod naukowych do rozwiązy-

⁴ M. Kubr, *Management Consulting. A Guide to the Profession*, International Labour Organization 1996, s. 12 i nast.

⁵ B. Fuch, *Umowa consultingu*, „Rejent” 2005, nr 9, s. 144.

⁶ A. Gross, J. Pór, M. T. Roberson, *Management Consulting in Central Europe*, „Consulting to Management” 2004, nr 1.

wania problemów produkcyjnych, łączyli różne metody i teorie naukowe, aby wykorzystać je w praktyce dla korporacji. Aby podzielić się swoją wiedzą, prowadzili wykłady i seminaria, pisali książki i artykuły, organizowali praktyczne prezentacje i służyli radą w każdy możliwy sposób. W późniejszym okresie życia Taylor zdecydował się zostać pełnoetatowym konsultantem zarządczym i produkcyjnym⁷. Te pionierskie wysiłki stworzyły podstawę dla bardzo istotnego aspektu consultingu zarządczego, który wywarł silny wpływ na profesję i jej *image*.

Consulting wywodzący się z ruchu zarządzania naukowego koncentrował się głównie na produktywności i efektywności fabryk i warsztatów, racjonalnej organizacji pracy, studiach czasu i ruchu, eliminowaniu strat i redukcji kosztów produkcyjnych. Cała ta dziedzina zyskała miano inżynierii przemysłowej. Jej praktyków zaś nazywano „ekspertami efektywności”. Z czasem ich interwencje stały się przedmiotem strachu i niechęci ze strony robotników i związków zawodowych. Ten początkowo negatywny wizerunek niektórych konsultantów zarządczych zmienił się znacząco na przestrzeni lat. Nowe dziedziny zarządzania i nowe rodzaje problemów stały się integralną częścią consultingu, tym samym ograniczając jego udział w produkcji i organizacji pracy.

Istotne zmiany w dziedzinie społecznej i relacjach zawodowych doprowadziły do ograniczenia użycia technik, które nie były akceptowane przez robotników. Negocjacje i współpracę uznano za nieodzowne przy realizacji zadań, które dotyczyłyby interesów robotników i innych zatrudnionych w przedsiębiorstwie. Pozytywna strona wizerunku eksperta została w znacznej mierze zachowana: konsultantów wciąż postrzegano jako ludzi, którzy są w stanie znaleźć nowe możliwości oszczędzania zasobów i podnoszenia wydajności przedsiębiorstw nawet w sytuacjach, które wydawały się bez wyjścia.

W latach 30. XX wieku w Stanach Zjednoczonych, a w latach 50. w Europie narodził się consulting drugiej generacji, który w przeciwieństwie do wcześniejszego objął nie tylko fazę produkcyjną, lecz również organizację zbytu i sprzedaży towarów, rachunkowość itp. Przestała zatem liczyć się tylko wiedza teoretyczna, większego znaczenia nabrały zaś umiejętności praktyczne i doświadczenie, określane niekiedy w literaturze jako „czynnik ludzki”⁸.

W 1946 r. Kurt Lewin dał początek nowej koncepcji określanej jako *Organization Development*, czyli doskonalenie organizacji. Rok później po-

⁷ Z czasem jednak zaczęto dostrzegać minusy tej teorii. Można uznać, iż prekursorem zmian była Józefa Franciszka Joteyko, która w opublikowanej w 1917 r. książce *Nauka o pracy i organizacji* dokonała wnikliwej analizy teorii Taylora i zarzuciła mu, że nie wziął pod uwagę takich czynników natury ludzkiej, jak np. zmęczenie. Innym wybitnym przedstawicielem teorii zarządzania był Karol Adamiecki, z inicjatywy którego powstał Instytut Naukowej Organizacji Pracy.

⁸ B. Fuch, op. cit., s. 144.

wstała Training Laboratory w Waszyngtonie, czyli pierwsza organizacja skupiająca naukowców i specjalistów zajmujących się właśnie postawami i zachowaniami ludzkimi. W praktyce jednak dochodziło do licznych nadużyć, związanych głównie z tym, że tzw. konsultanci nie musieli wykazywać się kwalifikacjami do świadczenia określonych usług. Nie istniały również zrzeczenia, które mogłyby *de facto* kontrolować ich działalność. Problem powyższy znalazł swe odbicie głównie w literaturze niemieckiej⁹. Podkreślano, iż brak kontroli nad konsultantami prowadzi do niskiej jakości ich usług, co ma bezpośredni wpływ na obniżenie zysków przedsiębiorców. Należy zauważyć, iż zarówno w Polsce, jak i w wielu krajach Europy Środkowej i Wschodniej ta generacja consultingu albo nie wystąpiła wcale, albo też w zdecydowanie ograniczonym zakresie.

W latach 1950–1989 znaczenie zarządzania i praktyki menedżerskiej zostało szeroko zdyskredytowane. Fabryki były skoncentrowane na produkcji założonej ilości produktów w określonym czasie, nie zaś na osiągnięciu jak największego zysku.

W Polsce prekursorem nauki o sprawnym działaniu był Tadeusz Kotarski, który w 1946 r. opublikował *Traktat o dobrej robocie*. Apelował w nim o tworzenie „biur doradztwa organizacyjnego”. Traktat ten stał się również podstawą do tworzenia społecznego ruchu dobrej roboty DO-RO. Już dwa lata po tej publikacji uznano, że traktat propaguje działalność szkodliwą i wrogą dla socjalizmu i tak było aż do 1980 r.

Pierwsze próby kontroli nad konsultantami podjęto w Wielkiej Brytanii. Od 1948 r. Brytyjski Instytut Zarządzania prowadził rejestr i licencjonowanie doradztwa.

Powojenna odbudowa, szybki rozwój gospodarki połączony z przyspieszeniem zmian technologicznych, pojawienie się nowych ekonomii, jak również umiędzynarodowienie światowego przemysłu, handlu i finansów – wszystko to złożyło się na wyjątkowo korzystne warunki rozwoju consultingu zarządczego. To właśnie w tym okresie powstała większość firm consultingowych, które istnieją do dziś. Dla przykładu PA – największa firma consultingowa w Wielkiej Brytanii – w roku 1943 miała tylko 6 konsultantów, ale już w roku 1963 było ich 370, w 1984 r. liczba konsultantów wynosiła 1300 w 22 krajach, a w 1993 r. było ich 1700. Pod koniec lat 80. liczbę pełnoetatowych konsultantów zarządczych w Stanach Zjednoczonych szacowano na 100 tys., czyli około sześć razy więcej niż w połowie lat 60.¹⁰

Potrzeba znaczącego podniesienia jakości świadczonych usług w związku z rozwojem gospodarki spowodowała powstanie consultingu współczesnego,

⁹ M. Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band II: *Franchising, Know – how – Verträge, Management- und Consultingverträge*, München 1992, s. 313.

¹⁰ M. Kubr, op. cit., s. 14 i nast.

tw. consultingu trzeciej generacji. Obecnie konsultanci są fachowcami posiadającymi nie tylko dużą wiedzę teoretyczną, ale również doświadczenie praktyczne. Najczęściej nie pracują samodzielnie, lecz kooperują lub zrzeszają się z innymi podmiotami doradczymi, tworząc spółki consultingowe. W założeniu spółki te winne charakteryzować się pełną neutralnością, obiektywizmem i dyskrecją. Można uznać, że właśnie na tych trzech zasadach ukształtowany został współczesny wizerunek consultingu.

Consulting przybiera obecnie bardzo różne formy. Dla potrzeb niniejszego opracowania ograniczono się do dwóch podstawowych, tj. consultingu engineering i management consultingu.

Istotą pierwszego z nich jest to, iż doradcy powinni posiadać ponadprzeciętną wiedzę o charakterze inżynieryjno-technicznym, która wykorzystywana bywa w procesie produkcyjnym. Można wyróżnić dwie szczególne formy tego typu consultingu:

- engineering projektowy zajmuje się planowaniem, budową oraz przebudową dużych obiektów, takich jak elektrownie, oczyszczalnie, ścieżki komunikacyjne czy też projektowaniem i montażem urządzeń przemysłowych;
- consulting engineering doradczy i opiniodawczy ze względu na swe ściśle określone zadania nawiązuje raczej do doradztwa specjalistycznego i odnosi się do rozwiązania jakiegoś konkretnego zagadnienia, w ramach wyraźnie i wąsko zakreślonego celu działania.

Management consulting jest natomiast związany w sposób szczególny z wiedzą niezbędną do prowadzenia i organizacji przedsiębiorstwa. Z uwagi na fakt, iż zakres usług nim objętych może być bardzo rozległy i różnorodny, potencjalny klient z konsultantem mogą w sposób bardzo szeroki zakreślić przedmiot umowy. Można wyróżnić kilka jego rodzajów:

- consulting globalny podnosi ogólny poziom przedsiębiorstwa poprzez udzielanie porad i opinii dotyczących wszystkich procesów zachodzących w firmie;
- consulting z wyznaczonym przez stronę punktem ciężkości, polegający na tym, iż konsultant powinien dążyć do poprawy sytuacji w określonym wycinku działalności przedsiębiorstwa.

Współcześnie, aby sprostać wymaganiom klienta i przyciągnąć klientów z nowych sektorów gospodarki i działalności społecznej, konsultanci zarządczy opracowują zróżnicowane strategie, oferują nowe specjalistyczne usługi, specjalizują się w konkretnym sektorze albo też zapewniają szeroką i całościową gamę usług dla najbardziej wymagających klientów. Bez wątpienia wzrasta konkurencyjność na rynku pracy. Oprócz doskonalenia jakości i świadczenia coraz to nowych usług, konsultanci zarządczy są coraz bardziej dynamiczni w kwestii poszukiwania nowych klientów i prób przekonywania potencjalnych klientów, że ich usługi są lepsze od tych świadczonych przez inne firmy consultingowe.

Za niezmiernie istotny element consultingu zarządczego uważa się uczestnictwo klienta w rozwiązywaniu problemów, w celu poszukiwania nowych i bardziej efektywnych metod zmian organizacyjnych, rozwoju umiejętności klienta w dziedzinie samodzielnego rozwiązywania problemów i potrzeby wyciągania wniosków z każdej usługi consultingowej.

Obecnie ważnym składnikiem consultingu zarządczego stał się consulting wewnętrzny. Polega on na świadczeniu usług consultingowych pod różnymi nazwami przez jednostki wewnętrzne, należące do prywatnych i publicznych przedsiębiorstw.

Współcześnie, zarówno wielkie, jak i wiele małych firm consultingowych czyni stałe wysiłki w kierunku umiędzynarodowienia swoich działań poprzez szukanie nowych rynków, przystosowywanie się do zmian w międzynarodowej ekonomii i wykorzystywanie nowych możliwości dla consultingu w krajach mniej rozwiniętych. W przypadku większych firm dochód z operacji zagranicznych może stanowić nawet ok. 30–70% dochodu ogółem.

W krajach, gdzie gospodarka rozwija się i podlega reformom, powstaje wiele nowych firm consultingowych o zróżnicowanym charakterze. We współczesnym świecie istotną cechą rynku consultingu zarządczego jest jego globalność. Większość dużych firm doradczych działa w zakresie międzynarodowym, mając biura bądź chociażby swoje oddziały w wielu krajach.

Nie mniej ważną cechą consultingu jest jego konkurencyjność, której efektem jest również to, że podaż dorównuje popytowi, a nawet niekiedy go przerasta. Klienci mają możliwość większej selekcji jakości świadczonych usług, a ich innowacyjny charakter stał się istotnym kryterium oceny konsultantów.

Niewątpliwie consulting cechuje obecnie również otwartość i liberalność. Wejście na rynki zagraniczne jest bowiem łatwe z uwagi na fakt, że bariery prawne dla usług consultingowych są współcześnie minimalne. Chociaż istnieją ciągle różnice językowe i kulturowe, to jednak nie stanowią one już w praktyce poważnej przeszkody do świadczenia usług consultingowych za granicą.

W mojej ocenie przyszły rozwój consultingu zarządczego ma nieograniczone możliwości. Wpływa on również na szybki rozkwit dziedzin z nim bezpośrednio związanych. Jako przykład może posłużyć chociażby zauważalny w ostatnich latach rozwój reklamy i marketingu usług consultingowych w skali zarówno krajowej, jak i międzynarodowej.

Bogna Orłowska
Olsztyn

Eutanazja – dylematy prawne i moralne

1. Pojęcie eutanazji

Pojęcie „eutanazja” etymologicznie pochodzi z języka greckiego i dosłownie tłumaczy się je jako ‘śmierć dobra’, ‘śmierć spokojna’, ‘śmierć szczęśliwa’ (gr. *eu* – ‘dobre, ładne, pomyślne’ + *thanatos* – ‘śmierć’). Antonimem tego słowa jest „dystanazja” – ‘śmierć zła’, czyli śmierć zbyt wczesna, zbyt późna lub w boleściach¹.

Mały słownik języka polskiego określa eutanazję jako „spowodowanie śmierci osoby nieuleczalnie chorej pod wpływem współczucia dla jej cierpień, czasem na jej żądanie”². Z kolei *Ilustrowany słownik oxfordzki* z 1998 r. zawiera definicję eutanazji zarówno jako łagodnej i bezbolesnej śmierci (w znaczeniu nadawanym przez starożytnych Greków), jak i zabójstwa w bezbolesny sposób chorego, który cierpi na nieuleczalną chorobę³. W *Słowniku wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych* wprowadzono zróżnicowanie pomiędzy eutanazją, zabójstwem z litości i ortotanazją. Pierwsza stanowi „skrócenie przez lekarza w szpitalu mąk pacjenta w przedłużającej się agonii za pomocą śmiertelnej dawki środka uśmierzającego ból”, natomiast ostatnia jest „zaniechaniem dalszego sztucznego podtrzymywania przy życiu pacjenta”⁴. W *Nowym słowniku poprawnej polszczyzny* spotykamy stwierdzenie, iż eutanazja to „rozmyślne spowodowanie lub przyspieszenie śmierci osoby nieuleczalnie chorej”⁵. Według Kathleen M. Foley z Memorial Sloan-Kettering Cancer Center w Nowym Jorku eutanazją jest „leczenie cierpienia przez eliminację pacjenta”⁶.

¹ M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie*, Kraków 2004, s. 36.

² *Mały Słownik Języka Polskiego*, wyd. XII, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 190.

³ D. Kindersley (red.), *Illustrated Oxford Dictionary*, Oxford University Press, London 1998, s. 274.

⁴ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i obcojęzycznych*, wyd. Muza, Łódź 2000, s. 160.

⁵ *Nowy słownik poprawnej polszczyzny*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999, s. 212.

⁶ M. Cieślik, G. Górny, *Eutanazizm*, „Wprost”, 28 marzec 2004.

Najpełniejsza najbardziej precyzyjna definicja eutanazji znajduje się w *Wielkiej Encyklopedii PWN* – „to powodowane współczuciem zabicie nieuleczalnie chorego człowieka na jego żądanie”. Wyróżnia się eutanazję:

1) **czynną** – gdy śmierć jest wynikiem aktywnego działania, np. podanie śmiertelnej dawki środka narkotycznego;

2) **bierną** – tzw. ortotanazję, gdy śmierć następuje na skutek zaniechania stosowania odpowiednich środków leczniczych, np. przez niepodjęcie reanimacji;

3) **dobrowolną** – gdy chory samodzielnie wyraża świadome żądanie pozbawienia go życia;

4) **niedobrowolną** – gdy chory nie jest w stanie wyrazić swojej woli, ale została ona przedstawiona w uprzednio podpisanym przez niego dokumencie, tzw. testamencie życia, lub też wyznaczył on osobę trzecią jako pełnomocnika do podejmowania w jego imieniu decyzji w sprawie własnego życia i śmierci, albo jego wola jest wstecznie odtwarzana na podstawie zeznań świadków przez sąd, który ostatecznie podejmuje decyzję;

5) **bezpośrednią** – gdy podjęte działanie lub zaniechanie bezpośrednio zmierza do skrócenia życia chorego, np. przez odłączenie od respiratora;

6) **pośrednią** – gdy podjęte działanie ma na celu uśmierzenie bólu, jednakże drugim niezamierzonym, ale też i nieuniknionym skutkiem jest skrócenie życia chorego, np. przez podawanie bardzo silnych środków przeciwbólowych w dawkach, które powodują skrócenie procesów życiowych⁷.

Termin „eutanazja” bywa błędnie używany na określenie zabójstwa z innych motywów, np. ekonomicznych (tzw. pseudoeutanazja), a także mylony z kryptanazją, czyli pozbawieniem życia człowieka wbrew wyrażonej przez niego woli życia i leczenia, jak również z tzw. wspomaganym samobójstwem, do którego dochodzi, gdy osoba trzecia pomaga choremu w samodzielnym uśmierceniu się, np. poprzez dostarczenie śmiertelnej dawki środków narkotycznych, które następnie chory samodzielnie zażywa.

2. Stan prawny na świecie

Holandia stała się pierwszym krajem na świecie, w którym zalegalizowano eutanazję (11 kwietnia 2001 r.). Była ona stosowana nielegalnie w tym kraju już od ponad 20 lat i wówczas groziła za nią kara do 12 lat pozbawienia wolności. Obecnie zgodnie z prawem eutanazja może być tam wykonywana wyłącznie na życzenie nieuleczalnie chorych dorosłych osób, o ile ich decyzja nie jest spowodowana chwilowym cierpieniem i są to osoby pełni świadome, sprawne umysłowo, a przede wszystkim opiekujący się nimi leka-

⁷ *Wielka encyklopedia PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, t. 8, s. 465–466.

rze muszą być przekonani o bezsilności medycyny w tych szczególnych przypadkach⁸.

W 2002 r. ustawę o eutanazji uchwalono w Belgii. Jej inicjator – Philippe Moris, senator partii liberalnej – uznał, że jest to „zwycięstwo wolności i godności pacjentów”⁹. Eutanazja według tejże ustawy to „działania osoby trzeciej, która umyślnie odbiera życie osobie tego żądającej”. Eutanazji można dokonać na pacjencie pełnoletnim lub mającym zdolność do czynności prawnych oraz pełną świadomość w chwili wyrażania żądania, które to winno być dobrowolne, wyrażone z rozwagą, powtarzane oraz złożone na piśmie. Sytuacja zdrowotna chorego musi być bez wyjścia i wiązać się ze stałym, niedającym się uśmierzyć cierpieniem fizycznym lub psychicznym, będącym wynikiem wypadku lub też choroby organicznej. Nad przestrzeganiem skomplikowanych procedur i prawidłową kwalifikacją pacjentów do eutanazji czuwa specjalna komisja, która składa się z 16 członków: 8 doktorów nauk medycznych (w tym 4 profesorów), 4 profesorów prawa lub adwokatów oraz 4 osób wywodzących się z kręgu sprawujących opiekę nad pacjentami cierpiącymi na nieuleczalne choroby. Lekarz, który nieprawidłowo przeprowadzi procedury, czyli nie uzyska podstaw do usprawiedliwienia czynu eutanatycznego, odpowiada karnie za spowodowanie śmierci. Jednocześnie żaden lekarz nie ma obowiązku uczestniczenia w akcie eutanazji. Osobę zmarłą wskutek działań eutanatycznych uznaje się za zmarłą śmiercią naturalną, a czyn ten nie powoduje żadnych skutków prawnych, np. co do spraw ubezpieczeniowych¹⁰.

Pozbawienie życia na życzenie chorych wprowadził też w 1994 r. amerykański stan Oregon, co zaskarżył później Sąd Federalny jako niezgodne z konstytucją, jednakże Sąd Najwyższy ją przywrócił¹¹.

Warto jeszcze wspomnieć o szczególnej formie eutanazji, która jest zalegalizowana w Szwajcarii. Tam lekarz może podać choremu środek nasenny w śmiertelnej dawce, ale pacjent musi go sam przyjąć¹².

3. Eutanazja w świetle polskiego ustawodawstwa

W prawie międzynarodowym brak jest jakiegokolwiek normy konwencyjnej odnoszącej się bezpośrednio i wprost do problematyki eutanazji, a jej zakaz wywodzony jest z uregulowań ogólnych, stanowiących, iż nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia. Postanowienie takie odnajdujemy

⁸ Z. Wojtasiński, *Eutanazja zalegalizowana*, „Rzeczpospolita” z 29 listopada 2000.

⁹ J. Kielecki, *Legalna „łagodna śmierć”*, „Rzeczpospolita” nr 114 z 17 maja 2002.

¹⁰ K. Poklewski-Kozieł, *Belgijska ustawa o eutanazji i projekt takiej ustawy w parlamencie Francji*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 7–8, s. 102.

¹¹ Zob. [online] <www.dziennik.pl/Default.aspx?TabId=14&ShowArticleId=32698>.

¹² Ibidem.

w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., w art. 2 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., czy też w art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.¹³

Na gruncie polskim prawo człowieka do życia uznawane jest za prawo przyrodzone, które wynika z godności człowieka, a nie z nadania państwa. Artykuł 30 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. jednoznacznie stwierdza, iż „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela”. W związku z tym w normach konstytucyjnych nie deklaruje się prawa do życia, lecz gwarantuje jego konstytucyjną ochronę, ponieważ stosownie do art. 38 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska zapewni każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”.

Polskie prawo karne, począwszy od 1932 r. poprzez kodeks z 1969 r. aż do współcześnie obowiązującego, uznaje eutanazję za nielegalną i traktuje jako przestępstwo przeciwko życiu. Kodeks karny z 1969 r., podobnie jak i jego poprzednik, zawiera przesłankę „żądania” jako wyrazu stanowczej i niewątpliwej woli osoby żądającej. Musi ono pochodzić od osoby zdolnej do rozpoznawania znaczenia takiego żądania, a także być wyrazem jej rzeczywistej, wolnej od przymusu woli. Warunkiem uprzywilejowania zabójstwa na żądanie jest, aby pobudką działania sprawcy było współczucie dla zabijanego. Grozi za to kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat¹⁴. W kodeksie karnym z 1997 r.¹⁵ istotna zmiana polega na wprowadzeniu § 2, który to kładzie dużo większy nacisk na ustalenie winy, dopuszczając w wyjątkowych wypadkach możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Możliwość ta nie jest podyktowana chęcią legalizacji eutanazji, ale koniecznością wzięcia w tych sprawach pod uwagę nierzadko skrajnie anormalnej sytuacji motywacyjnej, pod wpływem której działał sprawca¹⁶.

Współcześnie polski kodeks karny ujmuje uprzywilejowany typ zabójstwa eutanatycznego wężej, niż ma to miejsce w wielu krajach europejskich. W odróżnieniu od zabójstwa typu podstawowego wymaga koniunkcyjnego spełnienia dwóch dodatkowych przesłanek: zabicia człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego.

Żądanie jest wyrazem woli osoby żądającej, aby adresat żądania pozbawił ją życia. Nie należy rozumieć tego jako aktu woli w znaczeniu cywilnoprawnego oświadczenia woli¹⁷. Musi to być wyraz stanowczej i niebudzącej

¹³ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków 2000.

¹⁴ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 352–353.

¹⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553).

¹⁶ *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2006, t. II, s. 284.

¹⁷ *Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 242.

wątpliwości woli przyszłej ofiary, aby sprawca ją zabił. Może z nim wystąpić wyłącznie osoba, która chce, aby sprawca pozbawił ją życia, dlatego też żądania w rozumieniu tego przepisu nie są prośby ani nalegania osób najbliższych dla nieuleczalnie chorego pacjenta, który to doznaje w związku z chorobą szczególnych cierpień, skierowane do lekarza, aby skrócił cierpienie chorego, zabijając go. Inicjatywa pozbawienia życia musi pochodzić wyłącznie od niego samego. Musi to być osoba poczytalna, w pełni świadoma wyrażonej przez siebie woli, w chwili wystąpienia z takim żądaniem przytomna, niepozostająca pod wpływem środków odurzających czy alkoholu¹⁸.

W literaturze prawniczej prezentowane były poglądy, iż przyczyną eutanazji może być np. „groźba hańby” – takie stanowiska były przyjmowane w okresie międzywojennym. W późniejszym okresie doktryna prawna przyjęła, że okolicznościami usprawiedliwiającymi popełnienie eutanazji mogą być tylko ważne powody związane z cierpieniami fizycznymi, a więc beznadziejny stan zdrowia, stan psychiczny śmiertelnie chorych, którzy cierpią z powodu silnego bólu. Obecnie zatem usprawiedliwieniem eutanazji są cierpienia ofiary spowodowane nieuleczalną chorobą i agonią¹⁹.

Do znamion strony podmiotowej należy odpowiednie ukształtowanie motywacji sprawcy – ma on popełnić czyn „pod wpływem współczucia”, którego przedmiotem jest pokrzywdzony²⁰. Współczucie jest „uczuciową solidarnością z osobą cierpiącą, litością, ubolewaniem okazywanym komuś nieszczęśliwemu”²¹, czyli cechą pozytywną każdego człowieka. Stanowi ono subiektywny element działania sprawcy, umniejszający stopień jego winy, wskazuje też na szczególny motyw zabójstwa. Sprawca stawia sobie za cel skrócenie cierpień osoby, która żąda pozbawienia jej życia. Działa więc w szczególnym stanie psychicznym – jego świadomość obejmuje w pełni bezprawność czynu, którego dokonania pokrzywdzony od niego żąda, ale także to, że cierpienia żądającego są tak szczególnie intensywne, iż sprawca w pewnym sensie utożsamia się z nim i pod wpływem współczucia dla niego zabija go²².

Przestępstwo eutanazji ma charakter powszechny, chociaż – jak wskazuje A. Marek – sprawcą jest najczęściej lekarz lub osoba najbliższa²³. Może być popełnione zarówno przez działanie, np. celowe przedawkowanie leku podtrzymującego życie, jak i przez zaniechanie, np. niepodanie leku podtrzymującego życie. Jednakże przez zaniechanie przestępstwa tego może się do-

¹⁸ *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, red. A. Wąsek, CH Beck, Warszawa 2004, t. I, s. 247–250.

¹⁹ D. Kowalska, *Eutanazja w polskim prawie karnym a granice dopuszczalności interwencji lekarskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 1, s. 86.

²⁰ *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 301.

²¹ *Słownik języka polskiego*, red. nauk. M. Szymczak, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, t. III, s. 713.

²² *Kodeks karny. Część szczególna...*, t. I, s. 250.

²³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 31.

puścić tylko osoba, na której ciążył szczególny obowiązek ochrony życia ofiar, np. lekarz czy pielęgniarka. Nie stanowi natomiast przestępstwa odstępianie od tzw. uporczywej terapii, tj. stosowania nadzwyczajnych środków medycznych, które mogą narazić pacjenta na niepotrzebny ból i cierpienie²⁴.

Szereg kontrowersji wzbudza § 2 art. 150, w którym ustawodawca przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wykonania. Ma to na celu uelastycznienie karalności zabójstwa eutanatycznego i w pewnym stopniu uwzględnia głosy podnoszone za dekryminalizacją eutanazji żądanej przez człowieka, który ma dość życia²⁵. Przesłanką łagodniejszego potraktowania sprawcy jest zaistnienie *wyjatkowego wypadku*, który objawia się wyjątkowo silnym naciskiem motywacyjnym na sprawcę, objawiającym się wysokim stopniem intensywności cierpienia, a także współczucia, wynikającym np. z głębokich więzi uczuciowych pomiędzy sprawcą a osobą żądającą pozbawienia życia²⁶. Według innej interpretacji są to „takie sytuacje, w których terapia, często pozorna, przedłuża agonię, kiedy cierpienia chorego przekraczają zdolności ich znoszenia”²⁷.

Zdaniem przeciwników przepis ten stanowi częściową legalizację eutanazji, która to może doprowadzić do wielu nadużyć, braku zaufania wobec lekarzy, a nawet do niepoddawania się przez pacjentów terapii w szczególnie ciężkich przypadkach²⁸. Według K. Bączyk, przepis ten jest wyrazem nasilających się w Europie tendencji do złagodzenia regulacji dotyczących praktyk eutanatycznych i zbliża tym samym polskie ustawodawstwo do standardów europejskich. Co prawda nie powoduje legalizacji eutanazji, ale stanowi pierwszy krok ustawodawcy w kierunku przyjęcia bardziej liberalnych rozwiązań w tej materii²⁹.

4. Stanowisko Kościoła katolickiego wobec eutanazji

Temat eutanazji, jakże kontrowersyjny i wciąż aktualny, nie pozostał przemilczany przez Kościół katolicki. Dokumentami zawierającymi najważniejsze wypowiedzi, stawiającymi na pierwszym miejscu zarówno problem wiary, jak i prawo człowieka do życia, są: Deklaracje Kongregacji Nauki Wiary *Iura et bona*, *Evangelium vitae* oraz Katechizm Kościoła Katolickiego.

²⁴ R. Krajewski, *Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 2, s. 52.

²⁵ *Kodeks karny. Komentarz.*, red. O. Górniok, Lexis Nexis, Warszawa 2006, s. 501.

²⁶ K. Bączyk, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo w prawie porównawczym*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 4, s. 66.

²⁷ W. Skotnicki, *Za i przeciw legalizacji eutanazji*, „Palestra” 1997, nr 3, s. 5–6.

²⁸ Zob. „Służba Życiu. Zeszyty Problemowe” 2003, nr 1, s. 6.

²⁹ K. Bączyk, op. cit., s. 108.

Zgodnie ze współczesną doktryną Kościoła katolickiego, wszelki gest eutanatyczny w stosunku do drugiego człowieka, niezależnie czy w formie sprawstwa, czy pomocnictwa w samobójstwie, stanowi wykroczenie przeciwko piątemu przykazaniu Dekalogu, które jednoznacznie nakazuje: „nie zabijaj” i to niezależnie od poziomu sprawności istoty ludzkiej. Człowiek został stworzony na obraz i podobieństwo Boże, a życie jest darem, stanowi dobro, które Bóg człowiekowi jedynie powierzył. W związku z tym eutanazja jest wyrazem odrzucenia tego daru i przekroczenia władzy, jaka człowiekowi została dana na ziemi, ponieważ tylko Bóg decyduje o końcu jego życia³⁰.

Już papież Pius XII potępiał eutanazję, a stosowanie narkotyków w celu przyspieszenia lub też spowodowania śmierci uznał za niedozwolone, ponieważ takie działanie mogłoby świadczyć o uprawnieniu do bezpośredniego dysponowania życiem, a przecież człowiek nie jest jego panem i władcą³¹.

W latach 80. ubiegłego stulecia powstał nowy dokument Stolicy Apostolskiej. Deklaracja o eutanazji *Iura et bona* stwierdza wyraźnie, że nikt i nic nie może w żaden sposób zezwolić na zadanie śmierci istocie ludzkiej, niezależnie od tego, czy chodzi tu o płód, starca, osobę nieuleczalnie chorą, czy też nawet znajdującą się w agonii. Nikomu również nie wolno prosić o dokonanie eutanazji ani dla siebie, ani dla innego człowieka, który jest powierzony jego odpowiedzialności, ponieważ byłoby to jednoznaczne z naruszeniem prawa Bożego, znieważeniem godności istoty ludzkiej, a także przestępstwem przeciwko życiu i zbrodnią przeciwko ludzkości³².

Przedstawiając stanowisko Kościoła, nie można nie wspomnieć o encyklice *Evangelium vitae* (1995), która zawiera fundamentalne stwierdzenie dotyczące „świętości ludzkiego życia”. Tutaj zagadnieniom został poświęcony punkt pt.: *Ja zabijam i Ja ożywiam: dramat eutanazji*. Jan Paweł II jednoznacznie potępia tu eutanazję: „[...] Świadoma i dobrowolna decyzja pozbawienia życia niewinnej istoty ludzkiej jest zawsze złem z moralnego punktu widzenia i nigdy nie może być dozwolona ani jako cel, ani jako środek do dobrego celu”³³. Należy jednak podkreślić, że w ujęciu encykliki, eutanazją w ścisłym znaczeniu może być także pozbawienie człowieka koniecznych dla niego środków do życia, takich jak pożywienie, leki lub zabiegi lecznicze. Eutanazja może mieć tu charakter zabójstwa lub samobójstwa samodzielnego czy też wspomagane przez innych³⁴.

³⁰ M. Szeroczyńska, *Eutanazja i wspomagane samobójstwo na świecie*, Universitas, Kraków 2004, s. 71.

³¹ Pius XII, *Przemówienie do międzynarodowej grupy lekarzy* (24 lutego 1957), [w:] K. Gryz, B. Mielec, *Chrześcijanin wobec eutanazji*, Wydawnictwo św. Stanisława, Kraków 2001, s. 22.

³² Zob. [online] <http://ekai.pl/bib.php/dokumenty/iura_et_bona/iura_et_bona.html>.

³³ E. Brożyniak, *Eutanazja- problem społeczny i etyczny*, „Auxilium Sociale” 2005, nr 1, s. 87.

³⁴ W. Bołoz, *Życie w ludzkich rękach*, Oficyna Wydawniczo-Poligraficzna „Adam”, Warszawa 1997, s. 195.

Także obecnie obowiązujący Katechizm Kościoła Katolickiego neguje eutanazję jako „zbrodniczy czyn, który należy zawsze potępić i wykluczyć”, ponieważ każdy jest zobowiązany do szacunku wobec swojego życia i nie ma prawa go zniszczyć. Przecież życie bliźniego powinno być traktowane jako dobro najwyższe, a piąte przykazanie Dekalogu: „nie zabijaj” odnosi się do każdego ludzkiego życia. W tezie 2280 Katechizm jasno głosi, iż „jesteśmy tylko zarządcami, a nie właścicielami życia, które Bóg nam powierzył. Nie rozporządzamy nim”³⁵. Nawet jeśli śmierć jest uważana za nieuchronną, zwykle zabiegi przysługujące osobie chorej nie mogą być w sposób uprawniony przerwane. Natomiast stosowanie środków przeciwbólowych, by ulżyć cierpieniom umierającego, nawet za cenę skrócenia jego życia, może być moralnie zgodne z ludzką godnością, w wypadku gdy śmierć nie jest zamierzona ani jako cel lub środek, ale przewidywana i tolerowana jako nieunikniona³⁶. Także według Jana Pawła II podstawowym obowiązkiem lekarza jest łagodzenie cierpienia, ponieważ nawet jeśli niektórzy chorzy potrafią zrobić ze swojego bólu dobry uczynek, to często pozostaje on jednak nie do zniesienia. Papież stwierdza również, że obowiązek kontynuowania opieki intensywnej ma sens jedynie wówczas, gdy pozwala ona powrócić człowiekowi do życia osobowego. W sytuacji, gdy nadzwyczajne środki służą wyłącznie do utrzymania stanu wegetatywnego, to nie istnieje żadna moralna przesłanka do ich nieskończonego stosowania³⁷.

5. Argumenty za i przeciw legalizacji eutanazji

Kwestia legalizacji prawnej eutanazji wzbudzała i nadal wzbudza szereg kontrowersji. Eutanazji zdecydowanie sprzeciwił się Hipokrates, zwany ojcem medycyny. Zakaz ten został też później wzmocniony przez chrześcijaństwo. W świetle kodeksu etyki lekarskiej lekarzowi nie wolno stosować eutanazji ani też pomagać w popełnieniu samobójstwa (art. 31). I chociaż etyka zawodowa ma charakter normatywny, to jednakże nie zwalnia jej adresatów z respektu dla uniwersalnych, ogólnoludzkich norm moralnych. Przykładem tego są normy zawarte w Dekalogu.

Zwolennicy eutanazji twierdzą, iż jej praktykowania wymaga szacunek dla godności osoby ludzkiej. Godność stanowi bowiem nie tylko o wartości życia ludzkiego, ale też o wartości śmierci. Ich zdaniem nie można pod pozorem bezwzględnego szacunku dla życia zmuszać chorych do nieludzkich cierpień, poniżenia i samotności wśród aparatury medycznej. Jest to tym

³⁵ E. Brożyniak, op. cit., s. 89.

³⁶ M. Szeroczyńska, op. cit., s. 76.

³⁷ Ibidem, s. 78.

bardziej konieczne, że współczesna medycyna może przez bardzo długi czas przedłużać agonię³⁸.

Według jej zwolenników eutanazja po zalegalizowaniu nadal zostanie jedynie dobrowolnym aktem dokonywanym za zgodą lub na żądanie pacjenta. Będzie się to wiązało ze stworzeniem systemu realnych zabezpieczeń przed rozszerzeniem możliwości dokonywania zabiegów eutanatycznych wobec osób niezdolnych do wyrażania swojej woli. Zdaniem B. Wolniewicza, eutanazję należałoby zalegalizować, „bo to najbardziej rozumny i przyzwoity sposób kończenia własnego żywota, gdy ten żywot stał się udręką bez sensu i nadziei”.

Przeciwnicy wysuwają koronny argument, iż legalizacja eutanazji stanowi zagrożenie dla chorych, gdyż rodzi ryzyko wzmożonego stosowania takiego rozwiązania zarówno ze strony pacjentów, jak i lekarzy, a także może spowodować zaniechanie opieki nad potrzebującymi. To zamach na podstawowe prawo człowieka, jakim jest prawo do egzystencji. Przysługuje ono każdemu i na każdym etapie życia, w związku z tym ani lekarz, ani prawodawca nie mogą sobie rościć prawa do decydowania, kto i kiedy ma umrzeć. Nawet przy najlepszej kontroli społecznej ryzyko nadużyć jest tu niezmiernie wysokie. Sam umierający lub nieuleczalnie chory, gdy stanie się dla otoczenia ciężarem, może mieć odczucie, iż jest egoistą, zobowiązując zdrowych do poświęcania mu czasu ze względu na jego niedyspozycję³⁹.

Należy pamiętać o tym, że ciężko chory oprócz opieki medycznej potrzebuje przede wszystkim miłości, gorącego uczucia, którym powinni otaczać go jego bliscy, a także służba zdrowia. Pozostawienie człowieka chorego w samotności, zwłaszcza wtedy, gdy jest on bezradny, niewątpliwie zwiększa cierpienia i prowadzi w wielu wypadkach do śmierci. Do tego cierpienia automatycznie przyłączają się cierpienia osób najbliższych, które tracą bliskiego⁴⁰. A przecież dobra opieka paliatywna, obecność rodziny i przyjaciół mogą złagodzić ból fizyczny i psychiczny, a w konsekwencji odwrócić pacjentów od myśli o eutanazji.

Zdaniem przeciwników prawo, które pozwoli na eutanazję lub ją ułatwi, jest sprzeczne z dobrem jednostki i dobrem wspólnym, gdyż pociągnie za sobą dalszy rozkład humanizmu, osłabienie świadomości moralnej i prawnej, szacunku do życia zarówno własnego, jak i cudzego. Legalizacja eutanazji na życzenie sprzyjałaby też niebezpiecznej manipulacji chorymi⁴¹. J. Łuczak

³⁸ W. Bołoz, op. cit., s. 198–199.

³⁹ J. Dziedzic, *Eutanazja a religijność*, Wydawnictwo Papieskiej Akademii Teologicznej, Kraków 1999, s. 25.

⁴⁰ G. Retman, *Prawo karne wobec eutanazji na tle nauczania Ojca Świętego Jana Pawła II*, [w:] *Zagadnienia prawa karnego na tle nauczania Jana Pawła II*, red. A. Grześkowiak, Wydawnictwo KUL, Lublin 2006, s. 89.

⁴¹ *Ibidem*, s. 202.

uważa, że gdyby w Polsce zalegalizowano eutanazję, to przy niewydolnym systemie opieki zdrowotnej i ubezpieczeń nadużycia zdarzałyby się na znacznie większą skalę niż w Holandii⁴². Z badań przeprowadzonych w 2004 r. wynika, co piąty zgon w Holandii następował w wyniku interwencji lekarskiej, 81% lekarzy pierwszego kontaktu w tym kraju co najmniej raz dokonało eutanazji, natomiast 41% z nich uczyniło to bez zgody i wiedzy pacjenta⁴³.

Z chrześcijańskiego punktu widzenia eutanazja zasługuje na potępienie. Człowiekowi nie wolno niszczyć życia, które jest darem Boga. Eutanazję odrzucają też i inne religie. Koran stanowi, że władzę nad ludzkim życiem ma sprawować nie kto inny, jak Allah i stanowić surowe kary dla tych, którzy gwałcą tę zasadę świętości. Podobnie hinduizm formułuje jednoznacznie stanowisko: żadna forma eutanazji nie jest do pogodzenia ze świętymi księgami tej religii⁴⁴.

Podsumowanie

Eutanazja wciąż budzi emocje i zrozumiałe kontrowersje. Przeraza również fakt, że stopniowo w liberalnych społeczeństwach dochodzi do pewnego rodzaju banalizacji śmierci. Także w Polsce ponad połowa respondentów opowiada się za legalizacją eutanazji⁴⁵. Jednakże rozterki wewnętrzne wywołuje nie sam fakt śmierci, która jest nieunikniona, ale sposób uśmiercania. Owa „śmierć na życzenie” jest często przedstawiana jako akt humanitarny. Jej zwolennicy uważają, że bardziej ludzkie jest przyspieszyć śmierć nieuleczalnie chorego, niż pozwolić mu cierpieć. Zapominają jednak, że chorzy uwolnieni od bólu, otoczeni właściwą opieką nie chcą umierać. Nieugięta siła życia pozwala im niekiedy przetrwać kryzys zarówno fizyczny, jak i psychiczny.

⁴² M. Cieślik, G. Górny, op. cit.

⁴³ G. Górny, *Śmierć na życzenie?*, „Rzeczpospolita” 2004, nr 69.

⁴⁴ Ch. Bernard, *Godne życie – godna śmierć. Wybitny kardiolog o eutanazji i samobójstwie*, Jacek Santorski&Co, Wydawnictwo CIS, Warszawa 1996, s. 82.

⁴⁵ TNS OBOP – luty 2007.

Izabela Leśniak
Białystok

Problematyka poczytalności sprawców zabójstw dokonywanych z motywów seksualnych

Literatura przedmiotu poruszająca problematykę zabójstw dokonywanych z motywów seksualnych wiele uwagi poświęca zagadnieniu charakterystyki osobopoznawczej sprawcy tej kategorii przestępstw, a zwłaszcza psychologicznej sylwetce zabójcy, jego osobowości oraz kwestii poczytalności w chwili czynu. Bez wątpienia przeprowadzanie takich analiz może w znacznym stopniu usprawnić działalność wykrywczą, a zarazem umożliwić wypracowanie skutecznych metod profilaktycznych. Niebagatelną rolę w badaniu przestępczości odgrywa tzw. kierunek biologiczny, uwzględniający przede wszystkim osobowość sprawcy, cechy jego charakteru, genetyczne i antropologiczne podłoże przestępstwa oraz ewentualny wpływ zaburzeń zdrowia psychicznego¹.

Do podstawowych terminów współczesnej psychologii należą pojęcia: „charakter”, „temperament” oraz „osobowość”. Pojęcia te nie mają jednak ustalonego i powszechnie przyjętego znaczenia, co wynika z faktu, iż ich zakresy w pewnym sensie zdają się na siebie zachodzić. Dlatego też poszczególni autorzy podają odmienne definicje tych pojęć, jak również niekiedy posługują się nimi zamiennie.

T. Bilikiewicz przez termin „charakter” rozumie sumę określonych dyspozycji psychicznych, które determinują postępowanie człowieka. Chodzi tu przede wszystkim o „[...] pewne znamiona woli, pewne sposoby reagowania uczuciowego na określone bodźce lub sytuacje, szczególne zasady postępowania w życiu, opierające się na uczuciowości wyższej, z uwzględnieniem stanu hamulców rozumowych i uczuciowych, od których zależą postanowienia i działania”². Temperament tłumaczy jako „[...] zespół dyspozycji uczuciowych warunkujących sposób reagowania człowieka na wpływy zewnętrzne”³,

¹ R. Leśniak, A. Szymusik, *Uszkodzenia ośrodkowego układu nerwowego u przestępców seksualnych i zabójców*, „Zdrowie Psychiczne” 1970, nr 1-2, s. 100.

² T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, Warszawa 1973, s. 194.

³ Ibidem, s. 195.

które to cechy są częściowo wrodzone, jednakże w dużej mierze zależą od oddziaływań środowiskowych, a w szczególności od wychowania.

Pomimo tego, że pojęcie „osobowość” czy też „osobowość sprawcy przestępstwa” wchodzi w zakres psychologii, w nauce tej brakuje jednolitej, niebudzącej wątpliwości definicji tego terminu. Według T. Bilikiewicza osobowość „[...] nie jest strukturą stałą i niezmienną, gdyż kształtują ją w dużej mierze relacje międzyludzkie, w wyniku czego podlega ona nieustannemu rozwojowi w ciągu całego życia i zmienia się niekiedy skokami pod wpływem wstrząsającego oddziaływania środowiska”⁴. Bez wątpienia urazy psychiczne mają niebagatelny wpływ na zmianę trybu życia, sposób reagowania czy poglądy, dlatego też „[...] kształtowanie się osobowości zależy od nieustającej wymiany wpływów ze środowiskiem, którego osobowość jest nierozdzielny składnikiem”⁵. Z kolei L. Tyszkiewicz podaje definicję osobowości, przez którą można rozumieć „[...] pewne ustabilizowane właściwości psychiki, które determinują zachowanie, bądź też właściwości utrwalone przez zachowanie, które jest efektem przyjętego przez jednostkę stylu życia”⁶. Natomiast T. Rydzek ujmuje „osobowość” jako „[...] zorganizowaną strukturę cech indywidualnych i sposobów zachowania, które decydują o przystosowaniu danej jednostki do otoczenia”⁷. Tak szeroko pojmowana osobowość obejmuje wszystkie cechy charakteryzujące jednostkę oraz jej postępowanie, w szczególności motywy oraz tzw. reaktywność emocjonalną. Wydaje się, na tle przytoczonych definicji, że terminem najbardziej poprawnym w nauce kryminologii jest określenie „cechy osobopoznawcze sprawcy”, w którego zakres wchodzi te właściwości sprawcy, które pozwalają odróżnić go od innych jednostek ludzkich i pomóc w jego charakterystyce.

Niezrozumiałość oraz zawilość procesów motywacyjnych sprawców zabójstw o charakterze seksualnym jest przyczyną licznych wątpliwości co do tego, czy są to osobnicy zdrowi psychicznie, a więc poczytalni, czy też wręcz przeciwnie – są to ludzie chorzy psychicznie, czyli niepoczytalni. Z tych też względów ustalenie tej właśnie okoliczności ma decydujący wpływ na ocenę winy sprawców. Praktyka psychiatryczna pokazuje, że pojęcie tzw. normy psychicznej jest niezwykle trudne do zdefiniowania, jak również niemałe trudności powoduje dokładne ustalenie pojęcia zdrowia i choroby psychicznej. Uważa się powszechnie, że człowiek zdrowy psychicznie to ten, kto nie wykazuje objawów choroby psychicznej czy też cech niedorozwoju umysłowego.

⁴ Ibidem, s. 197.

⁵ Ibidem.

⁶ L. Tyszkiewicz, *Kryminogeneza w ujęciu kryminologii humanistycznej*, Katowice 1997, s. 38.

⁷ T. Rydzek, *Zabójstwa na tle seksualnym i ich sprawcy*, „Problemy Kryminalistyki” 1968, nr 73, s. 320.

Analiza większości zbrodni płciowych wykazuje, iż nie ma podstaw do uznania ich za chorobę psychiczną lub zaburzenie czynności psychicznych, które znosiłyby lub w znacznym stopniu ograniczały zdolność rozumienia znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem. Z uwagi na fakt, iż problematyka oceny poczytalności osób zbroczonych płciowo napotyka w praktyce na duże trudności, konieczne jest przeprowadzenie w każdym konkretnym przypadku drobiazgowej obserwacji klinicznej sprawcy zabójstwa, a także specjalistycznych badań pozwalających stwierdzić ewentualne zmiany lub uszkodzenia mózgu. Zauważyć należy, iż fakt dokonania zabójstwa seksualnie motywowanego nie musi być symptomem choroby psychicznej sprawcy, czego potwierdzeniem jest przypadek Petera Kürtena z Düsseldorfu, który w 1930 r. dopuścił się 9 morderstw z łubieżności. Pomimo przeprowadzonych dokładnych badań psychiatrycznych, nie stwierdzono u niego żadnych zaburzeń psychicznych i w konsekwencji orzeczono pełną poczytalność⁸.

Zagadnienie niepoczytalności uregulowane zostało w art. 31 § 1 k.k.⁹, według którego niepoczytalność oznacza brak możliwości rozpoznania znaczenia swego czynu lub pokierowania swym postępowaniem, który zachodzi w chwili czynu i spowodowany jest upośledzeniem umysłowym, chorobą psychiczną lub innym zakłóceniem czynności psychicznych. Natomiast § 2 tegoż artykułu normuje zagadnienie poczytalności ograniczonej w odniesieniu do sprawcy, którego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była w znacznym stopniu ograniczona. Niepoczytalność sprawców powinna być uwzględniana przez sądy w każdym wypadku orzekania, natomiast poczytalność ograniczoną w stopniu znacznym sądy mogą, ale nie muszą brać pod uwagę jako okoliczność łagodząca przy określaniu wymiaru kary.

Należy zaznaczyć, iż pojęcia choroby psychicznej oraz upośledzenia umysłowego nie są pojęciami ostrymi. Choroba psychiczna może mieć różne stadia nasilenia, a niekiedy również występują okresy całkowitej remisji, w których poczytalność nie jest wyłączona. Podobna sytuacja ma miejsce przy upośledzeniu umysłowym, bowiem poczytalność sprawcy nim dotkniętego jest uzależniona od stopnia upośledzenia¹⁰. Dlatego też kwestia poczytalności nie powinna powodować problemów w sytuacji, kiedy biegli psychiatrzy stwierdzą u sprawcy chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe w stopniu znacznym.

Najczęściej jednak sprawcy zabójstw o charakterze seksualnym należą do grupy osobników z pogranicza zdrowia i choroby psychicznej, u których stwierdza się charakteropatię, socjopatię, encefalopatię oraz psychopatię.

⁸ K. Imieliński, *Poczytalność osób zbroczonych płciowo*, „Nowe Prawo” 1962, nr 6, s. 819.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.).

¹⁰ Por. J. Gierowski, *Nie mówmy o sumieniu*, „Prawo i Życie” 1996, nr 14, s. 6; J. Płaskoń, *Powiem wam wszystko*, „Prawo i Życie” 1996, nr 15, s. 9–10; idem, *Rękopis znaleziony w celi*, „Prawo i Życie” 1996, nr 16, s. 9.

Charakter ma zasadniczy, choć nie wyłączny wpływ na zachowanie się człowieka, a co za tym idzie – na jego relacje ze społeczeństwem, zaś jego struktura obejmuje uczuciowość wyższą oraz funkcje woli i sferę popędów, przy czym należy zauważyć, że są to te same cechy psychiki, które podlegają zaburzeniom u psychopatów¹¹.

Charakter zdrowego człowieka jest kształtowany przez czynniki rodzinne, wychowawcze, społeczne oraz osoby, z którymi jednostka utrzymuje kontakty towarzyskie, jak również podlega zmianom pod wpływem chorób organicznych, a zwłaszcza chorób ośrodkowego układu nerwowego¹².

Termin „charakteropatia” został utworzony przez T. Bilikiewicza i oznacza „[...] zmiany charakteru, zaburzenia osobowości wskutek organicznych zmian w nerwowym układzie ośrodkowym, występuje w takich chorobach jak padaczka, miażdżycy, przewlekły alkoholizm”¹³. Niekiedy również szkodliwe czynniki działające na rozwijający się mózg płodu lub noworodka mogą spowodować charakteropatię. Zmiany charakteru powstałe w wyniku doznanych obrażeń mózgu mogą pojawić się u osób, których „[...] usposobienie, reakcje emocjonalne i sposób zachowania się przed doznany urazem nie budziły zastrzeżeń”¹⁴. Należy wspomnieć, iż charakteropatii może czasem towarzyszyć obniżenie poziomu intelektualnego.

Pojęcie „socjopatia” oznacza „[...] zaburzenie osobowości, polegające na nieprzystosowaniu się jednostki do życia w społeczeństwie, które może zostać spowodowane m.in. błędami wychowawczymi czy też zaniedbaniami środowiskowymi”¹⁵.

Termin „encefalopatia” oznacza „[...] zaburzenie lub upośledzenie czynności ośrodkowego układu nerwowego na podłożu uszkodzenia mózgu. Przyczyny tego uszkodzenia mogą być bardzo różne, również choroby somatyczne powodujące skurcze tętnic mózgu i znaczne niedotlenienie kory mózgowej”¹⁶. Dość często spotykanym w encefalopatii zespołem objawów jest tzw. zespół psychoorganiczny wyrażający się przede wszystkim „[...] obniżeniem inteligencji i krytycyzmu oraz zaburzeniami pamięci (szczególnie zmniejszeniem zdolności zapamiętywania) i chwiejnością uczuciową”¹⁷. U encefalopatów często występują nerwice oraz specyficzne zachowania, które w zasadzie eliminują możliwość rozpoznania znaczenia dokonywanych czynów oraz kierowania

¹¹ K. Spett, *Poczytalność psychopatów*, „Państwo i Prawo” 1967, nr 3, s. 465–474.

¹² K. Spett, *Poczytalność charakteropatów*, „Palestra” 1969, nr 5, s. 30–34.

¹³ *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1980, s. 110.

¹⁴ K. Spett, *Obrażenia czaszkowo-mózgowe a przestępczość*, „Problemy Kryminalistyki” 1959, nr 17, s. 37.

¹⁵ K. Spett, *Poczytalność charakteropatów...*, s. 689.

¹⁶ L.K. Paprzycki, *Wpływ stanu nietrzeźwości alkoholowej sprawcy na ocenę jego poczytalności w sprawach o umyślne pozbawienie życia człowieka*, „Problemy Praworządności” 1990, nr 1, s. 50.

¹⁷ J. Pionkowski, *Poczytalność encefalopatów*, „Zdrowie Psychiczne” 1970, nr 4, s. 41.

swoim postępowaniem. Jest to spowodowane ich zwiększoną wrażliwością na wszelkiego rodzaju ujemne bodźce.

Do ukształtowania się terminu „psychopatia” przyczynił się angielski lekarz i antropolog J.C. Prichard, który analizując przypadki określane przez niego jako *moral insanity* lub *moral imbecility*, zwrócił szczególną uwagę na patologiczny zanik uczuciowości wyższej. Pojęcie to upowszechnił natomiast niemiecki psychiatra J.L.A. Koch. Jednoznaczne zdefiniowanie psychopatii niesie ze sobą pewnego rodzaju trudności, co bez wątpienia wynika z dużego zróżnicowania ich form, a zarazem bogatej ich symptomatologii.

T. Bilikiewicz uważa, iż pod pojęciem psychopatii należy rozumieć „[...] wrodzone odchylenia struktury osobowości od przeciętnej miary, szczególnie w zakresie charakteru, włącznie z nieprawidłowościami życia uczuciowo–popędowego, uczuciowości wyższej, temperamentu, sposobu reagowania na bodźce oraz napędu psychoruchowego”¹⁸. Granica między cechami osób normalnych a cechami psychopatów jest w pewien szczególny sposób niedookreślona, bowiem „[...] psychopatia jest wytworem złożonych i słabo rozpoznawalnych wzajemnych oddziaływań czynników biologicznych i społecznych”¹⁹. Z tych też względów przyjmuje się, że określone cechy psychiki psychopatów wywołują „dysharmonię ich osobowości lub brak równowagi charakteru”²⁰. Według L. Uszkiewiczowej psychopatia jest „[...] nieprawidłowością osobowości, świadcząca o trudnościach psychopaty w przystosowaniu się do norm współżycia społecznego”²¹. Z kolei K. Dąbrowski uważa, iż psychopatia wynika z „[...] odchyień w sferze emocjonalnej przy zachowaniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu”²².

Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, iż psychopatia nie daje podstawy do przyjęcia niepoczytalności lub znacznie zmniejszonej poczytalności sprawcy zabójstwa seksualnie motywowanego, bowiem nie jest uważana za chorobę, lecz za stan psychiki polegający na nieprawidłowym rozwoju osobowości. W celu zobrazowania rozmiarów występowania tego rodzaju anomalii osobowości warto podać wyniki badań E. Kędry, według którego biegli psychiatrzy rozpoznali psychopatę u 53,6% sprawców²³.

J. Kozarska-Dworska uważa, iż podstawowe objawy tego zaburzenia osobowości wyrażają się „[...] w niedoborze wyższych uczuć, niedostatecznej pla-

¹⁸ T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, cz. V–VI, Warszawa 1989.

¹⁹ R.D. Hare, *Without Conscience*, Londyn – Boston 1993, s. 210.

²⁰ A. Malinowski, *Podstawowe zagadnienia w orzecznictwie sądowo-psychiatrycznym*, Warszawa 1961, s. 136.

²¹ L. Uszkiewiczowa, *Orzecznictwo sądowo-psychiatryczne w świetle 4200 ekspertyz szpitalnych*, „Archiwum Kryminologii” 1960, t. I, s. 298–310.

²² K. Dąbrowski, *Zdrowie psychiczne ludzi przeciętnych, wybitnych o ukształtowanej osobowości oraz problem psychopatii*, [w:] *Zdrowie psychiczne*, red. K. Dąbrowski, Warszawa 1985.

²³ R. Dolomierski, W. Sulestrowski, *Mord z lubieżności jako problem sądowo-psychiatryczny*, „Problemy Seksuologii” 1964, t. 2, s. 44.

styczności i elastyczności nastrojów oraz w głównie popędowym sposobie zaspokajania potrzeb²⁴. Według A. Malinowskiego psychopatia „[...] ukryta jest pod maską normalności, jest swoistego rodzaju anomalią psychiczną z różnorodnymi objawami, które trudno sprowadzić do wspólnego mianownika²⁵. Należy podkreślić, że osoba dotknięta ostrą formą psychopatii może sprawiać wrażenie człowieka zupełnie normalnego, ponieważ „[...] psychopaci nie robią wrażenia zdeorientowanych, nie tracą kontaktu z rzeczywistością, nie cierpią na urojenia, halucynacje czy zaburzenie nastroju typowe dla większości chorób umysłowych, myślą racjonalnie i są świadomi tego, co robią²⁶. Jednakże przy bliższym poznaniu sprawiają wrażenie osób zmiennych, co wynika z tego, iż nie mają stabilnego wyobrażenia o sobie, można by rzec, że „brak im wewnętrznego kompasu, który sterowałby ich postępowaniem²⁷.”

Należy zaznaczyć, iż psychopatia nie jest stanem pojawiającym się niespodziewanie dopiero w wieku dorosłym. Już w okresie dzieciństwa można rozpoznać osobnika, którego osobowość wykazuje cechy psychopatyczne. Dzieci z takimi predyspozycjami różnią się od rówieśników: są uparte, nieposłuszne, agresywne, trudniejsze w kontaktach, mniej podatne na wpływy, wagarują, uciekają z domu, dręczą lub zabijają zwierzęta²⁸. Wśród najczęściej wymienianych cech charakterystycznych dla dzieciństwa zabójców seksualnych – nazywanych „straszną triadą” lub „morderczym trójkątem” – są: nocne moczenie się, podpalenia będące przejawem fascynacji ogniem oraz znęcanie się nad zwierzętami. Np. Karol Kot z upodobaniem odwiedzał rzeźnię, gdzie przyglądał się ubojowi zwierząt. Co więcej, z przyjemnością pił ciepłą krew cieląt, świń czy ptaków²⁹. Badania przeprowadzane na sprawcach zabójstw o podłożu seksualnym wskazują, iż osobnicy ci dokładnie tak jak dręczyli i zabijali zwierzęta, zabijali swoje ofiary.

Według R.D. Hare’a zasadniczą cechą wyróżniającą osobnika o cechach psychopatycznych jest „całkowity brak poczucia winy, lojalności czy empatii³⁰”, co wynika z faktu, iż w zasadzie nie odczuwa on napięcia emocjonalnego związanego ze stresem czy lękiem. Wybuch agresji u psychopaty bardzo łatwo wyzwolić, jednakże przebiega ona bez pobudzenia emocjonalnego, jakiego doznają inni. Psychopata separuje się od otoczenia, żyje przede wszyst-

²⁴ J. Kozarska-Dworska, *Psychopatia jako problem kryminologiczny*, Warszawa 1977; Z. Rydyński, *Osobowość nieletniego przestępcy w świetle badań wielospecjalistycznych*, „Przebieg Penitencjarny” 1971, nr 2.

²⁵ A. Malinowski, op. cit., s. 136.

²⁶ A. Moir, D. Jessel, *Zbrodnia rodzi się w mózgu. Zagadka biologicznych uwarunkowań przestępczości*, Warszawa 1998, s. 156.

²⁷ J.H. Turner, *Socjologia. Koncepcje i ich zastosowanie*, Poznań 1998, s. 86; cyt. za: G. Victor, M.L. Schwalbe, *Beyond the Looking Glass Self: Social Structure and Efficacy – Based Self – Esteem*, „Social Psychology Quarterly” 1983, s. 46, 77–78.

²⁸ A. Moir, D. Jessel, op. cit., s. 160 i 161.

²⁹ J. Stukan, *Seryjni mordercy*, Kraków 2001, s. 235.

³⁰ R.D. Hare, op. cit., s. 68.

kim w odizolowanym świecie własnych urojeń. Występuje u niego pewnego rodzaju dwoistość uczuć objawiająca się w tym, że osobnik ten równocześnie kogoś kocha i nienawidzi. Jego nastrój waha się „od oschłej obojętności do gniewnej nadwrażliwości”³¹.

A. Moir i D. Jessel w pracy *Zbrodnia rodzi się w mózgu. Zagadka biologicznych uwarunkowań przestępczości* wskazują na fakt, że badania tomograficzne mózgu przeprowadzane u przestępców o skłonnościach sadystycznych pozwoliły stwierdzić u pewnej liczby sprawców odchylenia od normy występujące w lewym płacie skroniowym w tzw. ośrodkach seksu, a także w prawym płacie w obszarze kontrolującym agresję (bywa on uszkodzony np. u epileptyków). Z zapisów EEG wynika, że skrajna agresja na tle seksualnym jest rezultatem uszkodzenia prawego płata skroniowego. Oprócz znacznych anomalii w prawym płacie mózgu u pewnej liczby badanych wykryto nieprawidłowości w tzw. ciele migdałowym³². Przeprowadzone jednocześnie badania przestępców przy użyciu elektroencefalografów wykazały nieprawidłowości w przewodnictwie występujących w mózgu tzw. fal theta oraz fal alfa, które mają bezpośredni związek z podatnością mózgu na pobudzenie, a tym samym ze wzmożoną agresją³³. Im wyższa aktywność fal theta w korze mózgowej, tym trudniej pobudzić mózg. Fale alfa mają natomiast związek z poziomem testosteronu, ponieważ wysoki poziom tego hormonu idzie w parze z niską aktywnością alfa, a ta z kolei z niską pobudliwością mózgu. Ponadto u zabójców stwierdza się niski poziom serotoniny, co powoduje nieprawidłowe działanie ośrodków mózgu oraz pobudza do działań o brutalnym i agresywnym charakterze³⁴. Serotonina (5-hydroktryptamina) należy do głównych substancji przekazywających kontrolujących emocje i popędy, a jednocześnie ma wpływ na powstawanie głodu, niepokoju, depresji, wrażliwość na ból, czy agresji. Dlatego niedobór tego hormonu może być przyczyną skłonności do niekontrolowanych reakcji na bodźce pochodzące z otoczenia. Na potwierdzenie tezy, że płęć męska jest z natury bardziej agresywna niż żeńska, A. Moir i D. Jessel podają, iż poziom serotoniny u mężczyzn wynosi przeciętnie mniej niż 52% jej poziomu u kobiet³⁵.

Przyczyną popełnienia zabójstwa o seksualnym charakterze może być również wystąpienie u sprawcy afektu fizjologicznego oraz afektu patologicznego. Pierwszy może wystąpić u każdego człowieka w wyniku odpowiednio silnych bodźców pobudzających emocje. Zdaniem T. Imielińskiego „[...] bardzo silne pobudzenie seksualne (szczególnie orgazm) i związane z tym krótkotrwałe zaburzenia świadomości mogą powodować zniesienie hamulców etycz-

³¹ K. Spett, *Zabójstwo z łubieżności*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 12, s. 611.

³² A. Moir, D. Jessel, op. cit., s. 237.

³³ Ibidem, s. 79.

³⁴ Ibidem, s. 237.

³⁵ Ibidem, s. 67.

nych i estetycznych, brak reakcji na zmiany w otoczeniu, zaburzenia pamięci, a nawet działanie uszkadzające partnera”³⁶. Natomiast drugi rodzaj afektu może wystąpić jedynie u osób mających specyficzne uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego, przy czym zaburzenie świadomości oraz reakcje układu wegetatywnego są zbliżone jak w afekcie fizjologicznym³⁷.

Podsumowując należy stwierdzić, iż ocena poczytalności sprawców zabójstw jest niesłychanie trudna. W literaturze przedmiotu można w tej materii wyróżnić trzy zasadnicze grupy poglądów. I tak, jedni autorzy uznają sprawców tej kategorii zabójstw za zawsze lub przeważnie niepoczytalnych. Inni uważają ich za osobników o poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym. Pozostali natomiast autorzy wyrażają opinię, że sprawcy ci są z reguły poczytalni i powinni odpowiadać tak, jak każdy przeciętny człowiek. Ponadto zdaniem niektórych autorów resocjalizacja osobników o psychopatycznej osobowości nie ma większego wpływu na ich antyspołeczne zachowania, wywołuje natomiast w psychice tych osób wyłącznie chęć zemsty. Dopóki nie zostanie gruntownie wyjaśniona etiologia psychopatii, niezwykle trudne będzie stwierdzenie, który z trzech powyżej wymienionych poglądów jest słuszny.

* * *

Wśród sprawców zabójstw dokonywanych z motywów seksualnych niewielki odsetek stanowią osobnicy w pełni zdrowi, bowiem większość dotknięta jest różnorodnymi anomaliami psychicznymi i znajduje się na pograniczu zdrowia psychicznego. Biegli w wydawanych opiniach sądowo-psychiatrycznych stwierdzali u badanych występowanie chorób psychicznych (najczęściej schizofrenii), upośledzenia psychicznego o różnym stopniu nasilenia, charakteropatii, socjopatii, encefalopatii oraz psychopatii. O ile w odniesieniu do chorób psychicznych czy upośledzenia umysłowego sądy nie mają problemu z rozstrzygnięciem w kwestii braku poczytalności czy jej ograniczenia, o tyle w odniesieniu do pozostałych anomalii psychicznych pojawiają się pewne trudności. Wprawdzie stwierdzenie niepoczytalności czy poczytalności ograniczonej leży w gestii sądu, niemniej jednak sądy korzystają w tym zakresie z pomocy biegłych psychiatrów. A zatem rozstrzygnięcie problemu niepoczytalności jest w zasadzie uwarunkowane orzecznictwem psychiatrycznym. Jak dotąd nie wypracowano jednolitego stanowiska wśród specjalistów z zakresu psychologii i psychiatrii w kwestii oceny stanu poczytalności zabójców o psychopatycznych cechach osobowości. Jedni uznają ich za osobników zawsze i całkowicie niepoczytalnych, inni za częściowo niepoczytalnych, a inni jeszcze za osoby w pełni świadome popełnionych czynów, które powinny ponosić odpowiedzialność karną jak zwykli ludzie.

³⁶ T. Imieliński, *Seksuologia – zarys encyklopedyczny*, Warszawa 1985, s. 8.

³⁷ *Ibidem*.

Ryszard Mochocki
Warszawa

Przestępstwo zabójstwa na przykładzie województwa świętokrzyskiego w latach 1999–2005

1. Uwagi wstępne

Obserwowane od początku lat 90. zmiany dynamiki i struktury przestępczości, w znacznej mierze stanowiące uboczny skutek zachodzącej w naszym kraju transformacji społeczno-ustrojowej, wskazują na nasilenie się niebezpiecznego zjawiska brutalizacji życia społecznego. Wyrazem tej tendencji jest znaczny wzrost przestępczości, zwłaszcza tej, u podłoża której leży przemoc. Utrzymuje się wysoka liczba przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, w tym zabójstw. Zmieniają się formy i brutalizują sposoby ich dokonywania np. zabójstwa przy użyciu broni palnej, ładunków wybuchowych, wykonywane na zlecenie, w wyniku porachunków grup przestępczych itp.

Każdy przypadek zabójstwa porusza opinię społeczną, która żywo interesuje się zarówno okolicznościami przestępstwa, jak i wynikami śledztwa.

Mając na względzie konieczność doskonalenia metod wykrywczych, zaprezentowano wyniki przeprowadzonych badań¹, które można skutecznie wykorzystać w procesie dowodowym, jak również w zapobieganiu zabójstwom.

2. Okoliczności modalne czynów zabójstwa

Sposoby dokonywania zabójstw (technika wykonania czynności zabijania) mogą być bardzo różne. Niektóre występują od zarania ludzkości (np. uderzenie ostrym lub tępym narzędziem, utopienie, uduszenie, spalenie), inne zaś pojawiły się na pewnym etapie rozwoju społecznego

¹ Badanie przeprowadzone na próbie 175 spraw karnych z terenu woj. świętokrzyskiego. Wszystkie sprawy dotyczą zabójstw usiłowanych i dokonanych w latach 1999–2005.

(np. zastrzelenie, otrucie, porażenie prądem elektrycznym, najechanie pojazdem mechanicznym). Należy się spodziewać, że mogą pojawić się również takie sposoby zabójstw, których jeszcze kryminalistyka ani medycyna sądowa nie znają².

B. Łukomski wymienia następujące sposoby zabijania: otrucie, zadanie ran ciętych, zadanie ran kłutych, zadanie ran tłuczonych, zastrzelenie, uduszenie, powieszenie, zadławienie, utopienie, zamorzenie głodem³.

W. Gutekunst podaje, że czynność zabijania bywa realizowana w sposób następujący⁴:

- a) zastrzelenie
- b) zadanie ciosów narzędziem ostrym (cięcie, kłucie, rąbanie),
- c) zadanie razów tępych (ręką uzbrojoną lub nieuzbrojoną, zrzućenie z wysokości, przejechanie),
- d) uduszenie (zagardlenie, tzn. powieszenie, zadziergnięcie lub zadławienie, uduszenie przez zatkanie otworów i dróg oddechowych albo unieruchomienie klatki piersiowej bądź utopienie),
- e) zatrucie,
- f) działanie wysokiej lub niskiej temperatury,
- g) działanie energii elektrycznej.

Nie są to wszystkie sposoby. Ostatnio w celu zabójstwa bywają używane różnego rodzaju materiały wybuchowe podkładane w różnych miejscach (np. samochody), a także mikroorganizmy chorobotwórcze, lasery, substancje radioaktywne itp. Tak więc możliwości techniczne dokonania zabójstwa są bardzo szerokie i różnorodne⁵.

W sprawach objętych badaniami aktowymi kwestia sposobu dokonania lub usiłowania popełnienia zabójstwa przedstawia się następująco:

- w 95 przypadkach (54,3%) czyny te popełniano przy użyciu ostrych narzędzi, zadając różne rany cięte, kłute lub rąbane;
- w 39 przypadkach (22,3%) czynów tych dopuszczono się przez zadanie urazów tępych;
 - w 18 przypadkach (10,3%) czyny te popełniono przez zastrzelenie;
 - w 14 przypadkach (8%) przez uduszenie;
 - w 5 przypadkach (2,9%) przez podpalenie;
 - w 1 przypadku (0,6%) przez utopienie;
 - w 1 przypadku (0,6%) przez zatrucie.

² S. Pikulski, *Zabójstwo z zazdrości*, Warszawa 1990, s. 109.

³ B. Łukomski, *Służba śledcza i taktyka kryminalna*, Lwów 1924, s. 74–81.

⁴ O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, [w:] *Prawo karne. Część szczególna*, red. W. Świda, Wrocław – Warszawa 1980, s. 119.

⁵ Por. K. Chodkiewicz, *Technika i taktyka kryminalna*, Przemyśl 1931, s. 213; Z. Trzciniński, *Niebezpieczne narzędzie w świetle badań empirycznych*, Warszawa 1980, s. 17.

Zaprezentowane wyniki badań potwierdzają ustalenia B. Hołysta, iż najczęściej zabójstwa są popełniane przy użyciu narzędzi ostrych (44,5%) oraz narzędzi tępych (37,6%)⁶. Z badań S. Pikulskiego wynika, że zabójstw z zazdrości dokonano przy użyciu narzędzi ostrych (50,6%) oraz przez zadanie urazów tępych (26,5%)⁷. J. Janica, T. Dopierała, T. Józwick i J. Załuski, badając różne aspekty zabójstw, ustalili, że najczęstszymi sposobami pozbawienia życia ofiary były jednak urazy zadane narzędziem twardym, tępokrawędzistym (kamień, kij, sztacheta) i kończysto-tnącym (nożem)⁸.

Należy podkreślić, że w sprawach, które objęto badaniami aktowymi, najczęściej zabójstw popełniono przez zadanie ran ciętych, kłutych lub rąbanych oraz urazów tępych, a także zastrzelenie i uduszenie. Te sposoby działania obejmują 94,9% zabójstw, przy czym sposób pierwszy wyraźnie dominuje.

3. Narzędzia działania sprawców zabójstw

Rodzaj użytego narzędzia charakteryzuje sposób popełniania danego zabójstwa. Narzędziem może być każdy zastosowany środek do wywołania skutku śmiertelnego. Mogą to być różnego rodzaju przedmioty pochodzenia naturalnego lub technicznego, a nawet substancje ciekłe, gazowe, energia elektryczna, jądrowa, jak również lasery⁹.

Wyniki badań aktowych spraw o zabójstwa wskazują, że sprawcy dopuścili się tych czynów przy użyciu:

- noża w 81 przypadkach (46,3%);
- siekiery (toporek, tasak) w 14 (8%);
- łomu (rurki metalowej) lub innego ciężkiego narzędzia w 11 (6,3%);
- broni palnej w 18 (10,3%);
- kłody drewnianej lub drążka drewnianego w 7 (4%);
- młotka w 4 (2,3%);
- łopaty w 1 (0,6%);
- trucizny w 1 (0,6%);
- innych narzędzi (sznury, garderoba, poduszki, taśmy) w 11 (6,3%);
- w pozostałych 27 czynach (15,4%) sprawcy działali bez narzędzi.

⁶ B. Hołyst, *Zabójstwo. Studium kryminalistyczne i kryminologiczne*, Warszawa 1970, s. 110.

⁷ S. Pikulski, op. cit., s. 112.

⁸ J. Janica, T. Dopierała, T. Józwick, J. Załuski, *Sądowo-lekarskie i wiktomologiczne aspekty zabójstw na podstawie danych Zakładu Medycyny Sądowej AM w Białymstoku z lat 1955–1981*, „Problemy Kryminalistyki” 1983, nr 161, s. 461.

⁹ S. Pikulski, op. cit., s. 114.

Należy zauważyć, że na nóż jako narzędzie, którym najczęściej popełniane są zabójstwa z zazdrości (41,9%), wskazał S. Pikulski. Z jego badań wynika, że w drugiej kolejności używane do zabójstw są siekiera (8,7%) oraz młotek (8,1%)¹⁰. Do podobnego wniosku doszedł również w swych badaniach B. Hołyst, który stwierdził, iż zazwyczaj zabójstwa popełniane są za pomocą narzędzi ostrych (37,9%), wśród których dominują nóż (23,9%) i siekiera (14,0%)¹¹.

Należy podkreślić, że w sprawach o zabójstwa, które zostały objęte prezentowanymi w niniejszym artykule badaniami, noża najczęściej używali sprawcy zamieszkali w blokach wielorodzinnych w miastach, w większości kobiety.

S. Pikulski wysuwa następujące wnioski: „Wydaje się, że tak częste używanie noża do dokonywania zabójstw wynika z tego, iż jest to narzędzie najczęściej w życiu spotykane, znajduje się w każdym mieszkaniu, jest zawsze »pod ręką« oraz jest łatwe w użyciu i skuteczne w działaniu. Odnosi się to szczególnie do zabójstw z zazdrości, gdzie w znakomitej większości do popełnienia tych czynów dochodzi w mieszkaniu”¹². Siekiery natomiast używano podczas zabójstw dokonanych na wsi. Dotyczy to przypadków zabójstw na tle nieporozumień rodzinnych, jak również o innym motywie, np. podczas libacji alkoholowych.

Należy podkreślić, że sposób działania sprawcy zabójstwa i użyte przez niego narzędzia są obojętne dla samego przestępstwa. Mają natomiast wpływ na wymiar kary i ewentualne zastosowanie innych środków reakcji karnej, a także na przebieg procesu wykrywczego i dowodowego¹³.

4. Czas popełnienia zabójstw

Wielu autorów podejmuje próbę wysunięcia ogólniejszych wniosków co do proporcji nasilenia zabójstw w poszczególnych miesiącach¹⁴. P. Horoszowski twierdzi, że zabójstwa z afektu zdarzają się częściej w cieplejszej porze roku niż w miesiącach chłodniejszych¹⁵. Z ustaleń B. Hołysta wynika, że najwięcej zabójstw popełnianych jest w miesiącach: wrześniu, sierpniu, lutym i marcu oraz czerwcu i lipcu¹⁶. Natomiast S. Pikulski stwierdził, że

¹⁰ Por. S. Pikulski, op. cit., s. 116.

¹¹ B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 108, oraz idem, *Przestępczość w Polsce. Studium kryminologiczne*, Warszawa 1977, s. 40.

¹² S. Pikulski, op. cit., s. 117.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Por. B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 103.

¹⁵ P. Horoszowski, *Zabójstwo z afektu*, Warszawa 1947, s. 103.

¹⁶ B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 105.

największe nasilenie zabójstw z zazdrości wystąpiło w czerwcu, lipcu, sierpniu i wrześniu, a także w grudniu¹⁷.

Na podstawie prowadzonych badań aktowych można wyciągnąć pewne wnioski co do częstotliwości zabójstw w poszczególnych miesiącach (zob. tabela 1).

Tabela 1

Nasilenie zabójstw w poszczególnych miesiącach

Miesiąc	Liczba przestępstw	Procent
Styczeń	9	5,1
Luty	11	6,8
Marzec	15	8,6
Kwiecień	19	10,9
Maj	21	12,0
Czerwiec	18	10,3
Lipiec	16	9,2
Sierpień	12	6,8
Wrzesień	15	8,6
Październik	9	5,1
Listopad	12	6,8
Grudzień	18	10,3
Razem	175	100,0

Z zestawienia wynika, że największe nasilenie zabójstw nastąpiło w maju, kwietniu, czerwcu, lipcu, a także grudniu. Wydaje się, że miesiące wiosenne i letnie są okresem częstych spotkań towarzyskich (ogniska, grille itp.), na których spożywa się alkohol i często dochodzi do różnych nieporozumień, zatargów, awantur, a w efekcie kończą się one czasami zabójstwem. Według S. Pikulskiego miesiące letnie sprzyjają także powstawaniu sytuacji podejrzliwości i zazdrości o partnera, co mogą zaowocować pozbawieniem życia¹⁸.

Należy zauważyć, że grudzień i kwiecień to okres świąt Bożego Narodzenia i Wielkiejnocy, co zgodnie z polską tradycją jest okazją do spotkań rodzinnych i towarzyskich, organizowania zabaw i wesel. Spożywa się wówczas

¹⁷ S. Pikulski, op. cit., s. 122.

¹⁸ Ibidem.

duże ilości alkoholu, a to może prowadzić do kłótni wynikających z nieporozumień rodzinnych i różnorodnych zaszłości. Okres świąt to też czas, w którym nawet osoby ze środowisk patologicznych posiadają środki na zakup alkoholu i urządzenie libacji prowadzących często do bójek i pobić ze skutkiem śmiertelnym lub do porachunków przestępczych.

Pomimo że wielu badaczy wskazuje miesiące letnie jako porę roku o największym nasileniu zabójstw¹⁹, to stosunkowo dużo tego typu czynów popełnionych zimą skłania do twierdzenia, że pora roku w wielu przypadkach nie ma decydującego znaczenia²⁰.

Warto również przeanalizować tygodniowy i dobowy rytm popełnienia zabójstw. Należy przypomnieć, że często z różnych powodów nie można ustalić dokładnego czasu popełnienia danego czynu²¹. W sprawach objętych badaniami aktowymi nie napotkano większych trudności w dokładnym ustaleniu dnia tygodnia i pory, w jakiej doszło do zabójstwa (zob. tabela 2).

Tabela 2

Tygodniowy rytm zabójstw

Dzień tygodnia	Liczba zabójstw	Procent
Poniedziałek	27	15,4
Wtorek	20	11,4
Środa	17	9,6
Czwartek	20	11,4
Piątek	26	15,1
Sobota	30	17,1
Niedziela	35	20,0
Razem	175	100,0

Z powyższego zestawienia wynika, że najwięcej zabójstw popełniono w niedzielę – 35 przypadków (20%), następnym dniem jest sobota – 30 czynów (17,1%), kolejne dni to poniedziałek z 27 przypadkami (15,4%) oraz piątek z 26 przypadkami (15,1%).

P. Horoszowski²² i B. Hołyst²³ również wskazują niedzielę, sobotę i poniedziałek jako dni, w których zabójstwa były szczególnie nasilone. Nato-

¹⁹ Por. P. Horoszowski, op. cit., s. 103; B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 105; J. Janica, T. Dopierała, T. Józwick, J. Załuski, op. cit., s. 460.

²⁰ T. Hanausek, J. Leszczyński, *Kryminologiczne i kryminalistyczne problemy zabójstw w lubieżności*, ABC, Warszawa 1995, s. 115.

²¹ Por. ibidem, s. 114.

²² P. Horoszowski, op. cit., s. 105.

²³ B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 107.

miast w badaniach S. Pikulskiego²⁴ i H. Harlana²⁵ to sobota, a następnie niedziela i piątek były dniami krytycznymi.

Tabela 3

Dobowy rytm zabójstw

Pora dnia	Liczba zabójstw	Procent
Od godz. 6.00 do 14.00	29	16,7
Od godz. 14.00 do 22.00	90	51,3
Od godz. 22.00 do 6.00	56	32,0
Razem	175	100,0

Powyższe ustalenia wykazują, że największe nasilenie zabójstw w rytmie dobowym przypada na godziny popołudniowe i wieczorne, tj. od godz. 14.00 do 22.00. Z dokładniejszych obliczeń wynika, że aż 93% z tej liczby zabójstw dokonano w godz. 17.00–20.00.

Badania B. Hołysta wskazują, że najczęściej zabójstw przypada na czas od godz. 18.00 do 24.00²⁶. S. Kończyk i M. Sałaga ustalili, że najczęściej zabójstw na tle rabunkowym jest popełnianych między godz. 16.00 a 24.00²⁷. J. Leszczyński stwierdził natomiast, że szczególne nasilenie działań przestępczych ma miejsce w nocy w godz. 21.00–24.00 (36%)²⁸.

5. Miejsca popełniania zabójstw

B. Hołyst zauważa: „Nieco więcej zabójstw odnotowuje się na terenie miast. W latach 1962–1969 przeciętnie 54 z każdych 100 stwierdzonych zabójstw popełniono na terenie miast. W okresie 1970–1973 zabójstwa w miastach stanowiły średnio 61,0%”²⁹. Do podobnych wyników doszedł również S. Pikulski, który ustalił, że 66,3% zabójstw z zazdrości popełniono w miastach, natomiast 33,7% na wsiach³⁰. J. Janica, T. Dopierała, T. Józwik i J. Załuski odnotowali niewielką przewagę zabójstw dokonanych w miastach

²⁴ S. Pikulski, op. cit., s. 125.

²⁵ H. Harlan, *Fire Hundred Homicides*, „The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science” 1950, nr 6.

²⁶ B. Hołyst, *Zabójstwo...*, s. 107.

²⁷ S. Kończyk, M. Sałaga, *Zabójstwo na tle rabunkowym*, Warszawa 1979, s. 12.

²⁸ T. Hanusek, J. Leszczyński, op. cit., s. 115.

²⁹ B. Hołyst, *Przestępczość w Polsce...*, s. 39.

³⁰ S. Pikulski, op. cit., s. 127.

nad zabójstwami popełnionymi na terenach wiejskich³¹. Zbliżone wyniki podaje J. Leszczyński: 55% – miasto i 45% – wieś³².

W świetle przeprowadzonych badań akt spraw sądowych na 175 przypadków zabójstw odnotowanych w latach 1999–2005 na terenie województwa świętokrzyskiego 108 czynów (61,7%) popełniono w miastach, a 67 czynów (38,3%) na wsiach.

Ciekawe wydaje się również zwrócenie uwagi na miejsce popełnienia zabójstw. W świetle badań P. Horoszowskiego w lokalach zamkniętych ogółem popełniono 41,5% zabójstw z afektu, a na wolnym powietrzu 58,5 %³³. Z ustaleń B. Hołysta wynika, że w miejscach zamkniętych ogółem popełniono 63,1% zabójstw, w tym w pomieszczeniach mieszkalnych 50,4%, a w terenie otwartym – 34,3% tych czynów³⁴. Do podobnych wniosków dochodzi także Z. Trzeciński, który wymienia mieszkanie prywatne jako miejsce o największej częstotliwości zabójstw³⁵. Natomiast S. Pikulski stwierdza, że w miejscach zamkniętych popełniono 78,2% zabójstw z zazdrości, w tym w mieszkaniach 59%, a w terenie otwartym – 21,8%³⁶.

Ustalenia te znajdują pełne potwierdzenie w wynikach badań prezentowanych w niniejszej pracy: w miejscach zamkniętych dokonano 126 zabójstw (72%), w tym 98 w pomieszczeniach mieszkalnych (56%), a w terenie otwartym 49 tego typu czynów (28%).

Tak więc większość autorów, poza P. Horoszowskim, wskazuje na pomieszczenia mieszkalne jako najczęstsze miejsca popełniania zabójstw.

Wnioski

Na podstawie przeprowadzonej analizy akt sądowych 175 zabójstw usiłowanych i dokonanych na terenie województwa świętokrzyskiego w latach 1999–2005 można stwierdzić, że:

1. Najwięcej zabójstw popełniono przez zadawanie ran ciętych, kłutych i rąbanych przy pomocy narzędzi ostrych (54,3 %).
2. 94% zabójstw popełniono przy użyciu narzędzi ostrych, zadanie urazów narzędziem tępym oraz uduszenie i zastrzelenie.
3. Do dokonania zabójstw sprawcy najczęściej używali noża (46,3%) oraz siekiery (8%). Nóża najczęściej używali sprawcy zamieszkali w miastach w blokach wielorodzinnych, w większości kobiety.

³¹ J. Janica, T. Dopierała, T. Józwiak, J. Załuski, op. cit., s. 464.

³² T. Hanausek, J. Leszczyński, op. cit., s. 113.

³³ P. Horoszowski, op. cit., s. 101.

³⁴ B. Hołyst, *Przestępczość w Polsce...*, s. 40.

³⁵ T. Trzeciński, *Niebezpieczne narzędzie w świetle badań empirycznych*, Warszawa 1980.

³⁶ S. Pikulski, op. cit., s. 128 i n.

4. Największe nasilenie zabójstw nastąpiło w maju, kwietniu, czerwcu, ale także w grudniu. Można wyciągnąć wnioski, że ani pora roku, ani też warunki atmosferyczne nie odgrywają zasadniczej roli w dokonywaniu tych przestępstw.

5. Najwięcej zabójstw popełniono w niedzielę (20%). Największe nasilenie zabójstw w rytmie dobowym przypada na godziny popołudniowe i wieczorne, a większość w godz. 17.00–22.00.

6. Prawie 3/4 zabójstw dokonano w miejscach zamkniętych w tym w pomieszczeniach mieszkalnych (56%) a w terenie otwartym (28%).

Maciej Nawacki
Olsztyn

Karalność gier na automatach

Przepisami Kodeksu karnego skarbowego¹ zasadniczo udzielana jest ochrona prawnokarna interesom fiskalnym i majątkowym państwa. Rozdział 9, zatytułowany *Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier losowych, zakładów wzajemnych, gier na automatach i gier na automatach o niskich wygranych*, zawiera jednakże przepisy, gdzie na równi z interesem fiskalnym przedmiotem ochrony jest moralność publiczna, przepisy te bowiem penalizują zachowania godzące w zasady organizacji hazardu. Szeroki zakres ingerencji w swobodę działalności gospodarczej, uzasadniony degradującym i uzależniającym charakterem hazardu², rodzi wątpliwości interpretacyjne, w szczególności w odniesieniu do penalizacji organizacji gier na automatach i gier na automatach o niskich wygranych (art. 107 § 1, 3 i 4 k.k.s.) oraz uczestnictwa w tych grach (art. 109 k.k.s.). Problemy sprawia rozróżnienie zachowań indyferentnych z punktu widzenia prawa karnego skarbowego między Nielimitowaną rozrywką a reglamentowanymi grami na automatach. Wyrazem tych problemów są orzeczenia Sądu Najwyższego³, Naczelnego Sądu Administracyjnego⁴, a także Trybunału Konstytucyjnego⁵, w których przedstawiono wykładnię pojęcia „wygrana rzeczowa” jako elementu składającego się na pojęcie „gra na automacie”, istotne dla delimitacji zachowań penalizowanych od obojętnych dla prawa karnego skarbowego.

Szczególnie szeroko przedstawiono wykładnię pojęcia gry na automacie i pojęcia wygranej rzeczowej w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca

¹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (dalej: k.k.s.) (Dz. U. nr 83, poz. 930 ze zm.).

² Penalizacja zachowań godzących w zasady organizacji hazardu na automatach znajduje również uzasadnienie w szerokiej możliwości wykorzystania przez przestępczość zorganizowaną automatów do gier w procederze prania brudnych pieniędzy. Patrz B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2004, s. 382, 385 i nast.

³ Uchwała z dnia 24 listopada 1999 r., sygn. I KZP 39/99, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 9.

⁴ Wyrok z dnia 3 kwietnia 2003 r., sygn. II SA 2737/2001, LexPolonica nr 361160; wyrok z dnia 6 września 2000 r., sygn. II SA 1779/99, ONSA 2001, nr 4, poz. 180.

⁵ Wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. P. 15/2002, OTK ZU 2005, nr 1A, poz. 4.

2007 r.⁶ W uchwale tej rozszerzono wcześniejsze stanowisko, iż wygraną rzeczową w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych⁷ jest nie tylko uzyskanie własności rzeczy, lecz również nabycie uprawnienia do korzystania z rzeczy na podstawie innego tytułu prawnego, stwierdzając, iż „wygraną rzeczową w rozumieniu ustawy [...] mogą być również punkty [...] uzyskane w trakcie gry na automacie, pod warunkiem, iż ich pozyskanie przez gracza wiąże się z uzyskaniem przezeń wymiernej korzyści materialnej, choćby ta była niższa od uiszczonej stawki za grę”. Z tezą wyrażoną w uchwale z przyczyn opisanych niżej nie sposób się jednakże zgodzić. Teza tej uchwały jest sprzeczna z treścią art. 10 ust. 1 ustawy o grach i zakładach wzajemnych, zgodnie z którym wartość wygranej w grze na automacie nie może być niższa od ceny losu lub innego dowodu udziału w grze albo kwoty wpłaconej stawki.

Przedmiotowa praca przedstawia podnoszone w orzecznictwie i doktrynie problemy związane z wykładnią pojęcia „gra na automacie”, stanowi próbę rozróżnienia zachowań podlegających penalizacji od indyferentnych z punktu widzenia prawa karnego skarbowego, a także próbę rozróżnienia gier na automatach *sensu stricto* od zwykłych zabaw urządzanych na automatach *sensu largo*, tj. na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych pozbawionych funkcji wypłaty nagród rzeczowych i pieniężnych.

Cechy istotne umowy o grę na automacie

Punktem wyjścia rozważań jest ustalenie istotnych cech umowy gry na automacie (*essentialia negotii*), tj. cech odróżniających ją od innych umów, w tym od umów o gry na urządzeniach, umów, które nie są przedmiotem regulacji kodeksu karnego skarbowego i ustawy o grach i zakładach wzajemnych. Art. 107 k.k.s. i art. 109 k.k.s. penalizują bowiem organizację i uczestnictwo w grach na automatach, strony umów o gry na automatach są sprawcami czynów zabronionych określonych tymi przepisami. Kodeks karny skarbowy nie definiuje jednakże powołanego w art. 107, 109 i 110 pojęcia gry na automacie, w art. 53 § 35 zawiera jedynie odesłanie w celu ustalenia znaczenia tego pojęcia do treści ustawy o grach i zakładach wzajemnych, regulującej również zasady prowadzenia działalności polegającej na urządzeniu i prowadzeniu gier na automatach, a przez to istotne cechy umowy o grę na automacie. Organizatorzy i uczestnicy innych gier na urządzeniach me-

⁶ Uchwała z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 14/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 54

⁷ Ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (tekst jedn. Dz. U. z 2004 r., nr 4, poz. 27 ze zm.).

chanicznych, elektronicznych, elektromechanicznych, w tym szeroko rozpowszechnionych gier komputerowych i gier na konsolach pozostają poza kręgiem zainteresowania prawa karnego skarbowego.

Rekonstrukcja cech istotnych umowy o grę na automacie i odmiany tej umowy, jaką jest umowa o grę na automacie o niskich wygranych, musi opierać się wyłącznie na treści zapisów ustawowych. Przy przyjęciu bowiem, iż umowa o grę na automacie jest umową nienazwaną, a cechy istotne tej umowy nie zostały zawarte we wzorcu normatywnym ustanowionym przez ustawodawcę, a jedynie jako ukształtowane przez praktykę podlegają rekonstrukcji w doktrynie prawa cywilnego, nawet przy idealistycznym założeniu pełnej zgodności doktryny (*communis opinio doctorum*) co do cech istotnych tej umowy, powstawałby problem rozróżnienia umów o gry na automatach od umów podobnych. Z uwagi na swobodę umów, strony mogą dowolnie ustalić treść konkretnej umowy, w tym umowy o grę w jej regulaminie, w taki sposób, że postanowienia umowy odbiegać będą od przyjmowanego w doktrynie wzorca. Spór sprowadzałby się wówczas do kwestii, czy odstępienie bądź dodanie danego elementu do umowy skutkowałoby zawarciem innej umowy, bądź nie, do kwestii, które cechy są wystarczające do przyjęcia zawarcia umowy o grę na automacie. O ile spór tego rodzaju na gruncie prawa cywilnego pozbawiony byłby prawnej doniosłości, to na gruncie prawa karnego skarbowego jest niedopuszczalny, skutkowałby bowiem arbitralnością rozstrzygnięć. Jedynie zatem zawarcie umowy o grę na automacie wypełniającej określony założony przez ustawodawcę wzorzec normatywny stwarza sytuację, w której może dojść do wyczerpania znamion przestępstw skarbowych określonych w art. 107 k.k.s. i art. 109 k.k.s.

Z tych samych przyczyn nie jest również dopuszczalne arbitralne przyjmowanie cech istotnych umowy wbrew zapisom ustawowym, jak też ustalanie cech istotnych umowy, w zakresie których ustawa nie reguluje tych elementów, w oparciu o powszechność praktyki organizacji gier czy też inne pozaprawne założenia. Postępowanie takie skutkowałoby bowiem rozszerzeniem odpowiedzialności karnoskarbowej na uczestników i organizatorów innych legalnych gier bądź znacznym zawężeniem odpowiedzialności, wbrew założeniom ustawodawcy.

Rozumowanie powyższe znajduje uzasadnienie w ustawowym wymogu określoności czynu zabronionego statuowanym art. 42 ust. 1 Konstytucji i art. 1 § 1 k.k.s. w stosunku do czynów zabronionych na gruncie prawa karnego skarbowego. Przepis art. 1 § 1 k.k.s. pełni funkcję gwarancyjną. Wymóg, by znamiona czynu zabronionego były określone w ustawie, zapewnia bezpieczeństwo obywatelowi, który może liczyć, iż w sytuacji postępowania w zgodzie z przepisami o randze ustawowej nie zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej. O ile w przypadku przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 k.k.s. sprawcą przestępstwa będzie zwykle osoba prowa-

dzająca działalność gospodarczą, od której można wymagać określonego poziomu profesjonalizmu, to sprawcą przestępstwa określonego w art. 109 k.k.s., tzn. uczestnikiem nielegalnej gry na automatach, może być każda osoba. Odpowiednio osoba przystępująca do gry na automacie wystawionym w miejscu publicznym, gdzie według jej rozeznania nie można otrzymać za pozytywny wynik gry pieniędzy ani rzeczy czy też jakiegokolwiek prawa do rzeczy, może liczyć na to, iż gra ta jest legalna, a zatem osoba grająca nie zostanie pociągnięta do odpowiedzialności na podstawie art. 109 k.k.s.

Na konieczność zachowania ustawowego wymogu określoności czynu zabronionego zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, iż art. 107 § 1 i 4 k.k.s. w zw. z art. 2 ust. 1 i 2a ustawy o grach i zakładach wzajemnych jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym spełnia wskazany wymóg. Trybunał podkreślał, iż „kompleks przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych, stanowiących podstawę określenia znamion przestępstwa, staje się podstawą tworzenia normy prawno-karnej, czyli normy prawa penalnego, którego treść, w przypadku wątpliwości interpretacyjnych, nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Dotyczy to w szczególności pojęcia »rzeczy« i »świadczenia rzeczowego»⁸.

Podstawą rekonstrukcji cech istotnych umowy o gry na automacie, a w następstwie podstawą tworzenia normy prawa penalnego, są zatem zapisy ustawowe – ustawy o grach i zakładach wzajemnych. Kodeks cywilny⁹ odnosi się bowiem w art. 413 jedynie do kwestii spełnienia świadczenia z gry lub z zakładu i możliwości dochodzenia roszczeń z gry lub zakładu, nie określając istotnych cech tego rodzaju umowy¹⁰. Zgodnie z art. 2 ust. 2a ustawy o grach i zakładach wzajemnych grami na automatach są gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe na urządzeniach mechanicznych, elektro-mechanicznych i elektronicznych.

Przepisy ustawy o grach i zakładach wzajemnych nie zakładają, by gra na automacie miała charakter losowy, tj. o wyniku opartym na przypadku. Zamierzeniem ustawodawcy było bowiem rozciągnięcie zakresu penalizacji na zachowania polegające na organizacji gier bądź uczestnictwie w grach zarówno na automatach losowych, jak też zręcznościowych i mieszanych. Służyła temu nowelizacja dokonana ustawą z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw¹¹. Nowelizacja ta wprowadzała nową, aktualnie obowiązującą definicję gry na automacie; do czasu tej zmiany gra na automacie musiała mieć charakter losowy. Ustawodawca dokonując nowelizacji wyeliminował

⁸ Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. P 15/02.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 ze zm.).

¹⁰ Por. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 107.

¹¹ Ustawa z dnia 26 maja 2000 r. o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 70, poz. 816).

kryterium losowego charakteru gier z uwagi na trudności w rozróżnieniu gier losowych na automatach od gier zręcznościowych, czy też o mieszanym charakterze¹². Od chwili nowelizacji automaty mogą mieć dowolną konstrukcję i oprogramowanie, mogą być na nich realizowane gry losowe, zręcznościowe, a także strategiczne i zależne od innych umiejętności.

Zgodnie ze wzorcem normatywnym umowa o grę na automacie nie musi być również odpłatna. Wystarczy, by zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o grach i zakładach wzajemnych wartość wygranej w grach na automatach nie była niższa od ceny losu lub innego dowodu udziału w grze albo od kwoty wpłaconej stawki. Art. 2 ust. 2b cyt. ustawy określa wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze, nie określa zaś stawki minimalnej. Stawka minimalna za udział w grze na automacie o niskich wygranych może zatem stanowić 1 grosz, jak również być równa zero. Ustawodawca określił jedynie różnicę między wygraną a stawką za grę. Znaczenie językowe pojęć „stawka”, „cena losu”, „dowód udziału w grze” nie wyklucza, by gra miała charakter nieodpłatny, stawka była zerowa, a los, udział w grze nic nie kosztował¹³. Nie stanowi również przesłanki przyjęcia odpłatności umowy o grę na automacie art. 42 pkt 6 cyt. ustawy, zgodnie z którym podstawę opodatkowania podatkiem od gier stanowi w grach na automatach kwota będąca różnicą między kwotą uzyskaną z wymiany żetonów do gry lub wpłaconą do kasy salonu i zakredytowaną w pamięci automatu lub wpłaconą do automatu a sumą wygranych uzyskanych przez uczestników gier. W przypadku nieodpłatnej umowy podstawa opodatkowania wynosi zero, jednakże tożsama sytuacja może zaistnieć również przy odpłatnych grach na automatach, jeżeli suma wygranych jest większa bądź równa kwocie uzyskanej z wymiany żetonów.

Przyjęcie, iż umowa o grę na automacie może mieć charakter nieodpłatny, zapobiega organizacji nielegalnego hazardu, gdzie los, stawka za udział w grze wynosi zero, zaś odpłatne są odpowiednio, niepodlegające opodatkowaniu podatkiem od gier, wejście do lokalu, zakupywane w lokalu produkty spożywcze itp. Wyłącza także możliwość prowadzenia kampanii reklamowych salonów okresowo darmowych gier na automatach, zdobywania klientów przez promocję zakładającą grę za darmo, a tym samym możliwość podejmowania czynności z założenia mających na celu zdobycie nowego klienta dla gier odpłatnych. Organizatorzy gier nie prowadzą przecież działalności cha-

¹² Por. *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, Druk Sejmowy nr 574 z 21 sierpnia 1998 r.

¹³ Sformułowanie „stawka zerowa” czy też „stawka w wysokości 0%” używane jest powszechnie w przepisach podatkowych, a także w przepisach prawa europejskiego, np. w art. 256 Rozporządzenia Komisji (EWG) nr 2454/93 z dnia 2 lipca 1993 r. ustanawiającego przepisy w celu wykonania rozporządzenia Rady (EWG) nr 2913/92 ustanawiającego Wspólnotowy Kodeks Celny (Dz. Urz. UE L. z 1993 r., nr 253. poz. 1 ze zm.).

rytatywnej. Działania promocyjne, reklamowe w stosunku do salonów gier na automatach zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o grach i zakładach wzajemnych są zakazane.

Nie stanowi również elementu umowy o grę na automacie regulamin określający jej warunki. Konieczność sporządzenia regulaminu dla gier na automatach wynika z treści art. 9 ustawy o grach i zakładach wzajemnych. Nieporozumieniem jest jednakże odwoływanie się do faktu sporządzenia regulaminu i jego zapisów w celu ustalenia, czy dana umowa o grę na urządzeniu jest grą na automacie w rozumieniu cytowanej ustawy, a tym bardziej dla stwierdzenia dalszych cech istotnych umowy o gry na automacie. Niewątpliwie złożenie projektu regulaminu gry (art. 32 ust. 1 pkt 11 cyt. ustawy) i jego zatwierdzenie (art. 34 ust. 1 cyt. ustawy) stanowi przesłankę uznania gry na automacie za legalną, nie stanowi natomiast podstawy uznania danej gry na urządzeniu za grę na automacie. Jest to obowiązek o charakterze administracyjnym. Nielegalnie organizowane gry na automatach z przyczyn oczywistych nie będą posiadały regulaminów zatwierdzonych przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, co nie oznacza, że nie będą grami na automatach. Zapisy regulaminów gier na automatach, nawet występujące powszechnie w większości regulaminów, nie będą również stanowiły o treści normatywnego wzorca umowy o grę. Wzorzec ten, jak zostało to wyżej przedstawione, rekonstruowany jest wyłącznie na podstawie zapisów ustawowych.

Umową o grę na automacie będzie zatem umowa o grę o wygraną pieniężną lub rzeczową na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych, gdzie wartość wygranej jest nie niższa od ceny losu lub innego dowodu udziału w grze albo kwoty wpłaconej stawki, przy czym umowa ta może mieć charakter nieodpłatny, gra zaś nie musi być losowa. Dopuszczalne jest zatem ukształtowanie treści umowy o grę na automacie nawet jako umowy nieodpłatnej o grę nielosową, a przez to jako umowy niehazardowej¹⁴. Konsekwencją przyjęcia tego rodzaju cech konstrukcyjnych umowy o grę jest możliwość realizacji znamion czynów zabronionych określonych w art. 107, 109 i 110 k.k.s. nawet przy nieodpłatnych grach na automatach zręcznościowych, gdzie wartość wygranej jest wyższa lub równa cenie żetonu wynoszącej zero złotych.

Kategoria automatu jako urządzenia mechanicznego, elektromechanicznego i elektronicznego jest niezwykle pojemna, obejmuje praktycznie większość wytworów ludzkiej myśli technicznej, wszystkie urządzenia. Znaczenie

¹⁴ „Przy prowadzeniu wykładni przepisów ustawy, a w szczególności przy dokonywaniu analizy, czy konkretna gra może i powinna być zaliczona do kategorii gier, o których mowa w przepisach tej ustawy, nie można odwoływać się do hazardu pojmowanego tak, jak w języku potocznym, także i w aspekcie znaczącej wygranej”. Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 14/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 54, s. 10–11.

w języku powszechnym nie ogranicza tej kategorii, automat definiowany jest jako urządzenie wykonujące jakąś czynność lub ciąg czynności bez udziału człowieka¹⁵. Ograniczenia w budowie lub oprogramowaniu automatu nie są zawarte w znaczeniu językowym. W tekście pierwotnym ustawy o grach losowych i zakładach wzajemnych¹⁶ posłużono się pojęciem „gra w automacie”. Wskazywało to na przyjęcie przez ustawodawcę, iż gra ma charakter wewnętrznego, stałego programu pracy automatu, w rezultacie wykluczało z zakresu regulacji ustawowej posłużenie się automatami zwykle służącymi do innych celów niż gry. Użycie w znowelizowanym tekście ustawy pojęcia „gra na automacie” w miejsce pojęcia „gra w automacie” umożliwiło rozszerzenie reglamentacji prawnej również na organizację gier wykorzystującą automaty adaptowane jedynie na potrzeby gier. Ustawa o grach i zakładach wzajemnych nie stawia obecnie żadnych wymogów konstrukcyjnych dla przyjęcia, iż dane urządzenie stanowi automat w rozumieniu ustawy. Nie jest również wymagane, by urządzenie posiadało oprogramowanie o określonych cechach. Innymi słowy, automatem nie musi być urządzenie, którego jedynym przeznaczeniem jest gra, urządzenie przystosowane do gry; automatem może być domowy komputer, konsola do gier. Wystarczające jest, by urządzenie pozwalało na przeprowadzenie gry. Konsekwencją braku uregulowania cech automatu do gry w ustawie jest odrzucenie wszelkich rozumowań opierających się na założeniu określonych właściwości automatu. W szczególności nie można przyjmować, iż automat musi posiadać ograniczniki czasowe limitujące długość gry czy też posiadać konstrukcję czyniącą grę w jakimkolwiek stopniu losową.

Wszystkie zabawy na automatach, z uwagi na szeroką ekstensję pojęcia gry, będą grami na automatach w znaczeniu potocznym. Gra w języku powszechnym to zabawa towarzyska, prowadzona według pewnych zasad, niekiedy połączona z hazardem¹⁷. Z tej przyczyny oparcie się na pojęciach „automat” i „gra” nie pozwala na rozróżnienie niereglamentowanej zabawy od gry na automacie. Wymienione cechy konstrukcyjne umowy o grę na automacie nie pozwalają zatem na odróżnienie zachowań podlegających regulacji w ustawie o grach i zakładach wzajemnych od nieregulowanych, a tym samym na odróżnienie zachowań penalizowanych przepisami art. 107, 109 i 110 k.k.s. od indyferentnych z punktu widzenia prawa karnego skarbowego gier, konkursów i zabaw. Cechą istotną, która rozróżnia umowę o grę na automacie od innych gier na urządzeniach, jest wyłącznie wygrana pieniężna lub rzeczowa.

Wygrana pieniężna, jako element definicji gry na automacie, nie budzi wątpliwości, nie rodzi sytuacji wątpliwych. Od zakresu pojęcia wygranej rze-

¹⁵ Tak *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, t. 1, s. 155.

¹⁶ Tekst pierwotny – Ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach losowych i zakładach wzajemnych (Dz. U. nr 68, poz. 341).

¹⁷ Tak *Uniwersalny słownik języka polskiego...*, t. 1, s. 1061.

czowej, od jego wykładni, zależy zatem w sytuacjach spornych uznanie bądź nie gry na urządzeniach za grę na automatach w rozumieniu ustawy o grach i zakładach wzajemnych, a tym samym w rozumieniu prawa karnego skarbowego. Szczególną sytuacją budzącą problemy interpretacyjne jest uzyskanie w wyniku korzystnego rezultatu gry na automacie, pozbawionym funkcji wypłaty wygranych pieniężnych i wydawania wygranych rzeczowych, uprawnienia do kontynuacji gry przez powtórzenie zagrania bądź przejście do wyższego etapu gry.

Wykładnia językowa pojęcia wygranej rzeczowej

Metoda językowa, oparta o dyrektywy języka powszechnego, jak też prawnego, ma pierwszeństwo w wykładni przepisów prawa karnego, a także prawa podatkowego, do której to gałęzi można zasadniczo zaliczyć ustawę o grach i zakładach wzajemnych. Zastosowanie ścisłej językowej wykładni przepisów ustawy u grach i zakładach wzajemnych, wynikającej z priorytetu wykładni językowej, ma też istotne znaczenie dla zachowania ustawowego wymogu określoności czynu zabronionego. Odwołanie się do wykładni funkcjonalnej dopuszczalne jest dopiero wówczas, gdy wykładnia językowa oraz wykładnia systemowa nie przynoszą jednoznacznych rezultatów, prowadzą do powstawania wątpliwości interpretacyjnych, a przez to do nieuzasadnionego rozszerzenia bądź zawężenia zakresu penalizacji.

Zastosowanie wykładni językowej wyklucza zatem powołanie się przy analizie znaczeń użytych pojęć i zwrotów na zazwyczaj występującą konstrukcję automatów do gier, typowe ich oprogramowanie, wyniki doświadczeń przeprowadzanych przez komisje sejmowe badające automaty czy też na argument z konsekwencji, wedle którego rezultat wykładni nie może utrudniać walki z „szarą strefą” w gospodarce. Odwołanie się w orzecznictwie do wymienionych przesłanek nie stanowi zastosowania reguł pragmatycznych¹⁸, kontekst pozajęzykowy zawiera się bowiem w wykładni funkcjonalnej, używając terminologii hermeneutycznej – stanowi naddeterminację interpretacji zapisów ustawy¹⁹. O ile przy analizie pierwotnego brzmienia ustawy o grach i zakładach wzajemnych kontekst pozajęzykowy pozwalał na określenie zakresu pojęć, w szczególności gry na automacie, a w konsekwencji na zastosowanie zapisów ustawy i norm prawa karnego skarbowego również w stosunku do tzw. gier zręcznościowych, w rzeczywistości zaś zawierających element

¹⁸ Reguły pragmatyczne znajdują zastosowanie w przypadku pojęć kontekstowych, tj. takich, których sens nie może być określony wyłącznie w oparciu o ich właściwości językowe, ale wymaga odwołania się do kontekstu pozajęzykowego, np. do określonych zdarzeń, sytuacji czy okoliczności. Tak L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 93.

¹⁹ Por. H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997, s. 163 i nast.

losowości, to nowelizacja ustawy o grach i zakładach wzajemnych wyeliminowała konieczność odwoływania się do kontekstu pozajęzykowego w wykładni językowej, znosząc wymóg losowości gier. Ustawodawca dokonując nowelizacji odszedł od wzorca automatu o określonej konstrukcji, stanowiącego przesłankę do uchwalenia przepisów w brzmieniu pierwotnym, tj. od wzorca tzw. jednorękiego bandyty, dopuszczając możliwość stosowania ustawy do wszelkich możliwych konstrukcji automatów do gier. Innymi słowy, to wykładnia pojęcia gry na automacie musi określać zakres stosowania zapisów ustawy, a w konsekwencji norm prawa karnego skarbowego, nie zaś typowa konstrukcja automatów do gier ma określać zakres wykładni językowej. Wykładnia językowa musi polegać wyłącznie na odczytaniu znaczenia tekstu ustawy przy użyciu dyrektyw językowych bez odwoływania się do uwarunkowań pozaprawnych, w tym bez odwoływania się do rzeczywistości i do uwarunkowań społecznych.

Dorobkiem orzecznictwa ostatnich lat jest ustalenie, iż pojęcie wygranej rzeczowej w rozumieniu ustawy o grach i zakładach wzajemnych obejmuje nie tylko uzyskanie własności rzeczy, lecz również nabycie uprawnienia do korzystania z rzeczy na podstawie innego tytułu prawnego. Tak uznał Sąd Najwyższy²⁰, a także Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z dnia 3 kwietnia 2003 r. stwierdził, iż „wygraną rzeczą jest również korzyść związana z rzeczą, czyli polegająca też na uzyskaniu uprawnień do korzystania z rzeczy w sposób określony w umowie gry; pojęcie wygranej obejmuje każdą korzyść wynikającą z przebiegu gry, wypłata wygranej może zatem występować w najróżniejszych formach”²¹. Wygraną rzeczą będzie zatem nie tylko uzyskanie rzeczy, ale również wygranie usługi, np. przejażdżki konnej, darmowej lekcji tańca, wstępu do kina, noclegu w hotelu.

Polemika z powyższym stanowiskiem, zakładającym rezygnację z rozumienia wygranej rzeczowej opartego na znaczeniu terminu „rzecz” zaczerpniętego z języka powszechnego, rezygnację z interpretacji wygranej rzeczowej w odniesieniu do znaczenia terminu „rzecz” określonego w art. 45 k.c. jako przedmiot materialny, byłaby bezcelowa. Zapatrywanie wyrażone w cytowanych orzeczeniach spotkało się powszechnie z aprobatą i jest uzasadnione. Nie ma potrzeby przytaczania argumentacji przemawiającej za tym stanowiskiem.

Nieuzasadnione jest jednak przyjęcie wykładni rozszerzającej pojęcie wygranej również na uzyskanie określonego rezultatu punktowego w grze, pozwalającego na jej kontynuowanie, wydłużenie czasu gry bądź kolejną grę, bez wypłaty żetonów. Naczelny Sąd Administracyjny w przytoczonym wyroku nie podzielił zapatrywania strony, iż zdobycie dodatkowych punktów umożliwiających dalszą grę nie jest żadnym świadczeniem ze strony organi-

²⁰ Uchwała SN z dnia 24 listopada 1999 r., sygn. I KZP 39/99.

²¹ Wyrok NSA z dnia 3 kwietnia 2003 r., sygn. II SA 2737/2001.

zatora na rzecz grającego, nie stanowi więc wygranej. W uzasadnieniu wyroku podkreślał zaś, że „nie ma istotnego znaczenia fakt, czy taką wygraną można skonsumować, rozpoczynając nową grę, czy też grając dalej w tę samą grę, rozróżnienie to ma charakter wyłącznie werbalny. Wnosząc opłatę za grę, uzyskuje się bowiem jedynie prawo do rozpoczęcia gry, o czasie zależnym od przypadku. Przegraną jest krótsza gra, a wygraną możliwość jej kontynuowania”.

Wykładnia dokonana przez Naczelny Sąd Administracyjny odnosiła się do tekstu ustawy o grach i zakładach wzajemnych w brzmieniu sprzed nowelizacji, odwołanie się do czasu gry zależnego od przypadku znajdowało zatem uzasadnienie w losowym charakterze gry. Tożsame stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie²², a także Sąd Najwyższy²³, interpretując przepisy w brzmieniu obowiązującym aktualnie. Wykładnia językowa pojęcia wygranej, nie zaś terminu „rzecz” daje podstawę do podważenia prawidłowości wykładni rozszerzającej, przyjętej w tych orzeczeniach.

Szeroka ekstensja pojęcia wygranej wymusza przyjęcie wykładni restryktywnej, pozwalającej na ścisłe rozróżnienie zachowań penalizowanych od zachowań, które nie będą wyczerpywały znamion przestępstw określonych w art. 107, 109 i 110 k.k.s. Wykładnia rozszerzająca pojęcie wygranej na samo uzyskanie rezultatu punktowego w grze, pozwalającego na jej kontynuowanie bądź na kolejną grę na tym samym urządzeniu, bez wypłaty żetonów, nie może być przyjęta albowiem:

- a) wykracza poza znaczenie językowe wygranej rzeczowej, skutkując naruszeniem wymogu ustawowej określoności czynu zabronionego (art. 1 § 1 k.k.s.);
- b) stanowi niedopuszczalne, zarówno przepisami prawa polskiego, jak i europejskiego, naruszenie zasady swobody działalności gospodarczej (wykładnia systemowa).

Odwołując się do znaczenia językowego pojęcia wygranej rzeczowej, należy zauważyć, iż zwrot ten ma charakter sekwencji ukutej²⁴. Ze swej istoty zakres tego pojęcia jest tym samym węższy nie tylko od pojęcia „wygrana”, ale również od wygranej po wyłączeniu z jej zakresu „wygranej pieniężnej”, która nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Wykładnia językowa musi zapewnić rozróżnienie pojęcia „wygrana rzeczowa” od pojęcia „wygrana”, ale również od terminu „gra”.

W języku ogólnonarodowym wygrana ma dwa znaczenia:

- 1) rzecz, pieniądze, które ktoś wygrał lub może wygrać,
- 2) odniesione zwycięstwo, sukces²⁵.

²² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 grudnia 2005 r., sygn. VI SA/Wam 970/05, LEX nr 200817.

²³ Uchwała SN z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. I KZP 14/07.

²⁴ Por. J. Pieńkos, *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie. Prawo w języku*, Warszawa 1999, s. 62.

²⁵ *Uniwersalny słownik języka polskiego...*, t. 4, s. 592.

Wyłącznie w znaczeniu pierwszym mieścić się będzie zatem pojęcie wygranej rzeczowej. Wygraną rzeczową będzie wygrana odnosząca się do rzeczy, dająca graczowi określone prawo do rzeczy. Osiągnięcie rezultatu punktowego, etapu gry, danej liczby prób, ruchów będzie natomiast stanowić „wygraną” w znaczeniu drugim, tj. będzie odniesieniem zwycięstwa, sukcesu. Korzyścią dla gracza będzie satysfakcja z osiągniętego rezultatu, ewentualnie rezultatu korzystniejszego od wcześniejszej gry, od innych graczy, osiągnięcia założonego rekordu. Z wygraną w znaczeniu drugim może oczywiście wiązać się w niektórych sytuacjach uzyskanie dodatkowej wygranej w znaczeniu pierwszym, w tym wygranej rzeczowej. Pojęcie wygranej rzeczowej nie może być jednakże tożsame z wygraną w znaczeniu drugim, dla przyjęcia bowiem, iż gra na automacie jest grą o jakąkolwiek wygraną, także w znaczeniu „zwycięstwo, sukces”, ustawodawca nie musiałby się odwoływać do zwrotu „wygrana rzeczowa”, posłużyłby się pojęciem samej wygranej²⁶, a nawet nie musiałby definiować pojęcia „gra na automacie”, poprzestając na językowym znaczeniu słowa „gra”.

Większość aktywności człowieka kwalifikowanej jako gry, konkursy, zakłady, zawody, w szczególności nieorganizowanej przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, kończy się zwycięstwem, sukcesem, tj. wygraną w znaczeniu drugim, ma ograniczony charakter sformalizowanej zabawy. Rezultatem stosunkowo nielicznych gier, w porównaniu do ogółu gier towarzyskich, jest natomiast wygrana rzeczowa lub pieniężna. Nadanie odmiennego, szerszego znaczenia pojęciu „wygrana rzeczowa” od stosowanego w języku powszechnym powinno być dokonane w definicji legalnej. Kodeks karny skarbowy, jak też ustawa o grach i zakładach wzajemnych nie zawierają tego rodzaju definicji. Wykładnia językowa musi zatem umożliwić rozróżnienie między grą o wygraną w znaczeniu pierwszym od gry o wygraną w znaczeniu drugim. Wykładnia nierozróżniająca wygranej od wygranej rzeczowej kłóci się z podstawową dyrektywą wykładni językowej, jaką jest zakaz ustalania znaczenia normy w taki sposób, by pewne jej elementy były traktowane jako zbędne²⁷, zbędne byłyby zaś określenia „rzeczowe, pieniężne”.

Przyjęcie za Naczelnym Sądem Administracyjnym stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 kwietnia 2003 r., iż wygraną jest sama zależna od rezultatu możliwość dalszego lub dłuższego kontynuowania gry, sam czas gry, możliwość, która ma charakter uprawnienia do korzystania z urządzenia mechanicznego, elektromechanicznego bądź elektronicznego, wyklucza praktycznie istnienie gier na automatach wyłącznie o wygrane w znaczeniu drugim, w tym gier ściśle zręcznościowych czy nawet strategicz-

²⁶ Podobnie M. Tomczak, *Spór o pojęcie „wygrana rzeczowa”*, „Rzeczpospolita” z 8 listopada 2001.

²⁷ Por. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław 1990, s. 79.

nych, nie pozwala na dokonanie rozróżnienia. Od swojego stanowiska odszedł częściowo Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, stwierdzając, iż „w ramach »wygranej rzeczowej« nie można lokować wyłącznie satysfakcji psychologicznej grającego z udanego wyniku gry; zaznaczyć przy tym trzeba, że brak pewności wyniku jest immanentną cechą gry”²⁸. W tym samym jednakże orzeczeniu odwołał się do osiągnięcia korzyści majątkowej jako kryterium pozwalającej na stwierdzenie, w konkretnych przypadkach, iż przedłużenie czasu gry stanowi wygraną rzeczową.

Dodatkowe kryterium, jakim jest możliwość osiągnięcia korzyści majątkowej przez gracza, nie pozwala na dokonanie rozróżnienia między wygraną rzeczową a grą. W przytoczonym wyroku z dnia 26 września 2006 r. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, podkreślił, iż „efekt w postaci określonego przedłużenia czasu gry na konkretnym automacie może być zakwalifikowany jako »wygrana rzeczowa« tylko pod warunkiem jednoznacznego wykazania – w sposób szczegółowy i zindywidualizowany w każdym przypadku – wystąpienia po stronie grającego korzyści majątkowej wykraczającej wprost ponad to, co daje już z założenia samo uruchomienie gry na danym automacie przy pomocy przewidzianej w tym celu opłaty”²⁹. Wykładnia ta odwołuje się tym samym do konstrukcji konkretnych automatów, ich oprogramowania, nie zaś do znaczenia językowego wygranej. Z przyczyn przedstawionych wyżej wykładnia ta nie może zostać zaakceptowana.

Przyjmując brak wzorca automatu do gry, należy stwierdzić, iż przystępując do gry gracz uzyskuje świadczenie w postaci gry, której immanentną cechą jest brak pewności wyniku, wyniku zależnego od losu, zręczności, posiadanych umiejętności i zdolności bądź od wszystkich wymienionych elementów w różnych zestawieniach. Rozróżnienie w tej sytuacji między grą jako określoną sekwencją ruchów, posunięć, losowań itp. a wygraną rzeczową jako kolejnymi ruchami, posunięciami, losowaniami będzie miało charakter arbitralny. Konstruując przykładowo automat do gry w szachy, przy przyjęciu kryterium korzyści majątkowej, grą byłaby sekwencja pierwszych czterech ruchów, jako minimalna liczba ruchów prowadząca do mata, wygraną rzeczową zaś dalszy czas gry.

„Korzyść majątkowa” ma charakter terminu języka prawnego, występuje w licznych aktach prawnych, m.in. w przepisach kodeksu karnego skarbowego. Ustawodawca jednakże nie odwołuje się do tegoż pojęcia w ustawie o grach i zakładach wzajemnych. Nie jest zatem dopuszczalne utożsamienie wygranej rzeczowej z osiągnięciem korzyści majątkowej. W art. 10 ust. 1 ustawy zakłada się, iż wygrana, również pieniężna, może być równa stawce, opłacie za grę, tym samym gracz, osiągając wygraną pieniężną bądź rzeczową

²⁸ Wyrok z dnia 26 września 2006 r., sygn. II GSK 119/06.

²⁹ Ibidem.

wą, może nie odnieść żadnej korzyści majątkowej. Gra może nie prowadzić do przysporzenia aktywów w majątku lub zmniejszenia pasywów, gracz może nie osiągnąć nic, uzyskując jednocześnie wygraną rzeczową.

W konstrukcji art. 2 ustawy o grach i zakładach wzajemnych w zwrocie „gra o wygraną rzeczową” ustawodawca użył przyimka „o”. Zgodnie ze znaczeniem językowym przyimek „o” wprowadza nazwę lub charakterystykę przedmiotu³⁰. W odniesieniu do analizowanego zwrotu będzie to wprowadzenie charakterystyki celu czyichś starań (znaczenie 1c w *Uniwersalnym słowniku języka polskiego*), nie zaś nazwy samych starań. Gra jest staraniem o osiągnięcie celu, którym jest wygrana. Użyty przyimek wskazuje jednoznacznie, iż pojęcie gry jest odmienne od pojęcia wygranej, nie zawiera w sobie pojęcia wygranej, wygrana jest bowiem rezultatem, celem działania, nie zaś elementem działania, samym działaniem. Wygrana rzeczowa jako dalsza część gry jest sprzeczna ze znaczeniem językowym zwrotu w języku powszechnym.

Gra o wygraną rzeczową jest związkiem frazeologicznym. Ustawodawca mógł zatem w celu nadania nowego, odmiennego znaczenia pojęciu gry od znaczenia występującego w języku powszechnym posłużyć się – zgodnie z zasadami techniki prawodawczej – odmiennym przyimkiem³¹. Alternatywnie dopuszczalne było użycie przez ustawodawcę przyimka „z”, który skutkowałoby odmienną relacją pojęć „gra” i „wygrana” w analizowanym zwrocie. Zgodnie z *Uniwersalnym słownikiem języka polskiego*, przyimek „z” w znaczeniu trzynastym przyłącza nazwę rzeczy, która stanowi część innej rzeczy lub tworzy z nią określoną całość³². Użycie przyimka „z” wskazywałoby, iż wygrana stanowi element gry. Poprzestanie przez ustawodawcę na użyciu przyimka „o” wskazuje zatem, iż zakres pojęcia „gra” nie odbiega od rozumienia w języku potocznym, a tym samym nie obejmuje wygranej rzeczowej. Odmienność wygranej od pojęcia gry skutkuje przyjęciem, iż określone elementy gry, takiej jak: etap gry, próba w grze, określony ruch w grze, osiągnięcie określonej liczby punktów, uzyskanie nowej próby nie będą stanowiły wygranej rzeczowej. Dopuszcza również istnienie gier, w których nie zawsze ostatecznym rezultatem jest wygrana.

Należy także zauważyć, iż akceptacja wykładni zakładającej, iż czas gry może stanowić wygraną rzeczową, skutkuje także brakiem możliwości różniczenia między grą na automatach a grą na automatach o niskich wygranych (art. 2 ust. 2b ustawy o grach i zakładach wzajemnych). Jeżeli bowiem wygraną byłaby sama możliwość dalszej gry, czas gry jest zaś wartością zmienną, brak jest możliwości oszacowania wartości wygranej, może być

³⁰ *Uniwersalny słownik języka polskiego...*, t. 3, s. 1040.

³¹ Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej (Dz. U. nr 100, poz. 908).

³² *Uniwersalny słownik języka polskiego...*, t. 4, s. 733.

bowiem jej przypisana dowolna wartość przekraczająca również 15 euro bądź też wartość niższa niż stawka za udział w jednej grze. Wartości początkowej sekwencji ruchów, początkowych losowań nie można relatywizować do wartości stawki za grę. Opłacając stawkę za grę na automacie zgodnie z ustawą o grach i zakładach wzajemnych, pomijając kwestię nieodpłatnych umów o gry na automatach, gracz zyskuje prawo do gry obejmujące nie tylko prawo do rozpoczęcia gry, wykonania określonej sekwencji ruchów, ale również szansę na wygraną. Nie sposób ustalić, jak się kształtuje relacja kosztów nabycia uprawnienia do możliwości uzyskania wygranej do stawki za grę, a tym samym, jaka jest wartość danej sekwencji ruchu w grze. Każda gra na automatach, w tym na automatach o niskich wygranych będzie w zależności od uznania grą o wygraną rzeczową bądź też nie będzie w ogóle grą na automacie z uwagi na treść art. 10 ust. 1 ustawy o grach i zakładach, który stanowi, iż wartość wygranej musi być równa bądź przewyższać stawkę za udział w jednej grze.

Nie jest zatem dopuszczalna wykładnia uznająca prawo do dalszej gry za wygraną rzeczową. Wykładnia ta nie pozwala bowiem na językowe rozróżnienie wygranej rzeczowej od wygranej w znaczeniu osiągnięcia zwycięstwa, sukcesu w grze, nie pozwala na rozróżnienie gry na automatach od gier na automatach o niskie wygrane. Interpretacja ta wyłącza możliwość istnienia jakichkolwiek gier na automatach o wygrane w znaczeniu drugim. Stanowisko to wyklucza również organizację innych gier – typu ruletka, poker, w kości – o wygrane w znaczeniu drugim, gdzie czas gry nie jest z góry określony, a limitowany ilością posiadanych żetonów, punktów niewymienionych na żadne korzyści majątkowe.

W rzeczywistości istnieje szereg automatów i organizowane są na nich liczne gry o wygrane w znaczeniu drugim. Urządzeniem elektronicznym jest każdy komputer osobisty, konsola do gier. Gry losowe na tych automatach są szeroko dostępne. Przy przyjęciu interpretacji Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego każda kafejka internetowa organizująca gry w sieci stanowiłaby nielegalny punkt gry na automatach.

W oparciu o wykładnię językową pojęć „gra” i „wygrana” brakuje podstaw do akceptacji rozróżnienia, iż osiągnięcie danego pułapu punktów, etapu, liczby prób stanowi już wygraną rzeczową, niższy zaś pułap punktów, etap, mniejsza ilość prób są dopiero elementem działania zmierzającego do osiągnięcia wygranej rzeczowej. Rozróżnienie to nie znajduje oparcia w wykładni językowej, ma charakter woluntarystyczny, może być bowiem dokonane jedynie w oparciu o kryteria nieweryfikowalne, wyprowadzane z kontekstu pozajęzykowego.

Rozróżnienie gry o zwycięstwo, o satysfakcję od gry o wygraną rzeczową, rozróżnienie między wygraną a wygraną rzeczową jest możliwe jedynie przy założeniu, iż w pojęciu „wygrana rzeczowa” nie mieści się wygrana polegają-

ca tylko na osiągnięciu dłuższego czasu gry, rezultatu punktowego, określonego etapu gry, określonej ilości przyznanych i zrealizowanych prób w grze. Wykładnia ta spełnia zakaz wykładni synonimicznej, odróżniając grę od wygranej rzeczowej, jak również zakaz wykładni *per non est*³³, nic nie dodając do tekstu analizowanej ustawy, jak również nie czyniąc zbyt sztywnymi określeń „rzeczowa”, „pieniężna” w odniesieniu do pojęcia wygranej. Organizacja gier na automatach, w których wygrana sprowadza się do możliwości ponowienia próby, przysłowiowego uzyskania „nowego życia” w grze – będzie zatem legalna.

Wykładnia ta znajduje oparcie w tezie wyrażonej przez Trybunał Konstytucyjny, zgodnie z którą analiza winna zmierzać do ustalenia, „czy automat do gry [...] jest rzeczywiście urządzeniem pozwalającym na uzyskanie wygranych rzeczowych, w rozumieniu ustawy o grach i zakładach wzajemnych, czy też ma on charakter automatu [...], na którym nie da się uzyskać żadnej nagrody zewnętrznej w stosunku do gry, w postaci pieniędzy, żetonów wymienianych na pieniądze, nagród będących przedmiotami materialnymi czy też usługami świadczonymi zwycięzcy, nie stanowiącymi samej gry”³⁴. Wskazane przez Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do konkretnej sprawy kryterium „zewnętrzności” nagrody w stosunku do gry cechuje się użytecznością pozwalającą na ściśle rozróżnienie automatów wypłacających wygrane rzeczowe lub pieniężne od automatów *sensu largo*. Przy zastosowaniu tego kryterium treść art. 107 k.k.s. i art. 109 k.k.s. nie rodzi wątpliwości w konkretnych stanach faktycznych. Rozróżnienie automatów jest w tej sytuacji dostępne dla potencjalnych uczestników gier.

Wykładnia systemowa pojęcia wygranej rzeczowej

Niezależnie od wykładni językowej, rozszerzenie pojęcia wygranej rzeczowej na osiągnięcie rezultatu punktowego w grze, pozwalającego na jej kontynuowanie bądź kolejną grę na tym samym urządzeniu, bez wypłaty żetonów, sprzeczne jest również z prawem europejskim. Prawo europejskie bezpośrednio nie reguluje zagadnień związanych z urządzeniem gier na automatach, pozostawiając te kwestie regulacji wewnętrznej państw członkowskich. Prawo wewnętrzne, a tym samym wykładnia tego prawa, nie może jednakże godzić w zasady prawa wspólnotowego.

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (tekst skonsolidowany, uwzględniający zmiany wprowadzone traktatem z Nicei, dalej: TWE)³⁵ podaje zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, w tym działalności

³³ Por. L. Morawski, op. cit., s. 106–107.

³⁴ Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. P 15/02.

³⁵ O.JC.1997.340.173 (T), Dz. U. z 2004 r., nr 90, poz. 864. ze zm.

usługowej w państwach członkowskich. Zgodnie z art. 43 TWE, ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami, na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Zgodnie z treścią art. 49 TWE, ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Wspólnoty są zakazane w odniesieniu do obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie Wspólnoty innym niż państwo odbiorcy świadczenia. Tożsamą funkcję gwarancyjną pełni art. 22 Konstytucji, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Zgodnie z powołanymi przepisami, nie jest dopuszczalna wykładnia przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych skutkująca ograniczeniem swobody świadczenia usług poza dopuszczalny zakres. Granice dopuszczalnego ograniczenia swobody świadczenia usług przez prawo wewnętrzne państw członkowskich zostały zaś dookreślone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: ETS), dokonującym wykładni wskazanych zasad.

W wyroku z dnia 24 marca 1994 r. ETS stwierdził: „jeżeli ustawodawstwo narodowe nie zawiera elementu dyskryminującego ze względu na państwo pochodzenia, ograniczenia [w zakresie gier hazardowych – M. N.] mogą być uzasadnione, jeżeli ich celem jest ochrona konsumenta, zachowanie ładu i porządku w społeczeństwie. Państwo władne jest zatem decydować, biorąc pod uwagę specyficzne kulturalne i socjalne uwarunkowania o zastosowaniu określonych ograniczeń dla zachowania ładu i porządku”³⁶. ETS do podstaw ograniczenia działalności nie zaliczał ochrony interesu fiskalnego państwa³⁷.

Ograniczenia w świadczeniu usług polegających na organizacji gier dopuszczalne są zatem jedynie w zakresie gier hazardowych i wyłącznie dla ochrony konsumenta, zachowania ładu i porządku publicznego.

W odniesieniu do świadczenia usług polegających na organizacji gier na automatach pozbawionych funkcji wypłaty wygranych pieniężnych i rzeczowych, gdzie jedyną korzyścią może być wydłużenie czasu gry, ochrona konsu-

³⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie *Her Majesty's Customs and Excise przeciwko Gerhart Schindler i Jörg Schindler*, sygn. C-275/92, Zbiór Orzeczeń z 1994 r., s. I-01039; *LexPolonica* nr 388442.

³⁷ ETS dopuszcza daleko idące ograniczenie działalności w zakresie gier na automatach, aż do zakazu organizacji gier tego rodzaju przez podmioty inne niż podmiot publiczny uprawniony według prawa krajowego. Tak w wyroku z dnia 21 września 1999 r. w sprawie *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd i Oy Transatlantic Software Ltd przeciwko Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) i Suomen valtio (Państwo Fińskie)*, sygn. C-124/97, *LexPolonica* nr 416352, Zbiór Orzeczeń z 2001 r., s. I-06067.

menta, zachowanie ładu i porządku nie uzasadniają wprowadzenia ograniczeń innych niż przewidziane dla ochrony konsumenta, ładu i porządku publicznego dla innych usług niezwiązanych z grami hazardowymi. Tego rodzaju działalność, polegająca na organizacji gier na automatach, nie może być interpretowana jak działalność z zakresu organizacji gier hazardowych, pozbawiona jest bowiem kluczowego elementu, jaki odróżnia hazard od innych gier, tj. szansy na znaczącą wygraną pieniężną lub rzeczową, elementu skutkującego wystąpieniem u gracza uzależnienia od gier.

Rozszerzenie ograniczeń związanych z hazardem, przewidzianych ustawą o grach i zakładach wzajemnych, na inne gry stanowiłoby niedopuszczalne naruszenie zasady swobody świadczenia usług. Podobnie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny jeszcze przed wejściem do Unii Europejskiej w wyroku z dnia 10 lutego 1998 r., stwierdzając, iż „tak jak nadużyciem prawa i obejściem przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych byłoby podejmowanie czynności ubocznych, pozorujących pozbawienie danej gry przymiotów gry losowej, tak samo sprzeczne z przepisami i celami ustawy o grach i zakładach wzajemnych byłoby rozszerzanie przepisów tej ustawy na dozwolone prawem działania w innych dziedzinach, których funkcjonowanie regulują inne ustawy (np. ustawa o działalności gospodarczej)”³⁸. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził nadto w uzasadnieniu wyroku, iż „ze względu na pełny (kompletny) zakres szczególnych regulacji prawnych zawartych w ustawie z 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych oraz w aktach wykonawczych, przy wykładni przepisów tej ustawy należy stosować wykładnię ścisłą. Wyklucza to możliwość poszerzania pojęcia »gry losowej« na dziedziny inne, regulowane właściwymi dla tych dziedzin regulacjami ustawowymi, a w szczególności na działalność gospodarczą”. Uwagę tę należy odnieść również do pojęcia gry na automatach.

NSA dalej podkreślał, iż „eliminowaniu nieprawidłowości czy zjawisk patologicznych w gospodarce służą właściwe dla funkcjonowania tej dziedziny przepisy prawa powszechnie obowiązującego, jak np. ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym czy ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak jak doktryna prawa, tak również orzecznictwo sądu administracyjnego powinno dążyć do określenia swoistej »linii demarkacyjnej« pomiędzy grami losowymi i hazardem a działalnością gospodarczą, opartą na wolności gospodarczej i regułach wolnej gry rynkowej i konkurencji”³⁹.

Wykładnia systemowa, zakładająca interpretację prawa zgodną z normami prawa europejskiego i z Konstytucją, wyklucza zatem wykładnię rozszerzającą pojęcie wygranej rzeczowej na samą możliwość kontynuacji gry. Rozszerzanie regulacji zawartej w ustawie o grach i zakładach wzajemnych na

³⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 lutego 1998 r., sygn. II SA 1260/97, „Jurysta” 1998, nr 5, s. 26.

³⁹ Ibidem.

organizację gier na automatach pozbawionych funkcji wypłaty wygranych rzeczowych i pieniężnych stanowiłaby naruszenie zasady swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości (art. 43 i 49 TWE, art. 22 Konstytucji).

Wykładnia funkcjonalna pojęcia gry na automacie

Podzielając w pełni stanowisko wyrażone przez Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu cytowanego wyżej wyroku, powtórzyć należy, iż dla wykładni przepisów prawa, istotne znaczenie ma poznanie intencji, zamierzeń i celów ustawodawcy. Odnosi się to szczególnie do tych ustaw, które regulują działalność ze styku różnych dziedzin i gałęzi prawa bądź też zawierają normy prawne mogące nasuwać istotne wątpliwości przy ich stosowaniu czy interpretowaniu. Poznanie celów leżących u podstaw uchwalenia ustawy o grach i zakładach wzajemnych pozwala na określenie uwarunkowań społecznych i kulturowych leżących u podstaw wprowadzania ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej, wymienianych w orzecznictwie ETS.

W sprawozdaniu Komisji Polityki Gospodarczej, Budżetu i Finansów oraz Komisji Ustawodawczej⁴⁰ o poselskich projektach ustaw o grach losowych i zakładach wzajemnych⁴¹, do którego odwoływał się również Naczelny Sąd Administracyjny w przywoływanym wyżej wyroku, podkreślano, iż „konieczność bardzo precyzyjnego uregulowania działalności w zakresie urządzania i prowadzenia gier hazardowych wynika co najmniej z trzech powodów:

- 1) jest to działalność niezwykle rentowna;
- 2) działalność w zakresie gier hazardowych bardzo trudno poddaje się kontroli i wymaga silnego organu nadzoru;
- 3) jest to wreszcie obszar, który może stać się i często staje się źródłem wielu zjawisk patologicznych”.

Dla uznania określonej rozrywki za hazard nie jest istotna możliwość uzyskania wielkiej czy też znaczącej wygranej, wystarczy możliwość uzyskania nagrody. Pozbawienie możliwości wypłat pieniężnych przez automaty, możliwości wydawania nagród rzeczowych, ograniczenie korzyści dla gracza do jedynie dłuższego czasu gry skutkowało będzie przyjęciem, iż nie zachodzą w stosunku do organizacji gier na tego rodzaju automatach wskazane powody limitowania prowadzenia działalności gospodarczej, zachodzące przy grach hazardowych. Brak wypłat nagród nie stwarza niebezpieczeństwa przekształcenia się gier na tego rodzaju automatach w groźną społecznie

⁴⁰ Sprawozdanie stenograficzne z 14. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 6–9 maja 1992 r., s. 200; [online] <<http://ks.sejm.gov.pl:8009/kad1/014/10143041.htm>>.

⁴¹ Druk Sejmowy nr 86 z 23 stycznia 1992 r., Druk Sejmowy nr 99 z 30 stycznia 1992 r.

namiętność hazardową, a tym samym skutkuje niskim poziomem rentowności w odniesieniu do hazardu. Niska stosunkowo rentowność pozwala na stwierdzenie, iż jest obszar działalności, który nie powinien stać się źródłem wielu zjawisk patologicznych, nie wymaga tym samym silnego organu nadzoru. Kontrola automatów eksponowanych w miejscach publicznych nie wydaje się zaś nastrożać jakichkolwiek trudności.

Brak zatem gospodarczego i społecznego uzasadnienia dla poddania tego rodzaju działalności szczególnej reglamentacji administracyjnej i dodatkowym obciążeniom fiskalnym. *Ratio legis* ustawy przemawia tym samym za wyłączeniem z kategorii automatów do gier w rozumieniu ustawy automatów pozbawionych funkcji wypłaty wygranych pieniężnych i rzeczowych, tj. automatów, na których nie da się uzyskać żadnej nagrody zewnętrznej w stosunku do gry, nagrody niestanowiącej samej gry. Organizacja gier na tego rodzaju automatach nie narusza przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych, nie wyczerpuje znamion przestępstwa skarbowego określonego w art. 107 k.k.s. Nie jest również penalizowane uczestnictwo w tych grach.

Odrzucenie wskazanego przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r. kryterium „zewnętrzności” wygranej⁴², przyjęcie wykładni rozszerzającej pojęcie wygranej rzeczowej na samą możliwość kontynuacji gry skutkuje niedookreślonością przepisów ustawy o grach i zakładach wzajemnych, dopełniających opis czynu zabronionego w art. 107 k.k.s., a także w art. 109 k.k.s., a w konsekwencji arbitralnością rozstrzygnięć w konkretnych sytuacjach. Wykładnia tego rodzaju narusza normę gwarancyjną wynikającą z art. 1 § 1 k.k.s., jak też art. 42 Konstytucji RP. Stanowisko to jest sprzeczne z wykładnią językową, systemową i funkcjonalną pojęcia „wygrana rzeczowa”. Wygrana rzeczowa w rozumieniu ustawy o grach i zakładach wzajemnych to zewnętrzna w stosunku do gry i automatu nagroda – korzyść związana z rzeczą.

⁴² Wyrok TK 13 stycznia 2005 r. sygn. P 15/02.

Edyta Sokalska
Olsztyn

Organizacja aparatu administracyjnego w Polsce w latach 1944–1950

Pierwsze lata powojenne były w Polsce okresem, w którym rozpoczęła się kształtować „nowa władza” zarówno w skali kraju, jak i w skali powiatów. Rok 1944 wraz z wejściem Armii Czerwonej przyniósł nowy ustrój. Nowe władze wprowadzały go sukcesywnie, w miarę likwidowania opozycji i wzmacniania kontroli nad całokształtem życia społeczeństwa. Przed nowo powstałym, nie w pełni suwerennym, pozostającym pod dyktandem ZSRR i kremlowskich władców, państwem polskim stanęło trudne zadanie zorganizowania gospodarczych i politycznych podstaw aparatu państwowego na całym jego obszarze. Wojna i okupacja spowodowały ogromne straty i zniszczenia kraju. Szacuje się, że w czasie wojny zginęło ok. 6 mln mieszkańców Polski okresu przedwojennego. Zniszczeniu uległy głównie miasta, urządzenia przemysłowe, transportowe, energetyczne, co w istotny sposób zahamowało rozwój gospodarczy kraju. Straty materialne Polski oceniano globalnie na 258 432 mln zł przedwojennych, co stanowiło 49,2 mld dolarów amerykańskich z 1938 r. Łączny ubytek majątku narodowego szacowano na 30% stanu z 1938 r.¹ Pobyt Armii Czerwonej po zakończeniu wojny przyniósł dalsze straty i zniszczenia. Konieczne było szybkie wprowadzenie reform gospodarczych, które podźwignęłyby kraj z ruiny. W związku z narzuconą przez trzy wielkie mocarstwa – USA, Wielką Brytanię i ZSRR – zmianą granic państwowych należało również zagospodarować tzw. Ziemie Odzyskane.

Podstawowe sprawy charakteru politycznego władzy w Polsce zostały rozstrzygnięte stosunkowo wcześniej, natomiast proces organizacji pod egidą PPR terenowych organów władzy trwał do 1950 r. Brak odpowiednich wzorców dla administracji w warunkach tworzącego się państwa, a jednocześnie unikanie w pierwszym okresie prostego naśladowania ZSRR spowodowało konieczność korzystania z dawnego, międzywojennego modelu.

¹ A. Czubiński, *Polska i Polacy po II wojnie światowej*, Poznań 1998, s. 126.

Po wyzwoleniu części terytorium kraju, mimo że w Londynie działał legalny rząd RP, zaszła potrzeba powołania organów państwowych, jak również uregulowania kompetencji i zakresu działania Krajowej Rady Narodowej. Miała ona stanowić namiastkę parlamentu, a jej pierwsze posiedzenie odbyło się w noc sylwestrową z 31 grudnia na 1 stycznia 1944 r. pod przewodnictwem ówczesnego działacza PPR, choć formalnie bezpartyjnego, Bolesława Bieruta. KRN połączyła funkcję najwyższej reprezentacji politycznej narodu, a zarazem centralnego ośrodka władzy wykonawczej. Na posiedzeniu tym uchwalono obok deklaracji programowej Statut Tymczasowy Rad Narodowych. Statut określił ramy ustrojowe tworzących się struktur nowej władzy. Art. 2 statutu głosił, iż „[...] KRN sprawuje władzę na obszarze całej Polski w oparciu o system rad narodowych”². Na wezwanie KRN powstawać zaczęły konspiracyjne rady narodowe w terenie – wojewódzkie, powiatowe, miejskie i gminne. Krajowa Rada Narodowa, przy aprobacie Józefa Stalina i Związku Patriotów Polskich, powołała ustawą z dnia 21 lipca 1944 r. Polski Komitet Wyzwolenia Narodowego jako swój organ wykonawczy, namiastkę rządu, którego zadaniem miało być kierowanie walką wyzwolenczą narodu, uzyskanie niepodległości oraz odbudowa polskiego życia gospodarczo-państwowego. Dzień później ogłoszono opracowany poza granicami Polski Manifest PKWN, który wskazywał, że KRN jest jedynym legalnym organem władzy w Polsce i że organ ten jako parlament wyłonił PKWN jako tymczasową władzę wykonawczą. Powołane organy działać miały na podstawie konstytucji marcowej, której podstawowe założenia miały obowiązywać do chwili, gdy zwołany w przyszłości Sejm Ustawodawczy uchwali nową konstytucję. Manifest podkreślał, że „wola narodu” jest źródłem istnienia KRN i PKWN, wzywał do walki przeciwko okupantowi, zapowiadał uregulowanie spornych problemów granicznych z sąsiadami wschodnimi zgodnie z zasadą samostanowienia. Mówił również o utworzeniu Milicji Obywatelskiej i przywróceniu wszystkich demokratycznych swobód zgodnie z postanowieniem konstytucji marcowej. Proklamował szeroką reformą rolną i dążenie do poprawy bytu społeczeństwa, rozwój kultury i oświaty.

Ważnym elementem Manifestu było określenie struktury wewnętrznej PKWN. Edward Osóbka-Morawski został jego przewodniczącym. Powstało czternaście resortów: spraw zagranicznych, obrony narodowej, rolnictwa i reform rolnych, administracji publicznej, gospodarki narodowej i finansów, sprawiedliwości, bezpieczeństwa publicznego, pracy, opieki społecznej i zdrowia, komunikacji, poczt i telegrafów, odszkodowań wojennych, oświaty, kultury i sztuki, informacji i propagandy. Poszczególnymi działami zarzą-

² *Kształtowanie się podstaw programowych Polskiej Partii Robotniczej w latach 1942–1945. Wybór materiałów i dokumentów*, oprac. W. Góra, R. Halaba, N. Kołomejczyk, M. Malinowski, J. Pawłowicz, W. Poterański, A. Przygoński, M. Wilusz, Łódź 1958, s. 142–145.

dzali kierownicy resortów, często nieposiadający żadnego doświadczenia w tej dziedzinie³.

Manifest przewidywał tworzenie terenowego aparatu administracyjnego w postaci rozbudowy rad narodowych oraz pełnomocników PKWN. Ostatecznie jednak na podstawie dekretu z 21 sierpnia 1944 r. o trybie powoływania władz administracji ogólnej I i II instancji przywrócono w dużej mierze przedwojenną strukturę organów administracyjnych (zob. art. 1, 3–7, 9, 11)⁴. Dekret uchylał podziały administracyjne wprowadzone przez okupantów, powracając do struktury przedwojennej. Wojewodowie zostali organami wykonawczymi administracji ogólnej II instancji, kierując jednoosobowo urzędami wojewódzkimi. Wojewodę mianował PKWN po zasięgnięciu opinii wojewódzkiej rady narodowej. Podlegał on służbowo i organizacyjnie kierownikowi resortu administracji publicznej. Z tytułu swojego stanowiska wchodził w skład wojewódzkiej rady narodowej, która z kolei miała możliwość kontroli społecznej nad jego działalnością. Wojewoda jako przedstawiciel rządu był przewodniczącym wydziału wojewódzkiego. Zastępcę wojewody mianował i zwalniał kierownik resortu administracji publicznej. W analogiczny sposób została zbudowana struktura władz administracyjnych I instancji. Przedstawicielem rządu w powiecie był starosta wchodzący w skład powiatowej rady narodowej.

Następnymi aktami prawnymi regulującymi sytuację administracji na terenie były ustawa z 11 września 1944 r. o organizacji i zakresie działania rad narodowych⁵ i dekret PKWN z 23 listopada 1944 r. o organizacji i zakresie działania samorządu terytorialnego⁶. Wymienione akty prawne, jak stwierdza Zygmunt Rybicki „[...] określały zasady strukturalne i zasady działania terenowych organów państwowych przy zachowaniu większości międzywojennych przepisów administracyjnego prawa materialnego i proceduralnego”⁷.

Ustawa z 11 września 1944 r. głosiła w art. 1 i n., że rady narodowe do czasu powołania stałej publicznej reprezentacji narodu – w myśl zasad konstytucji marcowej – działają jako tymczasowe uchwałodawcze organa samorządowe. Rady zbudowane były w sposób hierarchiczny i nie pochodziły z wyboru. Rada wyższego stopnia posiadała uprawnienia kontrolne w stosunku do rad niższych szczebli.

³ Na brak przygotowania kadry urzędniczej zwraca uwagę A. Ajnenkiel, *Administracja w Polsce. Zarys historyczny*, Warszawa 1977, s. 137–138.

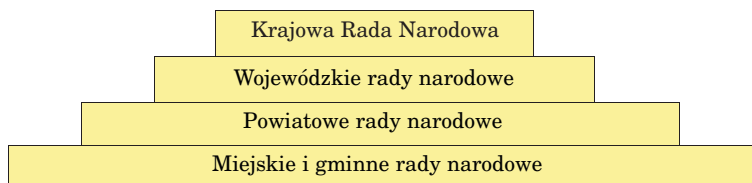
⁴ Dz. U. nr 2, poz. 8.

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 1946 r., nr 3, poz. 26.

⁶ Dz. U. z 1944 r., nr 14, poz. 74.

⁷ Z. Rybicki, *Działalność i organizacja rad narodowych w PRL*, Warszawa 1965, s. 44.

Struktura rad narodowych



Źródło: Ustawa z 11 września 1944 r. o organizacji i zakresie działania rad narodowych (tekst jedn. po zmianach)

Zgodnie z art. 28 zakres działalności terytorialnych rad narodowych opierał się na podziale administracyjnym kraju, z tym że rady narodowe miast Warszawy i Łodzi posiadały uprawnienia wojewódzkich rad narodowych, miejskie rady narodowe miast wydzielonych posiadały uprawnienia powiatowych rad narodowych, zaś miejskie rady narodowe miast niewydzielonych – uprawnienia gminnych rad narodowych. W miastach liczących ponad 200 tys. mieszkańców miejskie rady narodowe mogły powołać jako organa pomocnicze rady dzielnicowe. Zasady powołania i zakres działania rad dzielnicowych ustalała miejska rada narodowa⁸.

Do **kompetencji** rad narodowych należało:

- planowanie działalności publicznej, w szczególności ustalanie budżetu i planu świadczeń w naturze;
- kontrola działalności organów wykonawczych administracji rządowej, samorządu terytorialnego, instytucji i osób wykonujących funkcje zlecone z zakresu administracji i gospodarki publicznej z punktu widzenia legalności, celowości i zgodności z zasadniczą linią polityki KRN;
- powoływanie organów wykonawczych samorządu terytorialnego;
- ustalanie zasad i warunków zawierania przez organy wykonawcze samorządu terytorialnego umów w zakresie zaciągania pożyczek, zbycia, zamiany lub obciążenia majątku nieruchomości;
- uchwalanie regulaminów obrad rady i komisji⁹.

Uprawnienia kontrolne rad narodowych rozciągały się na całokształt szeroko rozumianej administracji pod kątem legalności, celowości i zgodności z linią polityczną KRN. Rady posiadały szeroką płaszczyznę penetrowania działalności administracji, lecz z drugiej strony nie ingerowały nadmiernie w sprawy bezpośredniego zarządzania i wykonawstwa. Przedmiotowy zakres kompetencji rad narodowych w zasadzie obejmował sprawy należące do samorządu terytorialnego. Wyłączenie jednak samorządu terytorialnego spod

⁸ Zob. też *Organizacja rad narodowych*, Biuro Prezydzialne Wojewódzkiej Rady Narodowej, Katowice 1946, s. 6.

⁹ Por. E. Kierejczyk, *Województwo olsztyńskie w latach 1945–1949*, Olsztyn 1980, s. 28.

administracji ogólnej i powierzenie radom narodowym decydującego wpływu na jego sprawy organizacyjne i gospodarcze było nowym rozwiązaniem ustrojowym.

Niestety rady narodowe nie miały w rzeczywistości ani samodzielności w działaniu, ani nie odzwierciedlały pełnej reprezentatywności społeczeństwa. Ustawa o organizacji i zakresie działania rad narodowych z 1944 r. stwierdzała, że udział w tworzeniu rad narodowych biorą wszystkie organizacje i zrzeszenia demokratyczno-niepodległościowe, które zgłoszą swoją działalność we właściwych organach rządu i stoją na gruncie mocy obowiązującej ustawy konstytucyjnej z dnia 17 marca 1921 r. Powstawanie rad następowało przez delegowanie do nich przedstawicieli organizacji robotniczych i pracowniczych związków zawodowych, organizacji rzemieślniczych, zrzeszeń zawodowych inteligencji pracującej, organizacji rolniczych, centrali i związków spółdzielczych, organizacji i zrzeszeń przemysłowych i handlowych, instytucji kulturalnych i oświatowych, stowarzyszeń pomocy i opieki społecznych i organizacji młodzieżowych. Zatracona więc została podstawowa dla samorządu zasada wybieralności jego organów. Ustalono, że liczba członków wojewódzkich, powiatowych, miejskich i gminnych rad narodowych nie powinna przekraczać:

- a) w radach wojewódzkich oraz w radach miast Warszawy i Łodzi – 120;
- b) w radach powiatowych – 60 członków;
- c) w radach miejskich:
 - w miastach do 5 tys. mieszkańców – 16,
 - od 5 tys. do 10 tys. mieszkańców – 24,
 - od 10 tys. do 25 tys. mieszkańców – 32,
 - od 25 tys. do 40 tys. mieszkańców – 40,
 - od 40 tys. do 60 tys. mieszkańców – 48,
 - od 60 tys. do 120 tys. mieszkańców – 56,
 - od 120 tys. do 200 tys. mieszkańców – 64,
 - od 200 tys. do 250 tys. mieszkańców – 72,
 - pow. 250 tys. mieszkańców – 80 członków.

Liczba członków rad gminnych winna była wynosić nie mniej niż 16 i nie więcej niż 36 osób, z uwzględnieniem w miarę możliwości przedstawicielstwa w radzie poszczególnych gromad wiejskich na terenie danej gminy. Narodowe rady gminne oraz miejskie w miastach niewydzielonych delegowały do rady powiatowej po jednym przedstawicielu z grona prezydium danej rady narodowej. Natomiast narodowe rady powiatowe i rady narodowe w miastach wydzielonych (z wyjątkiem miast Warszawy i Łodzi) delegowały z grona swego prezydium po dwóch przedstawicieli do wojewódzkiej rady narodowej. Do rad narodowych miejskich nie wchodziła przedstawiciele innych rad terenowych. Jeśli wskutek delegowania przez rady niższych stopni swych przedstawicieli do rady wyższego stopnia liczba delegatów przekroczy-

łaby połowę ustawowej liczby członków rady, Prezydium Krajowej Rady Narodowej mogło ustalić dla poszczególnych rad odrębne zasady udziału przedstawicieli rad niższych stopni. Liczba członków delegowanych nie mogła przekraczać:

- a) w wojewódzkich radach narodowych – 1/4 ogółu członków rady,
- b) w powiatowych radach narodowych i radach narodowych miast wydzielonych – 1/5 ogółu członków rady,
- c) w gminnych radach narodowych i radach narodowych miast niewydzielonych – 1/6 ogółu członków rady¹⁰.

Ustawa podkreślała również, że delegatami organizacji wymienionych w art. 4 mogły być osoby, które brały czynny udział w walce zbrojnej z okupantem bądź w cywilnej akcji samoobrony i oporu, włączając w to akcję propagandową, bądź też biorą udział w akcji odbudowy państwowości polskiej w zakresie politycznym, społecznym, gospodarczym lub kulturalnym, jeśli ukończyły 21 rok życia. Nie mogły być delegatami osoby „obciążone zarzutem współdziałania z okupantem niemieckim w jego walce z Narodem Polskim, bądź też udziałem w walce bratobójczej z niepodległościowymi organizacjami demokratycznymi”. W ten sposób wyłączano uczestników antykomunistycznego podziemia.

Ustawa z 1944 r. przewidywała, że organy wewnętrzne rad to **prezydium** i **komisje**. Rady narodowe wybierały ze swojego grona prezydium złożone z przewodniczącego, jego zastępcy oraz trzech członków. Osoby zajmujące stanowiska w administracji państwowej lub samorządowej na obszarze podległym właściwości danej rady oraz członkowie prezydium jakiegokolwiek innej rady narodowej mogli wchodzić w skład prezydium rady terenowej tylko za uprzednią zgodą prezydium rady narodowej wyższego stopnia. W żadnym razie nie mogli wchodzić w skład prezydium rady terenowej członkowie i pracownicy jej organów wykonawczych (wydziału wojewódzkiego i powiatowego, zarządu miejskiego względnie gminnego). Wśród stałych komisji powoływanych przez rady narodowe były: finansowo-budżetowa, oświatowa i kontroli. W razie potrzeby mogły być też powoływane inne komisje, a tryb ich ustalania określało Prezydium Krajowej Rady Narodowej. Rady narodowe, jako organy kontroli społecznej, miały też prawo w swoim zakresie działania do wyłaniania i wyznaczania nadzwyczajnych komisji dla poszczególnych spraw, z prawem do wzywania świadków i rzeczoznawców oraz przesłuchiwania zainteresowanych stron.

Zasadniczą formą działania rad narodowych były **posiedzenia**, które obowiązkowo odbywały się przynajmniej raz na miesiąc. Ponadto posiedzenie rady narodowej mogło być zwołane w każdym czasie przez prezydium rady

¹⁰ Por. J. Dąbrowski, *Organizacja władz administracji terenowej*, Warszawa 1980, s. 19.

z inicjatywy własnej lub na wniosek przynajmniej 1/4 członków rady. Obecność na posiedzeniach rady narodowej była obowiązkowa, a członek rady opuszczający bez uzasadnionej przyczyny dwa posiedzenia mógł być uchwałą prezydium rady pozbawiony mandatu. Każdej radzie narodowej przysługiwało prawo zawieszenia swych członków w prawach członkowskich zwykłą większością głosów i wykluczenia z rady większością 2/3 głosów, a wówczas organizacja delegująca miała prawo wysłać nowego przedstawiciela na miejsce wykluczonego członka rady.

Do prawomocności uchwał potrzebna była zwykła większość głosów, przy obecności przynajmniej 1/3 liczby członków. Rady narodowe winny być zwołane na sesję budżetową najpóźniej w styczniu przed rozpoczęciem roku budżetowego. Posiedzenia rady miały być jawne, a w szczególnych wypadkach same rady mogły uchwalić tajność posiedzenia.

Szczególne uprawnienia w stosunku do wszystkich rad narodowych uzyskało Prezydium Krajowej Rady Narodowej, wybierane przez nią i złożone z 5 do 7 osób: Prezydenta, jego dwóch zastępców, Naczelnego Dowódcy Wojska Polskiego oraz członków.

Krajowa Rada Narodowa, będąc władzą zwierzchnią i nadzorczą wszystkich rad narodowych, miała ustalać wytyczne i kierunek prac innych rad narodowych. Mogła ona rozwiązać bezpośrednio lub pośrednio hierarchicznie niższą radę narodową i zawiesić lub wykluczyć jej poszczególnych członków. Każda rada narodowa niższego stopnia miała przedkładać hierarchicznie stojącej wyżej terytorialnie właściwej radzie narodowej sprawozdanie ze swej działalności nie później niż do 15 dnia każdego miesiąca kalendarzowego, a sprawozdanie powinno być obejmować okres jednego miesiąca kalendarzowego. Rady narodowe były również zobowiązane przedkładać odpisy protokołów posiedzeń rady nie później niż do 7 dnia po odbyciu posiedzenia. Sprawozdania z działalności wojewódzkich rad narodowych winny być przedkładane KRN, a każda uchwała rad narodowych pozostająca w sprzeczności z obowiązującymi przepisami mogła być uchylona w trybie nadzoru przez KRN¹¹.

W art. 3 dekretu PKWN z 1944 r. o organizacji i zakresie działania samorządu terytorialnego samorząd terytorialny został określony jako korporacja prawa publicznego, reprezentowana przez radę narodową, realizująca samodzielnie ustalony zakres administracji publicznej o znaczeniu lokalnym i przy istnieniu określonych środków nadzoru. Organami wykonawczymi wojewódzkiej i powiatowej rady narodowej były odpowiednio **wydział wojewódzki** i **wydział powiatowy** składający się z 6 członków wybieranych przez radę narodową i przewodniczącego, którym z urzędu był wojewoda lub starosta. Wydział wojewódzki sprawował władzę porządkową nad prezydentami,

¹¹ Ibidem, art. 13, 17–24.

wiceprezydentami, członkami zarządów miast wydzielonych i członkami wydziałów powiatowych, a wydział powiatowy – nad burmistrzami, wójtami, sołtysami, członkami zarządu pozostałych miast i gmin wiejskich. Zwierzchni nadzór nad działalnością wojewódzkich i powiatowych organów wykonawczych sprawował kierownik resortu administracji publicznej.

Organem wykonawczym miejskiej rady narodowej był **zarząd miejski**, składających się w miastach wydzielonych z prezydenta i wiceprezydenta, w innych miastach z burmistrza i wiceburmistrza oraz we wszystkich wypadkach z 3–6 członków. Prezydent miasta pełnił zarazem funkcje starosty grodzkiego w miastach wydzielonych z powiatu i podlegał w tym zakresie wojewodzie. Organem wykonawczym gminnej rady narodowej był zarząd gminy składający się z wójta, podwójta i członków zarządu wybieranych przez gminną radę narodową. Wójtowi dla celów administracji gromadzkiej podlegał sołtys i podsołtys – wybierani przez ogólne zebranie mieszkańców gromad.

Do zakresu działań **wojewody** należały sprawy dotyczące właściwości rzeczowej resortu administracji publicznej, a więc nadzór nad działalnością starostów powiatowych, sprawy porządku publicznego, administracji wojskowej, polityki narodowościowej. Wojewoda zajmował się ponadto administracją przemysłu i handlu, sprawami opieki społecznej, kultury, administracją rolnictwa. Będąc jednocześnie przedstawicielem rządu w terenie, wojewoda posiadał następujące uprawnienia:

- wyłącznego reprezentowania rządu na uroczystych wystąpieniach (jeśli nie było delegata rządu) i uzgadniania działalności terenowych organów administracji rządowej w myśl zasadniczej linii działalności rządu;
- ogólnego sprawowania nadzoru nad sprawami osobowymi funkcjonariuszy państwowych z punktu widzenia wymogów bezpieczeństwa, spokoju i porządku publicznego oraz uzgadniania działalności administracji ogólnej i interesów gospodarczych województwa z potrzebami obronności państwa;
- żądania wyjaśnień od kierowników urzędów i zakładów państwowych położonych na terenie województwa;
- organizowania periodycznych zebrań kierowników urzędów i organów podległych bezpośrednio władzom centralnym w celu uzgodnienia działalności wszystkich działów administracji rządowej między sobą i z zasadniczą linią polityki rządu;
- udziału w posiedzeniach organów kolegialnych niezespołonych z administracją ogólną;
- opiniowania we wszystkich działach administracji rządowej kandydatów na stanowiska kierownicze, z wyjątkiem funkcjonariuszy organów centralnych¹².

¹² E. Kierejczyk, op. cit., s. 25–26.

Starosta z kolei był w terenie:

– szefem administracji ogólnej stopnia powiatowego i z tego tytułu do jego kompetencji należało szereg zadań z zakresu administracji i spraw wewnętrznych, administracji zdrowia i opieki społecznej, przemysłu i handlu, komunikacji i transportu, kultury i sztuki, odbudowy i rolnictwa;

– przedstawicielem rządu uprawnionym do reprezentowania rządu oraz koordynowania działalności niezespołonych organów administracji rządowej;

– przewodniczącym samorządowego organu wykonawczego (wydziału powiatowego) – i z tego tytułu kierował realizacją uchwał rady narodowej w tym zakresie, jak również sprawował nadzór nad pracą kierowników organów wykonawczych samorządu terytorialnego niższego stopnia¹³.

Przyjęta w art. 3 dekretu z 1944 r. generalna klauzula działania dla samorządu terytorialnego w sprawach publicznych o znaczeniu lokalnym, po wyłączeniu dziewięciu kategorii spraw (zagranicznych i handlu zagranicznego, wojskowych, wymiaru sprawiedliwości, lasów, górnictwa, kolei, dróg kołowych państwowych i wojewódzkich oraz dróg wodnych, poczty i telekomunikacji, waluty i ubezpieczeń, państwowych podatków, opłat, ceł, akcyz i monopoli) w rzeczywistości ograniczała się do wąskiego zakresu działania.

Reaktywowany po II wojnie światowej samorząd terytorialny formalnie zniesiony został przez ustawę z 20 marca 1950 r. o terenowych organach jednolitej władzy państwowej¹⁴. Wprowadzenie „jednolitych organów władzy państwowej” wiązało się z nową koncepcją państwa i spowodowało wprowadzenie ustroju lokalnego opartego już wprost na wzorach radzieckich. Samorząd terytorialny uznano za relikty poprzedniego ustroju, obcy państwu socjalistycznemu¹⁵.

Różnie był w literaturze oceniany kształt samorządu terytorialnego po jego reaktywowaniu w 1944 r.¹⁶ Niekiedy wskazywano, iż po wyzwoleniu nie było prawdziwego samorządu, gdyż rady narodowe były podporządkowane hierarchicznie, a nadzór nad nimi został mocno rozbudowany¹⁷. Zdaniem Czesława Ury określenie samorządu terytorialnego mianem korporacji prawa publicznego miało raczej znaczenie fasadowe i służyło głównie wskazaniu, że organy samorządu terytorialnego mają w określonym zakresie władztwo administracyjne¹⁸.

¹³ Z. Rybicki, op. cit., s. 46–47.

¹⁴ Dz. U. z 1950 r., nr 14, poz. 130.

¹⁵ Por. L. Rajca, *Gmina jako podmiot władzy publicznej i jako właściciel mienia*, Warszawa 2001, s. 27.

¹⁶ J. Służewski, *Rady narodowe i terenowe organy administracji państwowej*, Warszawa 1987, s. 20–21; zob. Z. Leoński, *System organizacji i funkcjonowania terenowych organów przedstawicielskich i organów administracji państwowej PRL*, Warszawa – Poznań 1989, s. 5 i nast.

¹⁷ Zob. B. Dolnicki, *Organizacja i funkcjonowanie administracji terenowej*, Katowice 1989, s. 76–77.

¹⁸ Cz. Ura, *Samorząd terytorialny w Polsce Ludowej 1944–1950. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 1972, s. 18.

Do ujemnych rozwiązań należało również wyeliminowanie istotnej cechy samorządu terytorialnego, tj. demokratycznego wyboru organów przedstawicielskich przez społeczeństwo. W składach rad narodowych pierwotnie były też reprezentowane również tzw. partie opozycyjne, ale zwłaszcza po 1948 r. zmierzano do zapewnienia dominacji zwolenników ustroju socjalistycznego. Jeśli chodzi jednak o zalety regulacji z 1944 r., to należy pamiętać o tym, że wprowadzono jednak instytucje samorządowe w skali województwa na terenie całego państwa, co nie miało miejsca w okresie międzywojennym z wyjątkiem nielicznych przypadków¹⁹.

Do głównych aktów prawnych, jakimi były omówione już: dekret PKWN z 1944 r., ustawa z 1944 r. o organizacji i zakresie działania rad narodowych oraz dekret PKWN z 1944 r., nie było odpowiednich przepisów wykonawczych, które zapewniłyby właściwą ich egzekucję. W pewnych sytuacjach rady narodowe stawały się bezradne wobec potęgi administracji centralnej. To, że nie mogły one zapewnić samorządom samodzielności i niezależności, wynikało z faktu, że same tego nie posiadały. Główną tego przyczyną był szeroko rozbudowany i ukierunkowany system nadzoru. Rady narodowe niższego stopnia nie miały swobody działania, gdyż ich uchwały, aby mogły być zrealizowane przez organ wykonawczy samorządu, musiały być zatwierdzone przez prezydium rady wyższego szczebla.

Przez pierwsze lata (1944–1947) samorząd terytorialny zachowywał pewne kompetencje, a nawet niezależność. Decydowało o tym wiele czynników, m.in. toczona walka polityczna, a także tradycje samorządowe z okresu międzywojennego. Kompetencje te były jednak niewielkie, ponieważ rady działały „nie rozszerzając nader wąskiego zakresu działania i nie rozluźniając zasad systemu finansowania”²⁰. W latach 1948–1950 coraz więcej decyzji podejmowanych było przez prezydium. W okresie walki z legalną opozycją niektórzy uważali, że przy rozważaniu ważnych kwestii mogłoby się pojawić na sesji głosy „demagogiczne”, pochodzące głównie z kręgów opozycji politycznej. Z tego powodu sądzono, iż pewne decyzje powinny być podejmowane w węższym gronie, tzn. prezydium. W miarę zaniku demokracji i umacniania się procesów centralizacyjnych malało znaczenie organów kolegialnych, a wzrastało nadzorczych. Nasilenie tego procesu nastąpiło w latach 1948–1950 i doprowadziło do utrwalenia znaczenia przewodniczącego i prezydium oraz do zupełnej likwidacji samorządu terytorialnego. Władza praktycznie przestała się liczyć ze społeczeństwem²¹. Wyeliminowanie opozycji i wzmocnienie się rządzących spowodowało zmianę sytuacji, gdyż wszelka forma samoorganizacji społeczeństwa mogła stanowić zagrożenie dla totalitarnego systemu władzy.

¹⁹ Por. Z. Leoński, *Samorząd terytorialny w RP*, Warszawa 2002, s. 3–4.

²⁰ M. Jaroszyński, *Zagadnienia rad narodowych*, Warszawa 1961, s. 17.

²¹ J. Regulski, *Samorząd III Rzeczypospolitej. Kompetencje i realizacja*, Warszawa 2000, s. 18.

Marcin Mielnik
Warszawa

Organizacja, kompetencje i działalność władz policyjnych czasów Komisji Rządzącej (14 stycznia – 5 października 1807 r.)

Rzeczypospolita Szlachecka na krótko przed swoim upadkiem rozpoczęła bardzo ważne reformy ustrojowe. Wtedy to stworzono pierwsze w państwie polskim centralne organa policji. Owoce tej pracy zostały definitywnie zniszczone w wyniku trzeciego rozbioru Polski w 1795 r.¹ Niebyt państwowości polskiej trwał do 1806 r., kiedy to pod wpływem konfliktu prusko-francuskiego wybuchło powstanie w Wielkopolsce i przeniosło się na inne obszary kraju². 7 i 9 lipca 1807 r. podpisano traktaty pokojowe w Tylży między Francją, Prusami a Rosją. W wyniku tego porozumienia – głównie z inicjatywy Napoleona – utworzono na ziemiach drugiego i trzeciego zaboru pruskiego Księstwo Warszawskie. Nazwa i powołanie króla saskiego na tron Księstwa było wynikiem kompromisu zawartego między nim a Aleksandrem I³.

W pierwszych miesiącach trwania wojny przeciw czwartej koalicji w społeczeństwie polskim odżyły nadzieje na odrodzenie Rzeczypospolitej w granicach przedrozbiorowych. Nastroje te odzwierciedlone zostały m.in. w pracach nad tworzeniem administracji⁴. Rola kierownicza w tym dziele przypadła Komisji Rządzącej powołanej przez Napoleona 14 stycznia 1807 r. Pełniła ona obowiązki rządu tymczasowego. Zbierała się codziennie w pałacu Krasińskich w Warszawie. Wszystkie osoby w niej zasiadające miały obowiązek

¹ A. Zahorski, *Centralne instytucje policyjne w dobie rozbiorów*, Warszawa 1959; J. Łojek, *Geneza i obalenie Konstytucji 3 maja*, Lublin 1986; S. Kutrzeba, *Historia ustroju Polski*, Poznań 2001.

² M. Kallas, *Historia ustroju Polski*, Warszawa 2005, s. 51; J. Bardach i M. Sękowska-Gluck (red.), *Historia państwa i prawa Polski*, t. 3: *Od rozbiorów do uwłaszczenia*; M. Kallas, *Konstytucja Księstwa Warszawskiego. Jej powstanie, systematyka i główne instytucje w związku z normami szczegółowymi i praktyką*, Toruń 1970, s. 23; E. Halicz, *Geneza Księstwa Warszawskiego*, Warszawa 1962, s. 172–173, 185–188.

³ E. Halicz, op. cit., s. 19.

⁴ B. Grochulska, *Małe państwo wielkiej nadziei*, Warszawa 1987, s. 1–30. Szerzej: J. Goclon, *Polska na królu pruskim zdobyta: ustrój, administracja i sądownictwo doby Komisji Rządzącej w 1807 roku*, Wrocław 1999, passim.

uczestniczyć w obradach. Tylko zwolnienie przez prezesa Komisji usprawiedliwiało nieobecność. Wszelkie decyzje podejmowano większością głosów. W wypadku równości głosowania, decydował głos przewodniczącego⁵.

Kompetencje Komisji Rządzącej zostały określone w dekreście o „Zasadach do urządzenia Komisji Rządzącej i innych władz jej podległych” z dnia 24 stycznia 1807 r.⁶ Do jej podstawowych zadań należało organizowanie administracji. Miało to umożliwić wojskom francuskim swobodne działanie na froncie, jednocześnie zaprowadzić porządek na terytorium przez siebie kontrolowanym⁷. Określono tam także podstawowe cele, jakie stawiała sobie nowa władza, oraz kompetencje rządu i poszczególnych ministrów, jak również obowiązki organów niższego szczebla: Izby Administracji Publicznej, izb powiatowych wykonawczych, magistratów miast, w końcu Izby Edukacyjnej. Przedmiotem tej regulacji była też pozycja duchowieństwa i rola religii w kraju. Dekret ten stanowił prawne źródło działania Komisji Rządzącej.

Narzucenie przez Napoleona systemu politycznego, tak innego od ustroju staropolskiego, utrudniało budowanie aparatu administracyjnego państwa, w którym niepoślednią rolę odgrywała policja. Działała ona jako instytucja centralna z własnym ministerstwem (dyrektoriatem). W ramach tego urzędu posiadała swój budżet, na który składały się pensje urzędników i fundusze specjalne wyznaczone przez Komisję Rządzącą. Dyrektor policji nie był władny sam decydować o wysokości powyższych sum. W tym względzie podlegał Komisji. Ponadto nie posiadał zależnej tylko od siebie struktury regionalnej, co dodatkowo ograniczało jego możliwości działania.

Policji dotyczył punkt jedenasty ustawy o organizacji Komisji Rządzącej. Została ona tam uznana za organ służący zapewnieniu Komisji Rządzącej „powagi” oraz bezpieczeństwa, a także oddano jej pod opiekę „dobro narodowe” w szerokim rozumieniu tego słowa. W sytuacji naruszenia tych dóbr dyrektor policji odpowiedzialny był za przeprowadzenie śledztwa i postawienie przed sądem winnych osób⁸. Do zadań policji nie należała zatem prewencja. Miała ona jedynie wykrywać przestępstwa i przeciwdziałać ich skutkom.

⁵ *Od trzeciego rozbioru do powstania styczniowego. Teksty źródłowe do historii polski 1795–1864*, wyboru dokonali, wstępem opatrzyli A. Hutkiewicz i A. Wątor, Szczecin 1997, s. 5, 37–39. Członkami Komisji Rządzącej zostali: S. Małachowski, Wybicki, Sobolewski, Gutakowski, S. Potocki, Działyński, Beliński oraz dyrektorzy (ministrowie): Skarbu – Jan Nepomucen Małachowski, Sprawiedliwości – Feliks Łubieński; Spraw Wewnętrznych – Stanisław Breza; Wojny – książę Józef Poniatowski; Policji – Andrzej Potocki, jak również dyrektor Sekretariat Stanu – Jan Andrzej Łuszczewski. Członkowie resortów tworzyli oddzielny organ, tzw. Dyrektorium Generalne, podlegające Komisji Rządzącej na podstawie § 14.

⁶ M. Handelsman, *Organizacja administracji Komisji Rządzącej r. 1807. Wybór tekstów*, Warszawa 1917, s. 10–14.

⁷ Istniejące dokumenty Rady Stanu odnoszące się do wykonywania rozkazu tworzenia parku wozów zaopatrzeniowych wraz z zaprzęgiem.

⁸ M. Handelsman, op. cit., s. 5–13.

Oznacza to, iż z założenia nie posiadała większych możliwości rozpoznawczych, które mogłyby posłużyć do zapobiegania przestępstwom kryminalnym. Samo działanie policji opierało się jedynie na donosicielstwie lub łapaniu na tzw. gorącym uczynku.

Realizacja wspomnianych celów wymagała sprawnego zorganizowania aparatu policyjnego. Toteż już w pierwszych dniach istnienia Komisji Rządzącej (19 stycznia 1807), dyrektor policji – przy udziale dyrektora spraw wewnętrznych – opracował projekt ustawy o etatach i obowiązkach poszczególnych urzędników swojego resortu. Planował zatrudnić dwóch regentów⁹, trzech sekretarzy, dwóch archiwistów, kasjera, protokolistę, sześciu kanallarzystów¹⁰, trzy „sługi” i stróża. Do zadań jednego z regentów miało należeć prowadzenie dziennika „expedycji”, czyli rejestru pism przychodzących i wychodzących, zarówno służbowych, jak i prywatnych między dyrektorem policji a Radą Stanu. Drugi regent miał prowadzić dziennik korespondencji wymienianej między dyrekcją policji a urzędami departamentowymi. Sekretarze byli odpowiedzialni za obieg korespondencji. Pierwszy miał obowiązek sprawować opiekę nad korespondencją między dyrektorem a Komisją oraz sporządzać odpowiedzi na zapytania, wnioski lub prośby prywatnych osób. Dwaj pozostali byli odpowiedzialni za prowadzenie korespondencji z poszczególnymi departamentami – jednemu z nich przyporządkowano departament białostocki, płocki i warszawski, a drugiemu poznański, kaliski i bydgoski. Archiwiści mieli natomiast opiekować się powierzonymi im dokumentami. Zadaniem pierwszego było odnalezienie, przejrzanie i uporządkowanie wszystkich akt policyjnych pochodzących z okresu Rzeczypospolitej Szlacheckiej. Drugi był zobowiązany zająć się dokumentami wytworzonymi w czasach zaboru pruskiego¹¹. Kasjer był odpowiedzialny za planowanie budżetu kancelarii. Ponadto miał kontrolować dochody i wydatki z funduszków miejskich. Protokolista wydawał wszystkie „expedycje” zgodnie z numerami w dzienniku na to przeznaczonym. Kanallarzyści mieli przygotowywać ostateczną wersję dokumentów „endendowanych” przez sekretarzy, tzn. wykończonych, przygotowanych pod względem treści do wysłania. Pozostała część urzędników nie miała wyznaczonych w tym czasie obowiązków.

Kolejna ustawa organizująca pracę policji nosiła tytuł „Etat osób kancelarię Dyrektora Policji składających z wyszczególnieniem ich obowiązków”¹². Jej twórcą był sam dyrektor policji Aleksander Potocki. Konkretyzowała ona

⁹ Regent – tu urzędnik ministerstwa odpowiedzialny za przyjmowanie i wysyłanie korespondencji.

¹⁰ Kanallarzysta – urzędnik zajmujący się sporządzaniem pism skonstruowanych przez sekretarzy, kopii dokumentów, które były „pożyczane” przez inne organa państwowe oraz wykonujący inne prace kancelaryjne.

¹¹ Jednocześnie dyrektor oświadczył, że nie będą oni stanowić obciążenia finansowego aż do połowy marca, ponieważ zostali opłaćeni przez rząd pruski.

¹² AGAD, Komisja Rządząca, sygn. 58, s. 20–21.

obowiązki na poszczególnych stanowiskach. Zgodnie z jej treścią powstał urząd sekretarza generalnego, który był kierownikiem całej kancelarii w resorcie. Do jego obowiązków należało kierowanie pracami kancelarii oraz prowadzenie dziennika „protokołu czynności” i dbanie o właściwy obieg korespondencji z Francuzami. Archiwista był odpowiedzialny za prowadzenie archiwum, które posiadało w swoich zasobach dokumentację staropolską i wytworzoną przez urzędników pruskich. Miał on ponadto służyć pomocą Komisji Rządzącej i każdemu dyrektorowi z osobna. Jednocześnie nowo powstały urząd prokuratora przy Trybunale Głównym miał mieć pieczę nad sprawami policyjno-milicyjnymi przez cały okres ich przebywania na wo-
kandzie każdego stopnia instancji. Do jego powinności należało również zbieranie raportów od prokuratorów pracujących przy sądach apelacyjnych. Kontroler miał utrzymywać kasę i registraturę wszystkich funduszków miejskich i szpitalnych.

W dalszej kolejności zostały wyliczone inne obowiązki urzędników. Sekretarz winien numerować wszystkie rezolucje i żądania. Następnie oddać je do dziennika. Tak jak regulowała to poprzednia ustawa, miał obowiązek utrzymywać korespondencję z Komisją Rządową i dyrektorami krajowymi w „interesach partykularnych”. Stwierdzono ponadto, że sekretarz powinien utrzymywać korespondencję z policją Warszawy i szpitalami oraz pisać wszelkie obwieszczenia. Zobowiązano go także do prowadzenia oddzielnej korespondencji z izbami administracyjnymi. Kancelaria miała ponadto sześć stanowisk intendentów departamentowych. Ich zadaniem było kontrolowanie sposobu realizacji rozkazów i rozporządzeń dyrektora policji. Mieli oni pilnować spraw policyjnych w sądach apelacyjnych. Intendent szpitalny winien doglądać szpitali warszawskich; przewidziano także stanowisko tłumacza, protokolisty oraz jednego kanallarzysty dla sekretarza generalnego, kontrolera i prokuratora generalnego, a także od sześciu do trzech sekretarzy. Planowano ponadto zatrudnić jednego odźwiernego i dwóch woźnych¹³.

Trzeciego kwietnia zapadła decyzja o przekazaniu dyrektorowi policji kontroli nad władzą policyjną magistratu Warszawy. W uzasadnieniu swojej prośby skierowanej do Komisji Rządzącej Potocki zwracał uwagę na przewlekłość postępowania w kontaktach z urzędnikami policyjnymi.

Administracja państwowa, tworzona z wykorzystaniem wielu różnych systemów, nie mogła powstać jako sprawnie funkcjonujący organizm w ciągu krótkiego okresu. Jak wykazała praktyka, cały okres istnienia Komisji nie był wystarczająco długi, by rozwiązać zasadnicze kwestie, z jakimi się borykano. Zgodnie z przeprowadzonymi ostatnio badaniami J. Goclona, podstawowym problemem, na jakim się skoncentrowano, było utworzenie nowych władz regionalnych, które miały zastąpić nielojalną administrację popruską.

¹³ Ibidem, s. 20–21.

Stała ona bowiem w opozycji do nowych władz. Konsekwencją tej postawy były częste próby agitowania na rzecz króla pruskiego¹⁴. Innym problemem była duża rotacja na stanowiskach z mianowania; szczególnie we wczesnej fazie istnienia Komisji Rządzącej. W przypadku policji to niekorzystne zjawisko pogłębiał fakt, że ówczesny dyrektoriat policji nie posiadał podporządkowanej mu oddzielnej struktury regionalnej¹⁵. Korzystał za to z usług różnych urzędów i instytucji państwowych, m.in. Izby Administracji Publicznej – kolegialnego organu regionalnego odpowiedzialnego za właściwe funkcjonowanie całej administracji. Jego działalność powinien też wspierać prefekt podległy ministrowi spraw wewnętrznych. Był to urząd przewidziany przez konstytucję, a mimo to do końca istnienia Komisji Rządzącej jego kompetencje nie zostały jasno określone¹⁶. Dyrektoriat policji zobowiązano do wypełnienia rozporządzeń innych szefów resortów. W ramach jego kancelarii czy porządku, jaki wtedy istniał, podlegający mu urzędnicy ponosili odpowiedzialność przed innymi dyrektorami.

Inną grupą zadań policyjnych było kontrolowanie miar i wag, pilnowanie osobno porządku na targach jarmarkach i innych miejscach handlu, dbanie o infrastrukturę publiczną, przekazywanie ogółowi informacji o miarach i wagach, kontrola jakości wytworzonego pożywienia i miejsc publicznych, gdzie było ono sprzedawane (np. winiarnie), a także innych produktów niespożywczych. Do innej grupy obowiązków należało aresztowanie za sprawy kryminalne i włóczęgostwo, wyrzucanie żebraków z miast czy też używanie ich do prac publicznych oraz wydawanie paszportów mieszkańcom, zgodnie z ustawą z dnia 4 marca 1807 r. Ponadto dyrekcja policji posiadała nadzór nad szpitalami, więzieniami, a także upoważnienie do przeprowadzenia badań statystycznych ludności, prowadzenia rachunków, stworzenia administracji publicznej. Miała też prawo używać Milicji Miejskiej, gdy porządek publiczny zostanie naruszony. Cywilów i wojskowych miano sądzić w oddzielnych sądach¹⁷.

Nie tylko w stolicy rząd napotkał problemy z wyborem nowych władz. Jak donosi pismo dyrektora policji, część miast w kraju nie chciała wykonywać poleceń Komisji. Taka postawa zagrażała bezpieczeństwu państwa, ponieważ brakowało podstawowych informacji, jakie były potrzebne do sprawowania rządów. Wówczas Potocki zdecydował o wysłaniu „kalkulatorów”, którzy mieli zebrać informacje na temat dochodów i wydatków, dane o eta-

¹⁴ Według źródeł, Komisja Rządząca nie mogła polegać na niemieckich oficjalistach. Poza prowadzeniem agitacji próbowali oni bierną postawą wesprzeć swojego władcę w toczącej się nadal wojnie.

¹⁵ AGAD, Komisja Rządząca, sygn. 62, s. 77.

¹⁶ Ustawa Konstytucyjna Księstwa Warszawskiego z 22 lipca 1807 r., [w:] M. Borucki, *Konstytucje polskie 1791–1997*, Warszawa 2002, s. 41–42; M. Kallas, *Organy administracji terytorialnej w Księstwie Warszawskim*, Toruń 1975, s. 15–16.

¹⁷ AGAD, K.P., Komisja Rządząca co do Dyrektora Policji, sygn. 62, s. 113–114.

tach i o ludności poszczególnych miast. W razie problemów miało ich wesprzeć wojsko¹⁸.

Tak zbudowany system administracyjny i rozdzielenie kompetencji władz policyjnych powodowało wiele nieporozumień z innymi instytucjami. Najczęściej występował problem z ustaleniem granic kompetencji poszczególnych ministerstw w sprawowaniu kontroli nad administracją regionalną czy obszarem ich działań. Aleksander Potocki musiał niejednokrotnie zmagać się z szefem wymiaru sprawiedliwości Feliksem Łubieńskim, a także z ministrem spraw wewnętrznych Stanisławem Brezą¹⁹. Z powodu braku porozumienia upadł projekt stworzenia milicji, która miała być strukturą pełniącą funkcje policyjne w zakresie zaprowadzania porządku publicznego. W takiej sytuacji jej kompetencje przejęły wojska liniowe. Stało się tak, mimo że Potocki zadeklarował przedstawienie w krótkim czasie gotowego projektu etatu milicji jako sposobu odciążenia wojska od pilnowania porządku²⁰. Fiasco tego projektu w realiach wojny, jaka była wtedy prowadzona, musiało mieć negatywne następstwa. Można się było bowiem spodziewać, że jego realizacja poprawiłaby znacznie bezpieczeństwo publiczne, a także uwolniła pewną liczbę wojsk, zarówno polskich, jak i francuskich, od wykonywania powinności policji.

Innym kierunkiem działań dyrekcji policji miało być stworzenie sprawnie działającego aparatu urzędniczego usytuowanego przy sądach drugiej instancji i sądu apelacyjnego. Pewne ograniczenie zainteresowania wynikało natomiast ze sposobu zorganizowania sądów w Księstwie Warszawskim. W tym czasie nie można było z organizacyjnego punktu widzenia rozróżnić sądów cywilnych i karnych jako oddzielnych instytucji. Funkcjonowały dwie instancje sądu cywilnego oraz jedna karnego, a obok nich - sąd pokoju rozpatrujący sprawy polubownie między dwoma stronami. W wypadku, gdy nie dochodziło do porozumienia lub nie było innego rozwiązania, sprawy trafiały na wokandę do właściwej instancji. W pierwszej istniał jedynie sąd cywilny. Druga wypełniała obowiązki sądu cywilnego i karnego. Sąd cywilny pełnił na tym etapie rolę drugiej instancji. Ten sam stopień sądu wykonywał obowiązki pierwszej instancji sądu karnego. Sąd apelacyjny odpowiedzialny był za sprawdzenie konkretnej sprawy, decydował, czy zostały spełnione wszystkie wymogi formalne podczas prowadzenia przewodu sądowego w instancjach niższej rangi²¹.

Kolejną inicjatywą było stworzenie grona intendentów reprezentujących przed sądem dyrektora policji. Miało to na celu usprawnienie pracy sądów,

¹⁸ Ibidem, sygn. 64, s. 43.

¹⁹ B. Gembarzewski, *Wojsko polskie. Księstwo Warszawskie 1807–1814*, Warszawa 1905, s. 281–311.

²⁰ AGAD, K.R., Komisja Rządząca co do Dyrektora Policji, sygn. 57, s. 4–7.

²¹ Szerzej: T. Mencil, *Feliks Łubniewski minister sprawiedliwości Księstwa Warszawskiego (1758–1848)*, Warszawa 1952, passim.

a jednocześnie rozdzielenie władzy policyjnej i sądowej. Urzędnicy ci byli odpowiedzialni za kontrolę wykonywania rozporządzeń dyrektora w każdym departamencie. Ze względów oczywistych działalność ta była ważna. Jednak oczekiwanie realizacji przedstawionych celów nie było rzeczą możliwą z powodu zbyt szerokich kompetencji, jakie zostały im przyznane. Reprezentacja przed sądem, zakładając uczestnictwo przy każdej sprawie, musiała pochłaniać wiele czasu. Również kontrola realizacji postanowień ministra była utrudniona, ponieważ intendent nie posiadał dostatecznej władzy.

Kolejnym ważnym problemem, jaki został postawiony przed policją, był dozór nad szpitalami, które pełniły wówczas nie tylko funkcje lecznicze, ale także udzielały schronienia osobom bezdomnym i żebrakom. Jak donosił Aleksander Potocki, były one w bardzo złym stanie. Specjalnym rozporządzeniem z 25 maja 1807 r. dyrektor policji próbował polepszyć ich stan²². Zabiegi te jednak nie przyniosły odzewu ze strony Komisji Rządzącej. Innym ważnym postanowieniem w sprawie lecznictwa było przejęcie utrzymywania „szkoły babienia”, tj. szkoły położnych. Koszt obliczany był na 12 tys. zł rocznie. Była to kwota całkiem spora, jeśli wziąć pod uwagę napięty budżet i nakłady przeznaczane na inne cele. Zarząd i dyspozycję środkami powierzono dyrektorowi policji 27 maja 1807 r.²³ Swoją jurysdykcję sprawował za pośrednictwem kalkulatora.

Inną kompetencją policji było kontrolowanie administracji publicznej, co zaczynało się już podczas wyborów nowych urzędników. Zadaniem dyrektora policji była organizacja i koordynacja wyborów zgodnie z ustalonymi przez Komisję Rządzącą zasadami.

Utarło się w powstającym państwie, że wprowadzanie nowych rozporządzeń zaczynało się od stolicy. Tak było z wyborem magistratu Warszawy. 6 lutego 1807 r. za pośrednictwem Izby Administracyjnej zlecono wybór nowych władz miasta. Cztery dni później kompletna lista kandydatów została podana Komisji Rządzącej do zatwierdzenia²⁴. Nie wszędzie jednak wyłanianie nowych członków magistratu przebiegało bez problemów. Dopiero 6 maja opracowano zasady wskazywania kandydatów na stanowiska prezydentów, burmistrzów, pisarza i kasjera. Podstawowym kryterium była umiejętność pisania i czytania oraz nieskazitelna przeszłość proponowanej osoby²⁵. W przypadku uchybienia tym wymogom rozporządzenia procedurę wyboru miano powtarzać pod nadzorem Izby Administracyjnej. Jeśli nie znaleziono odpowiedniego kandydata, to wyboru na dane stanowisko dokonywała Komisja Rządząca²⁶.

²² AGAD, K.P., Komisja Rządząca co do Dyrektora Policji, sygn. 62\V, s. 82.

²³ Ibidem, sygn. 61, s. 28.

²⁴ Ibidem, sygn. 58, s. 40.

²⁵ Ibidem, sygn. 61, s. 2.

²⁶ Ibidem.

Problem obejmowania stanowisk przez osoby niespełniające określonych warunków był, jak się zdaje, powszechny. Dlatego też, gdy tylko pojawiły się kłopoty z administracją, starano się jak najszybciej roz�isać nowe wybory²⁷. Taka sytuacja miała miejsce w Warszawie. Mimo istnienia władz regionalnych, rząd nie mógł liczyć na ich sprawne działanie. Z tego powodu dyrektor policji, powołując się na ustawę z 26 stycznia mówiącą o powołaniu nowej administracji, zaproponował 4 lutego 1807 r. szybkie przeprowadzenie wyborów. Podobnie sytuacja przedstawiała się w innych departamentach i miastach. Jeszcze w tym samym miesiącu podano Komisji Rządzącej listy kandydatów na stanowiska w izbach administracji publicznej²⁸. Wybory odbywały się podczas specjalnych zebrań, w których uczestniczyli obywatele posiadający odpowiedni majątek. Do zadań policji należało kontrolowanie tych spotkań. Już od samego początku Potocki śledził przebieg i rezultaty głosowań, potem przedstawiał swoje spostrzeżenia Komisji Rządzącej. W przypadku jakichkolwiek zastrzeżeń rozkazywał ponowić wybory²⁹. Pisma do Komisji Rządzącej były oparte na prywatnym zdaniu ministra. Zwracał on uwagę na kandydatów i przebieg zebrania. Oprócz umiejętności czytania i pisania, od kandydata wymagano lojalności wobec nowego rządu. Podobnie sprawa miała się z zebrańiami. Nie można było na nich pozwolić sobie na krytykę rządu czy niestosowne zachowanie podczas obrad. Zdarzenia takie były odnotowywane przez urzędnika kontrolującego przebieg obrad i przekazywane dyrektoriatowi policji. Ten na podstawie zebranych raportów unieważniał rezultaty głosowań, a ponadto nakładał kary za niestosowne zachowanie. Nie przynosiły one jednak rezultatu, gdyż – jak stwierdza raport Izby Administracji Publicznej z dnia 6 maja – urzędnicy departamentu warszawskiego w znaczącej liczbie nie spełniali podstawowych warunków określonych dla osób na tych stanowiskach. Dopiero w czerwcu dało się zaobserwować znaczący postęp w zatwierdzaniu wybranych władz³⁰.

Osobną sprawą leżącą w kręgu zainteresowania dyrektora policji było uzyskiwanie niezbędnych informacji dotyczących porządku publicznego, jak też funkcjonowania administracji. Musiano odczuwać znaczące braki w tym zakresie, skoro wzywano miasta do przesłania raportów ze szczegółowymi informacjami na temat dochodów oraz innych danych dotyczących ludności³¹. Najprędzej informacje te można było uzyskać z archiwów pruskich, które zawierały nie tylko archiwalia wytworzone przez niemieckich urzędników między rozbiorami a powstaniem Księstwa, ale także te polskie dokumenty włączone do nowo powstających struktur zaborcy na Mazowszu

²⁷ Ibidem, sygn. 61, s. 3–6; sygn. 58, s. 16.

²⁸ Ibidem, sygn. 58, s. 40, 45, 46.

²⁹ Ibidem, sygn. 58, s. 40.

³⁰ Ibidem, sygn. 61, s. 5; sygn. 62, s. 83, 84.

³¹ Ibidem, sygn. 64, s. 43.

i w Wielkopolsce³². Archiwum Polskie³³ w Warszawie było pozostałością po archiwum państwowym. Dużą jego część wywieźli Rosjanie. Zostały jedynie te zbiory, które wydawały się mieć wartość praktyczną dla Prusaków. Znalazły się tam archiwa: Komisji Skarbu Koronnego, Komisji Wojskowej Obojga Narodów, Marszałkowskie, część Archiwum Komisji Edukacji Narodowej i inne.

Podstawę prawną tych wszystkich działań stanowiła ustawa z 29 stycznia 1807 r.³⁴ Skonstruowana jako lista obowiązków, nie była jednak wystarczającym źródłem prawnym z dokładnym zakresem kompetencji władzy policyjnej. Pomocą z pewnością służyły ustawy regulujące obowiązki władz regionalnych³⁵. Wspomniana ustawa warszawska stanowiła wzór dla innych miast Księstwa. Jednak nawet to nie pozwalało uniknąć konfliktów. Już na samym początku miał miejsce spór między Izbą Administracji Publicznej a Magistratem Warszawy w sprawie podporządkowania władz miasta bezpośrednio dyrektorowi policji. W pierwszych dniach działalności Komisji Rządzącej istniało wiele niejasności co do granic władzy. Należy dodać, że Warszawa była największym miastem kontrolowanym przez władze polskie. Z tego powodu przed Komisją Rządzącą stanęło poważne zadanie. Ten przeciągający się konflikt mógł zachwiać nawet całym państwem. Z tego powodu próbowano go, jak się zdaje, załagodzić. Pod względem bezpośredniej odpowiedzialności władzę podzielono na dwie części. Magistrat w sprawach policyjnych podległy był dyrektorowi policji, natomiast w innych sprawach Izbie Administracji Publicznej. Postanowienie to zostało potwierdzone w piśmie z 19 lutego przez regenta kancelarii dyrektora policji.

Jednak do podstawowych obowiązków władzy policyjnej zaliczyć należało „czuwanie na rozruchy”, przestępstwa kryminalne, gry hazardowe i zachowanie obyczajów, a także koncentrowanie uwagi na „ludziach luźnych”. Jednym z narzędzi do walki ze wszystkimi tymi zjawiskami miały być paszporty wydawane na nowych zasadach. Spodziewano się w ten sposób dokładniej pilnować porządku publicznego. Z powodu braku źródeł trudno odpowiedzieć, jakie były efekty tej działalności.

Przedstawione wyżej ustawy nie rozwiązały wszystkich nieporozumień, jakie mogły powstać między dyrektorami policji, spraw wewnętrznych i sprawiedliwości. Świadczyć może o tym korespondencja między Komisją Rządzącą a Magistratem Warszawy, w której czytamy, że władze municypalne nie są w stanie podejmować rozporządzeń dyrektorów z powodu rozbieżności prawnych³⁶. Komisja Rządząca 21 stycznia 1807 r. nakazała dyrektorowi

³² H. Robótka, B. Ryszewski, A. Tomczak, *Archiwistyka*, Warszawa 1989, s. 261–271.

³³ „Archiwum Polskie” – tak zostały nazwane zbiory dokumentów zdobytych w wyniku zajęcia Warszawy przez wojska francuskie.

³⁴ AGAD, K.P., Komisja Rządząca co do Dyrektora Policji, sygn. 58, s. 31.

³⁵ Ibidem, s. 51.

³⁶ Ibidem, sygn. 57, s.10–11.

policji podjęcie rozmów z prezesem Izby Administracji Publicznej na temat „rozwiązania wszelkich wątpliwości” co do kompetencji obu władz³⁷. Izba – jak już zaznaczono wyżej – ulegała stopniowo władzy centralnej, tracąc na jej rzecz wpływy. Okazywało się, iż ta forma władzy regionalnej, która była przez dwa miesiące jedynym istniejącym organem na ziemiach polskich, nie tylko się nie sprawdza, ale także może stać na drodze do wprowadzenia silnego i sprawnego rządu. Pierwszy poważny konflikt, który dotyczył podziału kompetencji, został zażegnany w rezultacie spotkania, do którego doszło między obiema stronami. Jego przebieg zrelacjonował dyrektor policji w liście do Komisji Rządzącej. Stwierdził w nim, iż członkowie Izby Administracji Publicznej są gorliwymi „mężami”, a nieporozumienie wynikało z niedostatecznego kontaktu między dwoma instytucjami. Przedmiotem sporu zaś był – jak należy przypuszczać, czytając akta – błąd rządu. Wynikał on, jak tłumaczono, z krótkiego okresu czasu, jaki upłynął od powstania rządu, stąd też i „dla urzędnika, a im obszerniejsza powierzona władza, tym bacniejsze na wszystko ma być jego postępowanie. Nie powinny przeto dziwić [...] powolne prace nasze w urządzaniu stosunków i granic władz administracyjnych, [a co za tym idzie] należy, aby zachować co konieczne potrzeba z przeszłego porządku utrzymać”, tak by podstawowe prawa obywatelskie zostały zachowane³⁸.

Nieporozumienia w zakresie kompetencji wynikały z niespójności prawa. Bliskość siedzib ministrów i Izby Administracji Publicznej Departamentu Warszawskiego na pewno pozwalała na szybkie rozwiązanie tylko niektórych spraw. Z tego powodu Komisja Rządząca musiała się zająć tym problemem. Jego przeciąganie mogło doprowadzić do niepożądanych sytuacji w zakresie funkcjonowania administracji w całym kraju³⁹. Nagłe zmiany doprowadziły do rozmycia się kompetencji urzędów, co częściowo tłumaczy postawę pracowników Izby Administracji Publicznej. W przeciągu całego istnienia instytucja ta była nieustannie krytykowana. Zła opinia wynikała z braku przygotowania merytorycznego wielu pracowników oraz samej struktury instytucji. Urzędy zorganizowano na wzór francuski, co stanowiło duży problem dla urzędników wykształconych i przygotowanych do pracy w czasach stanisławowskich.

Warszawa i okolice, zarówno ze względów militarnych, jak i ekonomicznych, postrzegane były przez Komisję Rządzącą jako najważniejszy rejon na kontrolowanym przez siebie obszarze. Stał się on także, siłą rzeczy, punktem zapalnym. Powodem tego było m.in. zachowanie żołnierzy Wielkiej Armii. W styczniu – jak donosił prezes komisji kwaterunkowej Antoni Kryger – panował nieład związany właśnie z kwaterunkiem wojsk francuskich,

³⁷ Ibidem, s. 9–11.

³⁸ Ibidem, sygn. 57, s. 12.

³⁹ Ibidem, s. 14.

a także z ich zachowaniem. Samowola i wszechobecna arogancja spowodowały, że władze miasta próbowały ograniczyć kwaterowanie wojsk, co spotkało się ze sprzeciwem władz centralnych, Izby Administracji Publicznej, a także samych Francuzów. Musiało to doprowadzić do wielu zatargów między samymi Polakami i Francuzami. Dowodem na to jest list z połowy marca, kierowany z Magistratu Warszawy do dyrektora spraw wewnętrznych, w którym władze miasta wyrażają niezadowolenie z płacenia kolejnych sum na potrzeby rządu. Na prośbę Stanisława Brezy konflikt został rozwiązany przez dyrektora policji. Podjął on rozmowę z prezesem komisji kwaterunkowej. Skończyło się na upomnieniu. W przyszłości autorzy pism o takiej treści mieli być karani⁴⁰. Ta zdecydowana postawa dowodzi, jak mocno władze centralne były zdeterminowane wykonywać rozkazy Napoleona, nie licząc się z kosztami. Administracja miała być bezwzględnie posłuszna i przygotowana merytorycznie do działania na rzecz władz centralnych⁴¹.

Drugim równie ważnym problemem, z jakim musiała się zmierzyć Komisja Rządząca, było zaopatrzenie wojsk stacjonujących w mieście. Słży za tym obowiązki, jakie nałożył na Komisję Napoleon, w tym zakwaterowanie żołnierzy⁴². Koszty z tym związane, z rozkazu Napoleona, spoczywały na ludności okupowanego terytorium królestwa pruskiego, czyli także ludności polskiej będącej w tym czasie pod władzą Komisji. Należy uznać, iż spowodowało to stopniową zmianę nastrojów nie tylko wśród społeczeństwa, ale także urzędników⁴³.

Następnym problemem, z jakim musiano się zmagać, były wykroczenia żołnierzy francuskich, związane m.in. z ich zakwaterowaniem. Powołana do rozwiązania tej drażliwej kwestii Komisja Kwatermistrzowska miała od samego początku istnienia problem z subordynacją żołnierzy. Jak donosił jej prezes Antoni Kryger, oficerowie przypisywali sobie prawo wyznaczania miejsc zakwaterowania. Na tym tle dochodziło niejednokrotnie do zatargów. Dodatkowo postawa żołnierzy francuskich, nastawionych roszczeniowo wobec władz Magistratu, zaostrzała sytuację. Punktem kulminacyjnym było zorganizowanie najścia na siedzibę Komisji Kwatermistrzowskiej, podczas której duże grupy żołnierzy, zastraszając pracowników, chciały wymóc na nich wydanie pozwoleń na zajęcie upatrzonych przez siebie domów, bez względu na to, czy zostały one wyznaczone jako miejsce zakwaterowania armii, czy nie. Sprawą zajęła się Komisja Rządząca, która zobowiązała dyrektora policji do interwencji u władz francuskich. W końcu problem wojsk francuskich został uregulowany stosownymi rozporządzeniami⁴⁴.

⁴⁰ Ibidem, sygn. 59, s. 104.

⁴¹ T. Łepkowski, *Propaganda napoleońska w Księstwie Warszawskim*, „Przegląd Historyczny” 1962, s. 51–85.

⁴² AGAD, Komisja Rządząca, sygn. 57, s. 22.

⁴³ Ibidem, sygn. 59, s. 104.

⁴⁴ Ibidem, sygn. 57, s. 24.

Ekipa rządząca starała się także uregulować ceny żywności, aby ograniczyć spekulację produktami spożywczymi, a tym samym zmniejszyć do minimum niepokoje społeczne. Kwestia ta znalazła się w kręgu zainteresowania aż trzech dyrekcji: policji, spraw wewnętrznych i skarbowej. Jednak to na Potockiego spadł obowiązek stworzenia taryf, a także dopilnowanie, aby były one przestrzegane. W tym celu zorganizował on spotkania z mistrzami cechów zajmujących się produkcją poszczególnych towarów. Zakończyło się ono pewnym, jak zauważa sam Potocki, niespotykanym ustępstwem w niektórych kwestiach, takich jak wspólne ustalenie z piekarzami cen mąki. Ostateczna wersja ustawy dotyczącej cen została zatwierdzona 29 stycznia⁴⁵.

Osobnym tematem, jaki zwrócił uwagę władz polskich, była obecność i postawa niemieckojęzycznej społeczności, która parę lat przed powstaniem Księstwa przybyła na ziemię drugiego bądź trzeciego zaboru w celu zrobienia kariery. Jej reprezentanci byli uważani za źródło niebezpieczeństw, jakie groziły tworzonemu państwu. Zagrożenie to kojarzono przy tym nie tylko z niemieckojęzycznymi urzędnikami, ale także właścicielami ziemskimi i innymi osobami prywatnymi.

Na ziemiach należących do francuskiej strefy okupacyjnej urzędnicy pruscy dalej pełnili swoje obowiązki, przy czym każdy musiał współpracować z administracją wojskową najeźdźców i wykonywać jej wszelkie polecenia. Zasady te obowiązywały również na obszarze zarządzanym przez Komisję Rządzącą. Praktyka dowiodła, że urzędnicy pruscy nie kwapili się do pracy pod rozkazami ani Francuzów, ani Polaków⁴⁶. Jedynym rozwiązaniem w tej sytuacji, z punktu widzenia władz polskich, było więc zastąpienie pruskich urzędników – polskimi. Postawa wobec obcojęzycznych obywateli nie była jednolita, lecz zależna od wydarzeń na froncie. Na początku roku zarówno władze polskie, jak i francuskie, nie bez przyczyny, uznawały niemieckich urzędników za wrogów. Wraz z kolejnymi sukcesami Napoleona stosunek do niemieckich obywateli przyszłego Księstwa Warszawskiego ulegał złagodzeniu. O ile bowiem w pierwszych miesiącach istnienia Komisji Rządzącej wszyscy urzędnicy pruscy mieli zostać aresztowani, a obywatele niemieckojęzyczni deportowani do Prus, to w połowie 1807 r. wystarczyło jedynie złożyć przysięgę na wierność nowym władzom. Jako wyznacznik tej ewolucji polityki Komisji należy traktować pismo generała Beckera skierowane do Potockiego z rozkazem aresztowania wszystkich byłych pruskich urzędników⁴⁷. Wypowiadający się przeciwko obecnym władzom nie mogli czuć się bezpiecznie, gdyż rozporządzenie to dotyczyło również ludności cywilnej.

Niezadowolone zarówno urzędników, jak i zapewne społeczeństwa nasilało się wraz z upływem czasu. Świadczy o tym decyzja Małachowskiego

⁴⁵ Ibidem, s. 14, 28–30, 39.

⁴⁶ Patrz: J. Goclon, op. cit., s. 34.

⁴⁷ AGAD, Komisja Rządząca co do Dyrektora Policji, K.P., sygn. 58, s. 30.

z 23 marca 1807 r. Stwierdził on, iż wszystkie osoby głoszące „nieprzyzwoite” treści mają być ścigane i karane⁴⁸. Nie prowadzono żadnych czynności wywiadowczych w tym zakresie. Jeżeli nie schwytano sprawcy na gorącym uczynku, opierano się na donosach. Każdy agitujący przeciw rządzącym i nowym porządkom mógł zostać aresztowany już znacznie wcześniej⁴⁹. Nie prowadzono prawdopodobnie większych akcji w tym zakresie, skoro dopiero list francuskiego generała stał się tak naprawdę impulsem do podjęcia działań. Jak się wydaje, wszelkie akcje podejmowane przeciw osobom wypowiadającym „nieprzyzwoite” zdania ograniczone zostały do aktywnych zawodowo urzędników. Dopiero pod koniec maja Komisja Rządząca wydała odezwę do narodu, w której zachęcano obywateli do denuncjowania osób wypowiadających się w sposób negatywny na temat Komisji lub samego państwa. Była ona zdecydowanie skierowana przeciwko „nierodakom”. Na podstawie wzoru deklaracji wierności wobec nowych władz z 24 maja, przygotowanej przez A. Glińskiego, można stwierdzić pewną zmianę w postawie wobec Niemców. Jej treść pokazuje, jak bardzo im nie ufano. Z drugiej strony, wydając to pismo, stworzono prawne podstawy ich funkcjonowania w społeczeństwie jako pełnoprawnych obywateli. Była to jedyna droga dla niemieckojęzycznej ludności do osiągnięcia tego celu, a zarazem zachowania swojego majątku znajdującego się na obszarze państwa⁵⁰.

W ówczesnej rzeczywistości codzienne życie dużej części obywateli zależało od posiadania paszportów. Dokumenty te zostały podzielone na różne grupy. Jedne pozwalały podróżować w granicach prowincji bądź kraju, inne dawały prawo wyjeżdżania za granicę. Jednocześnie służyły one walce z włączęgostwem oraz kontrolowaniu migracji wewnątrz państwa, a co za tym idzie – łatwiejszego sprawdzania przyjezdnych, którzy mogli przecież być osobami podejrzanymi. Komisja Rządząca nakazała dyrektorowi policji, by śledził przyjeżdżających i wyjeżdżających z kraju. Przykładem takiego postępowania może być poddanie inwigilacji kupców moskiewskich, jak to miało miejsce bezpośrednio po zakończeniu wojny⁵¹. Ustalono jednocześnie ogólnie zasady wydawania paszportów. Miało się tym zająć sześciu specjalnych urzędników lub też sześciu prezydentów „dużych miast”.

Procedura przekazywania paszportów obywatelom była zróżnicowana. Wyjeżdżający za granicę musieli się ubiegać o stosowny paszport u prezydenta Izby Administracji Publicznej swojego departamentu. Nie tylko urzędnicy posiadali prawo wydawania tego typu dokumentów. Podobną władzę cieszyli się właściciele miast wspólnie z Izłą Administracyjną. Wydawano je na podobnych zasadach. Ograniczenia dotyczyły m.in. ilości egzemplarzy. Mogli oni

⁴⁸ Ibidem, sygn. 59, s. 104.

⁴⁹ Ibidem, sygn. 58 s. 26, 30.

⁵⁰ Ibidem, s. 25, sygn. 61, s. 26.

⁵¹ Ibidem, sygn. 57, s. 44, 45.

wydać nie więcej niż sto dokumentów rocznie, wyłącznie osobom na stałe osiadłym w regionie⁵². Mieszkańcy Warszawy, z powodu wielkości i pozycji miasta, mogli ubiegać się o nie u samego dyrektora policji. Nieco inaczej wyglądało wydawanie paszportów osobom podróżującym po kraju. Dokumentami tymi nie zajmował się dyrektor policji, lecz Izba Administracji Publicznej, Izba Wykonawcza i Magistratura. Wydawaniem paszportów na potrzeby regionalne zajmowali się w praktyce generalni rządcy. Wydanie nowego dokumentu wiązało się z pewnymi kosztami⁵³.

Policja Komisji Rządzącej odegrała niezwykle ważną rolę w powstającym Księstwie Warszawskim. Dyrektor policji zajmował się nagłącymi problemami społecznymi, które wywoływały niepokój wśród społeczności, szczególnie warszawskiej⁵⁴. Ceny żywności były najważniejszą kwestią, jednak nie jedyną. Dyrektor policji odpowiedzialny był za współtworzenie administracji regionalnej na ziemiach przyznanych przez Napoleona. Swoje poczynania skoncentrował na wyborze urzędników i na ich kontroli⁵⁵. Posiadał ponadto niebagatelny wpływ na rozwój polskich sił zbrojnych. Pomoc, jakiej Aleksander Potocki udzielił księciu Józefowi Poniatowskiemu przy tworzeniu armii, polegała na organizowaniu zaopatrzenia. Działania w tym zakresie polegały na przeprowadzaniu rekwizycji, nadzorowaniu zakupów, a także produkcji wymaganych produktów⁵⁶. Pozwoliło to w krótkim czasie stworzyć silną armię, jak na możliwości tak małego państwa, oraz rozpocząć dzieło budowania nowoczesnej administracji.

⁵² Ibidem, sygn. 59, s. 57, 96.

⁵³ Ibidem, s. 96.

⁵⁴ B. Grochulska, *Księstwo Warszawskie*, Warszawa 1966, s. 1–20.

⁵⁵ AGAD, Komisja Rządząca, K.P., sygn. 57, s. 9–12, 15–16; sygn. 58, s. 14, 15, 18, 40; sygn. 59, s. 108; sygn. 61, s. 2–6, 8, 10, 14–17; sygn. 62, s. 76, 77, 79, 83–86, 138–139, 147, 148; sygn. 64, s. 63.

⁵⁶ Ibidem, sygn. 57, s. 23, 32, 43, 58; sygn. 58, s. 10, 11, 41–43, 54, 55; sygn. 59, s. 61, 62; sygn. 62, s. 88, 89, 149, 150, 155–157, 165–169; sygn. 64, s. 20, 59, 68, 73, 80; sygn. 65, s. 3.

Recenzje i omówienia

Alicja Lisowska, *Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej. Podstawy instytucjonalne i programowe*, Wrocław 2005, ss. 234.

Praca Alicji Lisowskiej doskonale wpisuje się w najnowsze trendy polityki wspólnotowej powiązane z ochroną środowiska. Unia Europejska jest wiodącą strukturą międzynarodową w zakresie walki z wszelkimi zanieczyszczeniami środowiska naturalnego. Nie rodzi zatem zdziwienie fakt, że ukazują się coraz więcej publikacji dotyczących tej grupy problemów i ukazujących je z różnych punktów widzenia. Prezentowana praca porusza problematykę ochrony środowiska z punktu widzenia politologicznego, a właściwie pogranicza politologii i prawa. Trudno jest zgodzić się z opinią autorki (s. 13 w przyp. 9), jakoby w polskiej literaturze naukowej nie było na ten temat żadnych poważnych prac, za wyjątkiem pracy mojego autorstwa¹ oraz pracy Marka Pietrasia². Rozstrzygając tę kwestię z punktu widzenia metodologicznego, należy zgodzić się z tym twierdzeniem jedynie w tym, że w zakresie nauk politologicznych nie ma poważniejszej pracy, zaś na polu nauk prawnych można wymienić jeszcze wiele innych. Ponadto w przypadku polityki ekologicznej Wspólnoty Europejskiej trudno jest rozdzielić politologiczne aspekty ochrony środowiska od prawnych z powodu specyficznej procedury legislacyjnej. Decyzje, opinie czy programy działania należą do tzw. miękkich aktów prawnych (*soft law*). Są to akty prawne o przesłaniu właśnie politologicznym. Niezależnie zatem od tego, czy praca pisana jest pod kątem politologicznym, czy prawnym, polityka Wspólnoty Europejskiej w zakresie ochrony środowiska jest taka sama.

Książka A. Lisowskiej składa się z czterech rozdziałów, wstępu i zakończenia oraz wykazu literatury. Sam podział nie budzi zastrzeżeń, chociaż daje się zauważyć brak równowagi w ilości materiału w poszczególnych rozdziałach, zwłaszcza w rozdziale pierwszym i czwartym, w którym znajdują się jedynie dwie jednostki redakcyjne.

¹ M. Sitek, *Problemy ekologiczne w polityce prawnej i prawie Wspólnoty Europejskiej*, Toruń 1997.

² M. Pietraś, *Bezpieczeństwo ekologiczne w Europie. Studium politologiczne*, Lublin 2000.

W rozdziale pierwszym (s. 15–64), zatytułowanym *Polityka ochrony środowiska Unii Europejskiej: pojęcie i podstawy traktatowe*, autorka zajęła się wykazaniem podstaw prawnych polityki wspólnotowej w zakresie ochrony środowiska, a w szczególności omówieniem traktatów z traktatem amsterdamskim włącznie.

Rozdział drugi (s. 65–113) pt. *Podmioty polityki Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska* prezentuje państwa członkowskie Unii Europejskiej, instytucje Unii Europejskiej i partie polityczne w Parlamencie Europejskim. W tym miejscu czytelnik może odczuć pewien niedosyt z powodu braku omówienia organizacji pozarządowych jako dość istotnego podmiotu polityki Unii Europejskiej.

Rozdział trzeci (s. 114–153), zatytułowany *Założenia i mechanizmy polityki Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska w tytule XIX traktatu z Nicei*, dotyczy przedmiotu, celu i kryteriów polityki, kompetencji organów Unii Europejskiej i procedury podejmowania decyzji w rozwiązywaniu problemów wynikających z potrzeby ochrony środowiska, relacji między normami o charakterze wspólnotowym a normami wewnętrznymi państw członkowskich.

W rozdziale czwartym (s. 154–208) pt. *Podstawy ustrojowe polityki Unii Europejskiej w zakresie ochrony środowiska* zostały przedstawione ramowe programy działania Unii Europejskiej w dziedzinie ochrony środowiska i podstawowe zasady polityki Unii Europejskiej w tym zakresie. Pierwsze zagadnienie poruszone w tym rozdziale winno być rozbite na sześć jednostek redakcyjnych, z których każda byłaby poświęcona danemu programowi wspólnotowemu. Podobna uwaga dotyczy zasad ochrony środowiska, które zostały szczegółowo omówione w mojej najnowszej publikacji w drugim rozdziale³.

W pracy niezbyt jasno zostały rozgraniczone pojęcia: Unia Europejska

Wspólnota Europejska czy wręcz Wspólnoty Europejskie. W literaturze prawniczej przyjmuje się stosowanie poszczególnych terminów odpowiednio do omawianego okresu. O Unii Europejskiej można tak naprawdę mówić dopiero od 1992 r., tj. od traktatu z Maastricht. Pomimo tych kilku uwag praca Alicji Lisowskiej prezentuje dobry poziom merytoryczny i metodologiczny, a autorka wykazała się bardzo dobrą znajomością omawianej problematyki.

Magdalena Sitek

³ M. Sitek, *Polityka ochrony środowiska w sektorze usług turystycznych w świetle prawa Unii Europejskiej*, Olsztyn 2007, s. 315.

Wokół problematyki małżeństwa w prawie rzymskim. Henrico Insadowski (1888–1946) in memoriam, pod red. Antoniego Dębińskiego i Moniki Wójcik, Lublin 2007, ss. 194.

Praca zbiorowa pod redakcją Antoniego Dębińskiego i Moniki Wójcik świadczy o dużym zainteresowaniu, jakim cieszy się tematyka małżeństwa wśród polskich romanistów. Na przestrzeni ostatnich kilku lat ukazało się kilka pozycji poświęconych temu problemowi. Warto wspomnieć tu chociażby monografię Bronisława Sitka pt. *Trwałość i nierozzerwalność małżeństwa. Ze studiów nad małżeństwem w prawie rzymskim, kanonicznym Kościoła katolickiego i polskim prawie cywilnym* (Olsztyn 2002), pracę zbiorową pod redakcją Zuzanny Służewskiej i Jakuba Urbanika pt. *Marriage. Ideal – Law – Practice. Proceedings of a Conference held in Memoriam of Henryk Kapiszewski* (Warszawa 2005), a także liczne artykuły¹ poświęcone temu zagadnieniu, jak na przykład ten Rity Jaworskiej-Stankiewicz pt. *Familia rzymska – miniaturowe państwo w państwie*².

W prezentowanej publikacji tematyka małżeńska została na nowo podjęta przez Krzysztofa Burczaka³, Dorotę Ciułę⁴, Marzenę Hannę Dyjakowską⁵, Joannę Gołębiowską⁶, Macieja Jońcę⁷, Stanisława Józwiaka⁸, Joannę Misztal-Konecką⁹ i Monikę Wójcik¹⁰.

W dorobek profesora Henryka Insadowskiego, pamięci którego książka została dedykowana, wprowadza artykuł Antoniego Dębińskiego pt. *Wkład*

¹ Na ten temat publikacji romanistycznych z tego zakresu w roku 2006 zob. M. Zabłocka, *Stan badań polskiej romanistyki*, „Studia Prawnoustrojowe” 2007, nr 7, s. 15–16.

² R. Jaworska-Stankiewicz, [w:] *Podstawy materialne państwa*, s. 353–361.

³ *Małżeństwo w ustawodawstwie synodów galijskich*, s. 21–51.

⁴ *Najstarsze przyczyny rozwodu w prawie rzymskim*, s. 53–70.

⁵ *Prawno-obyczajowe aspekty rodziny rzymskiej u Horacego*, s. 73–93.

⁶ *Przysporzenie majątkowe w stosunkach konkubenckich w ustawodawstwie Justyniana*, s. 95–110.

⁷ *Antoniusz i Kleopatra – jakie to małżeństwo?*, s. 113–133.

⁸ *Uwagi św. Augustyna o małżeństwie i rodzinie rzymskiej*, s. 135–153.

⁹ *Powinowactwo jako okoliczność wyłączająca zawarcie małżeństwa w prawie rzymskim na tle prawa polskiego*, s. 155–168.

¹⁰ *Wstąpienie do klasztoru jako przyczyna ustania małżeństwa w prawie justyniańskim*, s. 177–190.

Henryka Insadowskiego do nauki prawa rzymskiego. Profesor Dębiński przedstawił zachowany dorobek monograficzny H. Insadowskiego, a mianowicie trzy pozycje książkowe, wydane w Lublinie w latach 1931–1935: *Res sacrae w prawie rzymskim*, *Studium z sakralnego prawa rzymskiego*, *Prawo rzymskie u Horacego*, *Rzymskie prawo małżeńskie i chrześcijaństwo*, podkreślając przy tej okazji szczególną wnikliwość i nowatorski – biorąc pod uwagę moment publikacji – charakter tych dzieł. Profesor Dębiński skupił się na omówieniu ostatniej pracy Henryka Insadowskiego poświęconej małżeństwu, wskazując, iż pewne tezy tego autora nie ostały się w świetle najnowszych badań nad instytucją małżeństwa rzymskiego. Można przytoczyć jako przykłady powszechny już dziś pogląd, iż prawu rzymskiemu nieznane były dwie formy małżeństwa (*cum manu* i *sine manus*), panuje też zgodna opinia o braku wymaganej prawem formy przy zawieraniu małżeństwa, jak również o decydującej roli konsensusu małżonków w momencie zawierania i trwania związku¹¹. Niestety, jak wskazuje A. Dębiński, nie ukazały się drukiem dwie ostatnie – prawdopodobnie ukończone – prace H. Insadowskiego, których maszynopisy zaginęły po śmierci autora w 1946 r. Fakt ten, przy podkreślonej przez autora artykułu wysokiej wartości merytorycznej dorobku tego polskiego romanisty, z pewnością jest dużą stratą.

Cykl artykułów problemowych otwiera praca Krzysztofa Burczaka na temat regulacji synodów galijskich IV–VII w. Autor opisał szereg synodów biskupich mających miejsce na przestrzeni 314–653 r. Okazuje się, że głównym przedmiotem troski hierarchów kościelnych były małżeństwa osób stanu duchownego. Z jednej strony powtarzane często zakazy i ograniczenia w odniesieniu do duchownych, którzy wstąpili w związek małżeński, miały odwieść od tego zamiaru ich ewentualnych naśladowców. Z drugiej należało rozwiązać w jakiś sposób problem tych duchownych, którzy żyli w związkach małżeńskich w momencie wydania wspomnianych zakazów. Nie dotyczyło to osób stanu zakonnego, które nie mogły zawierać małżeństw. Duchowni, którzy posiadali żony, mieli natomiast zazwyczaj zamkniętą drogę do wyższych stanowisk, wymagano też od nich powstrzymywania się od pożycia cielesnego. Ciekawym aspektem tych regulacji jest próba podjęcia przez papieża Innocentego dyskusji teologicznej w odniesieniu do małżeństw duchownych.

Obok związków małżeńskich osób stanu duchownego przedmiotem zainteresowania biskupów były się również małżeństwa osób świeckich. Ciekawą kwestią jest przejęcie z prawa rzymskiego (z powołaniem wprost na regulacje zawarte w kodeksie Teodozjańskim) zakazu małżeństwa porywacza z porwaną dziewczicą czy z wdową (czasami pod karą śmierci lub zniewolenia – tu analogia do kary wykonywanej na westalce, która popełniła *incestum*).

¹¹ Warto zwrócić jednak uwagę na rolę konsensusu *patres familias* nupturientów, który – przy tak daleko idących uprawnieniach wynikających z władzy ojcowskiej – był wymagany.

Kolejnym problemem, przed którym stanęli uczestnicy synodów, było stawienie czoła zwyczajom miejscowej ludności, dla której związki małżeńskie między krewnymi – uznane przez Kościół za kazirodczne – były rzeczą zupełnie naturalną.

Artykuł oparty jest w całości na materiale źródłowym, co dodatkowo podnosi jego wartość. Autor ukazuje etap rozwoju regulacji kościelnych, ale i powolne kształtowanie się unormowań świeckich w materii małżeństwa, często zapożyczonych z tych kościelnych.

Dorota Ciuła, opisując najstarsze przyczyny rozwodu w prawie rzymskim, podjęła się niełatwego (co sama zaznacza we wstępie) zadania wejrzenia w regulacje prawne dotyczące rozwodu, a pochodzące z okresu królestwa i wczesnej republiki. Trudność i jednocześnie z góry zakładana hipotetyczność pewnych wniosków determinuje brak bezpośrednich źródeł z omawianego okresu. Autorka musiała sięgnąć do prac późniejszych rzymskich historyografów, gramatyków czy źródeł prawnych. Tym niemniej efekt końcowy badań jest niezwykle interesujący i wart dalszego pogłębienia.

Autorka postawiła kilka wniosków, które można byłoby poddać dalszej dyskusji: np. stwierdziła (s. 57 i nast.), że w czasach królewskich małżeństwo rzymskie było związkiem nierozzerwalnym ze swej natury, bowiem zawierano go przez *confarreatio*. Jednak jednocześnie sama wskazała, iż ta forma była stosowana w małżeństwach między patrycjuszami, zatem wniosek o nierozzerwalności małżeństwa rzymskiego we wspomnianym okresie może wydać się zbyt ogólny. Dodatkowo, w ocenie piszącej, potwierdzeniem tezy o nierozzerwalności rzymskiego *matrimonium* miałyby być fragment z *Leges regiae*, przypisywany Romulusowi, w którym to wyszczególniono uznawane przez prawo przyczyny rozwodu (*repudium*). Dalej – kontynuując ten wątek – autorka stwierdziła: „Z zachowanych źródeł wynika, iż król Romulus wydał ustawę, w której zezwolił wyłącznie małżonkowi na przeprowadzenie rozwodu...” (s. 70), potwierdzając wynikający właśnie z ustaw królewskich nierozzerwalny charakter małżeństwa (s. 69). Można byłoby się zastanowić czy – zakładając pełną adekwatność ustaw królewskich – do czasów panowania królów rzymskich sytuacja nie przedstawiała się w ten sposób, iż Romulus wprowadził ograniczenia możliwości odrzucenia żony (bowiem do tego właśnie się sprowadzało się *repudium*). Warto wspomnieć, iż cytowany przez D. Ciulę Liwiusz, jak i inni późniejsi autorzy, podkreślają wysiłki pierwszych królów rzymskich w kierunku wychowania i zlagodzenia obyczajów swoich poddanych.

Powrót w tym kontekście do kwestii nierozzerwalności małżeństwa w czasach najdawniejszych dziejów prawa rzymskiego skłania do ponownego pytania: czy nierozzerwalne byłyby w tym okresie jedynie małżeństwo między patrycjuszami jako te zawarte przez *confarreatio*? Skoro tak, to opierając się na przytoczonym brzmieniu ograniczeń Romulusa w odniesieniu do rozwodów, czy jeśli rozwód nastąpiłby z przyczyn innych, niż zostały uznane, to

małżeństwo trwa dalej? Sama autorka przyznała, że jedyną sankcją za złamanie tak rozumianej nierozzerwalności małżeństwa była ta natury majątkowej (s. 58). Tym samym małżeństwo było uważane za zerwane. Warto zastanowić się, jak rozumie autorka wspomnianą przez nią „nierozzerwalność”?

Należy zaznaczyć, że pewne kwestie, a tym samym i płynące z nich wnioski, Dorota Ciuła była zmuszona przedstawić w sposób skrótowy. W tak krótkiej formie, jaką jest artykuł naukowy, trudno przedstawić w pełnym świetle złożoność problemu, jakim jest instytucja rozwodu w prawie rzymskim. Niemniej autorka wnikliwie przyjrzała się temu zagadnieniu, czego efektem jest prezentowana tu publikacja.

Tematykę rozwodów i obyczajowości kontynuuje Marzena Hanna Dyjakowska. Artykuł, oparty głównie na źródle literackim, ukazuje tym niemniej niezwykle ciekawy i żywotny problem styku prawa i obyczajności społeczeństwa, które ma to prawo stosować. Z jednej strony, również współcześnie obserwuje się niczym nieuzasadnioną wiarę ustawodawcy w uzdrawiającą moc ustaw, a z drugiej pojawia się bolesne często zderzenie tej wiary z praktyką.

Fragmety poezji Horacego, analizowane przez autorkę, znakomicie ukazują obraz, z pewnością – zgodnie z manierą tamtych czasów - nieco przesadzony, upadku moralnego społeczeństwa rzymskiego. Świadom tej sytuacji Oktawian August – w oczach poety mąż opatrnościowy – podejmuje walkę o przywrócenie obyczajów przodków. Instrumentem tej walki staje się prawo, a dokładnie opisywane przez M.H. Dyjakowską tzw. ustawy małżeńskie. Horacy humorystycznie, ale i z pewną euforią opisuje te próby, chwając cel i ganiąc tych, którzy nie stosują się do programu naprawczego i tkwią w moralnym upadku. „Cóż jednak znaczą ustawy bez obyczajów?” – pyta zawiedziony poeta (s. 92), jakby przeczuwając daremność wysiłków legislatora. A może to smutna samokrytyczna refleksja bezdzietnego kawalera, piewcy ustaw promujących małżeństwo i wielodzietność?

Artykuł Marzeny Hanny Dyjakowskiej, napisany ciekawie i z dużym znawstwem, warto polecić jako lekturę tym wszystkim, którzy oddzielają prawo od obyczajów, wierząc w sprawczą wszechmoc tego pierwszego.

Joanna Gołębiowska zainteresowała się tematem bardziej przyziemnym, mianowicie zabezpieczeniem materialnym rzymskiej rodziny, dla której z pewnością zagrożeniem były przysporzenia majątkowe ma rzecz konkubin.

Zagadnienie alimentacji, znane prawu rzymskiego, odnosiło się przede wszystkim do legalnego potomstwa. Pozycja konkubiny i dzieci zrodzonych z takiego związku była, w kontekście jakichkolwiek zobowiązań finansowych naturalnego ojca, niezwykle dogodna dla mężczyzny. Niezwiązany żadnym obowiązkiem prawnym, z dobrej woli mógł wspierać finansowo matkę i wspólne potomstwo, a nawet pozostawić im w testamencie pewną część majątku. Jednak dość wcześniej prawo zaczęło ingerować w tę sferę, ograniczając możliwości przysporzeń majątkowych na rzecz konkubiny czy dzieci

zrodzony z takiego związku. Głównym celem był ochrona żony i potomstwa zrodzonego w legalnym małżeństwie. Za cesarzy chrześcijańskich doszedł do tego jeszcze aspekt natury teologicznej, a mianowicie potępienia przez chrześcijaństwo konkubinatu jako związku sprzecznego z nauką Kościoła. Z takiego podejścia wywodziło się chociażby ustawodawstwo Konstantyna I w tej materii, o którym pisała już wcześniej Aleksandra Paczkowska¹². Joanna Gołębiewska podjęła na nowo ten temat, ukazując zmiany wprowadzone przez cesarza Justyniana I oraz ich podłoże zarówno społeczne, jak i religijne.

Maciej Jońca z kolei powrócił do najsłynniejszego chyba romansu starożytności, jakim była miłość triumwira Marka Antoniusza i egipskiej (a raczej grecko-egipskiej) królowej Kleopatry VII Filopator. Dość przewrotnie, bo tytuł sformułowany w formie pytania wskazuje na istniejący do dziś spór na temat prawnego charakteru tego związku. Według autora przed rokiem 32 p.n.e., w którym to Antoniusz zdecydował się wysłać swej legalnej małżonce Oktawii list rozwodowy, trudno jednoznacznie ustalić, jaki charakter miało jego pożycie z Kleopatrą. Źródła, jakimi dysponujemy, są zazwyczaj albo nieobiektywne, albo niepewne ze względu na cezurę czasową. Jednak autor słusznie – moim zdaniem – skłania się raczej ku wnioskowi, iż według prawa rzymskiego Marek Antoniusz nie mógł zawrzeć legalnego *matrimonium* z królową Egiptu ze względu, po pierwsze, na fakt, iż przez pewien czas był jeszcze mężczyzną żonatym, a po drugie nie miał z Kleopatrą *conubium*. Tym samym, mimo łączącego tych dwoje *affectio maritalis*, nie można przypisać tej władczyni zaszczytnego miana *uxor*.

Św. Augustyn, jak i wielu myślicieli Kościoła zabierał głos nie tylko w kwestiach dotyczących wiary. Wprawdzie tematyka małżeństwa w dziełach św. Augustyna jest poruszana raczej na płaszczyźnie teologicznej, jednak punkt odniesienia stanowią dla biskupa Hippony znane mu realia, a więc m.in. rzymski model małżeństwa i rodziny. Jak wskazał Stanisław Józwiak, poznanie tych koncepcji stanowi bardzo cenny i ciekawy sam w sobie, materiał prawnohistoryczny.

Warte poznania wydaje się chociażby szczególne znaczenie, jakie nadał św. Augustyn *tabulae matrimoniales*. W jego koncepcji stanowią one podstawę zawarcia małżeństwa i jednocześnie symbol jego nierozzerwalności. Jest to również swoisty program dla małżonków, którzy odwołują się do ich treści w momentach kryzysowych. *Tabule* bowiem wskazują m.in. porządek i hierarchię w rodzinie chrześcijańskiej, wzorowaną zresztą w dużej mierze na rzymskiej *familia* ze stojącym na jej czele *pater familias*.

Joanna Misztal-Konecka zajęła się powinowactwem jako okolicznością wyłączającą zawarcie małżeństwa w prawie rzymskim i polskim. Wychodząc od współczesnych regulacji tej materii (art. 26 kodeksu rodzinnego i opiekuńcze-

¹² A. Paczkowska, *Darowizna na rzecz konkubiny i jej dziecka w ustawodawstwie Konstantyna*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, Lublin 2004, s. 197–212.

go), chciała skłonić do zastanowienia się nad genezą i celowością traktowania stosunku powinowactwa jako (mówiąc językiem współczesnym) przeszkody małżeńskiej. Przede wszystkim wskazała ona, iż *ad finitas* w tym kontekście nie była znana archaicznemu prawu rzymskiemu. Prawdopodobnie pojawiła się w okresie klasycznym, kiedy to rozpoczął się jej powolny rozwój. Uważny czytelnik dostrzeże łatwo pewne podobieństwa współczesnej koncepcji powinowactwa z tą dojrzałą rzymską, pochodzącą z okresu justyniańskiego.

Bardziej problematycznym zagadnieniem okazało się uzasadnienie istnienia powinowactwa jako przeszkody. Dla Rzymian związki takie były czymś niegodnym, stąd mimo początkowego braku regulacji prawnych, ich raczej negatywna ocena społeczna, szczególnie w doniesieniu do powinowactwa w linii prostej. Tym niemniej również współcześnie podnoszą się głosy, iż nie ma żadnego uzasadnienia przemawiającego za utrzymaniem powinowactwa w katalogu przeszkód małżeńskich. Czy istotnie czeka nas reforma prawa rodzinnego w tym zakresie? Z tym pytaniem autorka pozostawia czytelnika.

Ostatni artykuł treściowo nawiązuje do artykułu Krzysztofa Burczaka o małżeństwie w ustawodawstwie synodów galijskich w IV-V w. oraz do pracy Doroty Ciuły na temat najstarszych przyczyn rozwodów w prawie rzymskim. Monika Wójcik zajęła się reformami Justyniana w tej materii, a dokładniej – nową przyczyną rozwodu, którą stanowiło wstąpienie do klasztoru.

Sam tytuł publikacji, mówiący o przyczynie ustania małżeństwa, wskazuje na pewne problemy interpretacyjne, jakie pojawiły się w odniesieniu do Nowel Justyniana 22.5 i 123.40. Chodziło o to, czy w wyniku wstąpienia jednego z małżonków do klasztoru małżeństwo rozwiązuje się *ex lege*, czy może fakt ten stanowi jedynie przesłankę dla współmałżonka do dokonania jednostronnego rozwodu bez ujemnych konsekwencji. W ocenie autorki rację mają ci badacze, którzy twierdzą, iż Justynian ustawił jedynie nową przesłankę dopuszczającą jednostronny rozwód. Osoba nosząca się z zamiarem rozpoczęcia życia zakonnego musiała poddać się trzyletniemu okresowi nowicjatu. Czas ten służyć miał sprawdzeniu i zweryfikowaniu mocy tej decyzji. Z kolei współmałżonek mógł w tym czasie zakończyć małżeństwo lub czekać na ewentualną zmianę decyzji drugiej strony. Dopiero przyjęcie święceń powodowało ustanie małżeństwa *ex lege*. Oczywiście nadal bez ujemnych konsekwencji (szczególnie tych majątkowych) dla opuszczonego współmałżonka.

Jak widać z powyższego przedstawienia zagadnień poruszanych w pracy zbiorowej *Wokół problematyki małżeństwa...*, autorom udało się pokazać, że wiele kwestii czeka jeszcze na zgłębienie i rozstrzygnięcie. Duża zaletą publikacji jest przystępne i ciekawe ujęcie niełatwego przecież problemu. Być może któryś z artykułów okaże się inspiracją dla czytelnika do podjęcia dalszych badań w tym kierunku.

Aldona Rita Jurewicz

Międzynarodowe seminarium „Perspektywa unifikacji europejskiego prawa zobowiązań. Wymiana doświadczeń kultury prawnej państw europejskich” (Olsztyn, 20 kwietnia 2007 r.)

Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego UWM w Olsztynie wraz z Okręgową Izbą Radców Prawnych w Olsztynie zorganizowała po raz pierwszy międzynarodowe seminarium związane z problematyką prawa porównawczego prywatnego. Otwarcia seminarium dokonali: prof. Stanisław Pikulski, dziekan Wydziału Prawa i Administracji UWM w Olsztynie oraz mec. B. Dzitko, dziekan Okręgowej Izby Radców Prawnych w Olsztynie.

Zamiar zorganizowania takiej konferencji zrodził się podczas naukowych dysput pomiędzy prof. dr. hab. Bronisławem Sitkiem a prof. Aldo Petruccim, reprezentującym Uniwersytet w Pizie (Włochy). W zamierzeniu jest organizowanie kolejnych spotkań komparatystów prawniczych w Olsztynie. Referaty zostały wygłoszone w języku włoskim.

Badania naukowe zacieśniono do analizy przepisów prawnych europejskiego projektu kodeksu zobowiązań, przygotowanego przez tzw. Komisję Lando (*Commission on European Contract Law*). Prace te były finansowane przez Komisję Europejską. Sam projekt kodeksu nigdy nie stał się prawem wiążącym, niemniej jednak ma ogromny wpływ na nowelizacje prawa zobowiązań w wielu krajach, jak np. w 2002 r. w Niemczech. Zamiarem Ole Lando, duńskiego prawnika, było stworzenie projektu kodeksu zobowiązań, który byłby możliwy do zaakceptowania przez wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej. W tym celu postanowiono oddzielić warstwę normatywną od historycznych uwarunkowań kształtowania się systemów prawa na kontynencie europejskim, zwłaszcza od prawa rzymskiego. Bliższa analiza proponowanych rozwiązań ukazuje jednak, że nie zostało to osiągnięte, bowiem *implicite* wiele zawartych w tym projekcie rozwiązań jest dogmatycznie powiązanych z prawem rzymskim.

W trakcie konferencji odbyły się dwie sesje. Pierwszej z nich przewodniczył prof. U. Santarelli z Uniwersytetu we Florencji (Włochy). Najpierw prof. A. Petrucci z Uniwersytetu w Pizie (Włochy) wygłosił odczyt na temat: *Zasada „impissibilium nulla obligatio est” a włoskie kodeksy cywilne z 1865 i 1942 (Il principio “impossibilium nulla est obligatio” ed i codici civili italiani del*

1865 e 1942). Zwrócił w nim uwagę na stosowanie wyżej wspomnianej zasady w prawie włoskim w perspektywie rozwoju historycznego. Kolejnym referentem był prof. W. Dajczak z Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu, który mówił na temat: *Generalizacja zasady „impossibilium nulla obligatio est” we współczesnej dogmatyce. Rozważania w perspektywie doświadczeń polskich w XX wieku (Generalizzazione della regola “impossibilium nulla obligatio” nella dogmatica moderna. Riflessioni dalla prospettiva delle esperienze polacche del XX secolo)*. Jako ostatni w tej sesji głos zabrał prof. F. Longschamps de Bériet z Uniwersytetu Warszawskiego, który wygłosił referat na temat: *„Qui suo iure utitur neminem laedit”. Konflikt zasad prawa (“Qui suo iure utitur neminem laedit”. Il conflitto delle regole nel diritto)*. Zwrócił w nim uwagę na konieczność eliminowania z systemu prawa sytuacji prowadzących do nadużycia prawa.

Sesji drugiej przewodniczył prof. Władysław Rozwadowski. Jako pierwszy głos zabrał prof. B. Sitek z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, który wygłosił referat na temat: *„Impossibilium nulla obligatio est” (D. 50.17.185). Pierwotna niemożliwość świadczenia w wybranych systemach prawnych. Studium prawno porównawcze*. Referent dokonał syntetycznej prezentacji stosowania ww. zasady w pandektystyce niemieckiej, a następnie w BGB, a także omówił wpływ niemieckiej nauki prawa na prawo polskie. W dalszej części obrad głos zabrał dr M. Sobczyk z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

Na zakończenie konferencji odbyła się prezentacja książki autorstwa G. Luchettiego i A. Petrucciego, pod tytułem *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law dalla Commissione Lando*, wydanej w Boloni w 2006 r. Prezentacji dokonał prof. U. Santarelli z Uniwersytetu w Florencji. Seminarium, zorganizowane przez Katedrę Prawa Rzymskiego i Porównawczego, na trwałe wpisuje Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie do europejskiego nurtu badań prawno porównawczych.

Bronisław Sitek

Sprawozdanie z seminarium polsko-hiszpańskiego
(Olsztyn, 19 kwietnia 2008 r.)

Na Wydziale Prawa i Administracji UWM gościło dwóch profesorów z Uniwersytetu w Gran Canaria (Hiszpania). Była to doskonała okazja do zorganizowania w dniu 19 kwietnia 2008 r. seminarium naukowego o charakterze międzynarodowym. Seminarium zostało otwarte przez prof. B. Sitek, kierownika Katedry Prawa Rzymskiego i Porównawczego WPiA UWM w Olsztynie. Językiem obrady był język angielski.

Głównym akcentem seminarium był referat wygłoszony przez prof. J.L. Zammore oraz prof. S. Bello Rodrigeza na temat: *Marine Rescue and Assistance in Roman Law. Effect on the Development of Modern Codes and International Treaties*. Hiszpańscy profesorowie przy pomocy prezentacji multimedialnej omówili kontrakty morskie stosowane w czasach rzymskich. Następnie wskazali na liczne podobieństwa pomiędzy rzymskimi rozwiązaniami dogmatycznymi a współczesnymi, ze szczególnym uwzględnieniem prawa morskiego międzynarodowego oraz prawa hiszpańskiego.

W seminarium udział wzięła cała Katedra Prawa Rzymskiego i Porównawczego, a więc prof. B. Sitek, dr A. Jurewicz, dr A. Świętoń, dr P. Krajewski, mgr J. Szczerbowski, mgr M. Zielińska. Ponadto obecni byli: dr M. Sobczyk z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, mgr D. Skrzywanek-Jaworska z Uniwersytetu Łódzkiego oraz miłośnicy kultury antycznej. Niezwykle cenny był liczny udział studentów w tym seminarium.

Bronisław Sitek

VIII Międzynarodowa Konferencja Praw Człowieka
(Olsztyn, 30–31 maja 2008 r.)

Cykliczna Konferencja Praw Człowieka, organizowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie oraz Wydział Prawa Uniwersytetu w Bari (Włochy), w tym roku poświęcona była prawu człowieka do wiedzy i informacji w społeczeństwie heterogenicznym. Patronat nad konferencją objęli: Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego prof. Barbara Kudrycka, Minister Sprawiedliwości prof. Zbigniew Cwiąkalski oraz Rektor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego prof. Ryszard Górecki. W Konferencji udział wzięli naukowcy z Polski Włoch, Hiszpanii, Wielkiej Brytanii, Słowacji, Stanów Zjednoczonych, Iranu i Korei Południowej. Referaty wygłoszone zostały w językach: polskim, angielskim i włoskim.

Obrady tematyczne odbywały się w dwóch sesjach plenarnych oraz sześciu panelach. Pierwszej sesji przewodniczył prof. T. Jasudowicz (UMK/UWM), jeden z największych znawców praw człowieka w Europie. W swoim wystąpieniu podkreślił powagę problematyki badań związanych z tworzeniem społeczeństwa opartego na wiedzy. Referaty wygłoszone podczas tej sesji miały charakter ogólny. Jako pierwszy wystąpił prof. M. Avila z California State University Fullerton (USA). Poruszył on kwestię dostępu ludności krajów rozwijających się do najnowszych osiągnięć technologicznych, zwłaszcza w zakresie medycyny i farmacji, który jest hamowany przez istniejący międzynarodowy system patentów. Prof. R. P. Sturges z Loughborough University (Wielka Brytania) omówił zagadnienie intelektualnej wolności w stosunku do wiedzy zapisanej w książkach. Prof. G. Dammacco z Uniwersytetu w Bari (Włochy) poruszył problem istniejącej dychotomii pomiędzy religią a wiedzą na tle współczesnych zasad demokracji. Pytanie o rzetelność przekazu informacji postawił prof. B. Sitek (UWM), który szukał odpowiedzi na to pytanie w perspektywie prawno-historyczno-porównawczej, analizując instytucję *damnatio memoriae*.

Do ciekawszych wystąpień pierwszego panelu należy zaliczyć referat prof. J. Boneta z Walencji (Hiszpania), który omówił kwestię wolności osobistej i prawa do edukacji w świetle ostatnich rozstrzygnięć rządu Hiszpanii,

dotyczących edukacji dzieci i młodzieży według programów nauczania przewidzianych przez państwo. Z kolei prof. G. Patruno z Bari (Włochy) odniósł się do kwestii ekonomicznych prawa do wiedzy i informacji. Realizacja tych praw pociąga za sobą konieczność ponoszenia przez społeczeństwo coraz to większych kosztów społecznych.

W drugim panelu dr J.S. Świącicki (KUL) ukazał problem upolitycznienia mediów w perspektywie administracyjnej polityki informowania społeczeństwa. W trzecim panelu prof. R. Tokarczyk (UMCS), wychodząc od komparatystycznych normatywnych modeli prawa, przeszedł do omówienia prawa do wiedzy i informacji w ujęciu globalnym. Prof. J. Sobczak (Wyższa Szkoła Handlu i Prawa) omówił kwestię wolności sumienia i wyznania w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a wolność sumienia i religii w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Prof. A. Organiściak-Krzykowska (UWM) naświetliła rolę edukacji w rozwoju społeczno gospodarczym.

Referaty czwartego panelu dotyczyły problemów globalnych związanych z informacją, wiedzą i prawami człowieka. Prof. M.R. Piccinni z Bari (Włochy) przedstawiła rolę informacji w dialogu pomiędzy chrześcijaństwem a islamem. Według tej autorki, większość konfliktów wynika z braku przepływu rzetelnych informacji pomiędzy wyznawcami tych religii. Z kolei dr J. Skrzydło (UŁ) poruszył problem prawa do prywatności osób publicznych w perspektywie polskich i zagranicznych uregulowań prawnych. Prof. F.S. Moghadam z Payamenoor University w Iranie dokonała analizy irańskiego systemu prawnego w zakresie możliwości realizacji prawa obywateli do informacji.

W ramach piątego panelu omówiono cywilistyczne aspekty ochrony prawa do wiedzy i informacji. Najciekawszym referatem w tym zakresie było wystąpienie dr. J. Piszczka (UWM). Wystąpienia uczestników ostatniego panelu dotyczyły prawa do wiedzy i informacji w świetle katolickiej nauki społecznej. Referaty wygłosili m.in. ks. prof. R. Sztymmler (UWM), ks. prof. F. Lempa (UWM/UwB), dr Z. Władek (UMCS).

Obrady końcowej sesji plenarnej koncentrowały się wokół ochrony danych w świetle dynamicznego rozwoju nowych technologii komputerowych. Prof. C. Arzt (Berlin) przedstawił rozwój niemieckiej jurysprudenencji w zakresie ochrony danych w internecie. Prof. M. Królikowska-Olczak (UWM/UŁ) przybliżyła założenia strategii lizbońskiej z perspektywy tworzenia w Europie społeczeństwa informatycznego. Na koniec konferencji głos zabrał prof. Th. Hang-Soon Han z Uniwersytetu w Hankuk (Korea Południowa), który przedstawił referat dotyczący prawa do wiedzy z perspektywy rozwoju społeczeństwa w Azji.

Międzynarodowa Konferencja Praw Człowieka, organizowana przez Wydział Prawa i Administracji UWM w Olsztynie, na stałe wpisała się do kalendarza ważnych wydarzeń naukowych w Polsce i Europie. Świadczy o tym

liczba naukowców biorących udział w tych naukowych spotkaniach, pochodzących z różnych stron świata i reprezentujących najlepsze uniwersytety. Temat tegorocznej VIII Konferencji nie jest przypadkowy, bowiem dotyczy najbardziej charakterystycznej cechy współczesnej cywilizacji – prawa do wiedzy i edukacji. Większość referentów podkreślała, że prawa człowieka, ich rozumienie oraz treść coraz bardziej się przeobrażają, rodząc pytanie o samego człowieka wraz z jego ontologicznymi, aksjologicznymi i normatywnymi odniesieniami.

Bronisław i Magdalena Sitek